

Федеральное государственное автономное
образовательное учреждение высшего образования
«РОССИЙСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ДРУЖБЫ НАРОДОВ»
ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

НАЦИОНАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ И ПЕРСПЕКТИВЫ УНИФИКАЦИИ ЧАСТНОГО ПРАВА СТРАН БРИКС

Учебник

В двух томах

Том 1

Под редакцией д.ю.н., профессора ***К.М. Беликовой***

Рекомендовано

Учебно-методическим объединением по юридическому
образованию вузов Российской Федерации
в качестве учебника для студентов образовательных
организаций, обучающихся по направлению подготовки
40.04.01 (030900) Юриспруденция,
квалификация (степень) «магистр»

Москва – 2015

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73
НЗ5

*Рекомендовано
УМО по юридическому
образованию*

Рецензенты:

д.ю.н., профессор, заведующая Сектором гражданского права,
гражданского и арбитражного процесса ФГБУН «Институт государства и права
Российской академии наук» *Т.Е. Абова;*

д.ю.н., доцент, профессор кафедры предпринимательского и корпоративного
права юридического факультета им. М.М. Сперанского ФГБОУ ВПО
«Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации» *М.А. Егорова;*

д.ю.н., профессор, заместитель декана по научной работе
юридического факультета ФГБОУ ВПО «Московский государственный
университет имени М.В. Ломоносова» *Н.В. Козлова*

НЗ5 Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС : учебник : в 2 т. – Москва : РУДН, 2015.

ISBN 978-5-209-06580-7

Т. 1 / К. М. Беликова, В. Ю. Ифраимов, М. А. Ахмадова, Ц. А. Буджаева (Бегджиева) [и др.] ; под ред. д.ю.н., проф. К. М. Беликовой. – 2015. – 595 с.

ISBN 978-5-209-06579-1 (т. 1)

Частное право разных правовых систем, исследуемое авторами настоящего учебника, представляет особый интерес для России: курс направлен на формирование у слушателей общетеоретических и прикладных компетенций в области частноправового регулирования в странах БРИКС на основе рассмотрения новейшего законодательства.

Первый том учебника посвящен изучению коллективных форм ведения предпринимательской деятельности (юридические лица, договорные объединения, транснациональные корпорации) и договорных отношений (в международной торговле, с участием потребителей и др.). Эти институты рассматриваются с позиции поддержания конкурентной среды в контексте допустимых «пределов» доминирования, «экономических концентраций», обеспечения свободы предпринимательской деятельности.

Как комплексное исследование учебник предназначен для студентов и аспирантов юридических вузов и факультетов (институтов), а также может быть полезен практикующим юристам, предпринимателям и всем лицам, интересующимся вопросами сравнительного правоведения.

Материал актуализирован на апрель–май 2015 г. За время подготовки учебника и до выхода его из печати законодательство могло измениться.

Издание публикуется при поддержке РУДН.

ISBN 978-5-209-06579-1 (т. 1)
ISBN 978-5-209-06580-7

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73

Federal State Autonomous Educational Institution
of Higher Education
«PEOPLES' FRIENDSHIP UNIVERSITY OF RUSSIA»
LAW INSTITUTE

**SALIENT FEATURES AND PROSPECTS
OF THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
WITHIN THE BRICS COUNTRIES**

Manual

In two volumes

Vol. 1

Ed. by dr. habil., prof. **Ksenia M. Belikova**

R e c o m m e n d e d
by Educational and Methodical Association
on legal education of the universities
of the Russian Federation
as a manual for students of educational institutions,
enrolled in training in the field 40.04.01 (030900) Jurisprudence,
qualification (degree) «master»

Moscow – 2015

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73
H35

*Recommended
by EMA on legal
education*

Reviewers:

Dr. Habil., Professor, Head of the Chair of Civil Law, Civil and Arbitration Process of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences *Tamara E. Abova*;

Dr. Habil., Ass. professor, Professor of the Department of Business and Corporate Law of the Law Faculty named after M.M. Speranskii of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration *Maria A. Egorova*;

Dr. Habil., Professor, Deputy dean in the field of science of the Faculty of Law of Lomonosov MSU, Moscow University *Natalia V. Kozlova*

H35 Salient features and prospects of the unification of private law within the BRICS countries : manual : in 2 vol. – Moscow : Peoples' Friendship University of Russia, 2015.

ISBN 978-5-209-06580-7

Vol. 1 / K. M. Belikova, V. Yu. Ibraimov, M. A. Akhmadova, Ts. A. Budgaeva (Begdgieva), et. al.; ed. by dr. habil., prof. Ksenia M. Belikova. – 2015. – 595 p.

ISBN 978-5-209-06579-1 (Vol. 1)

Private law of different legal systems, studied by the authors of this manual, is of special interest for Russia: based on the analysis of the newest legislation the course is aimed at giving students theoretical and applied competences in the field of private law regulation within the BRICS countries.

The first volume of the manual provides a comprehensive coverage of collective forms of doing business (legal entities, contractual associations, transnational corporations) and contractual obligations (in international trade, with consumers, etc.). «Legal person» and «contract» are investigated in the light of maintenance of the competitive market environment with regard to the permitted market dominance, «economic concentrations» and freedom of business activity.

Being a comprehensive study the manual is designed for students and post-graduates of law Universities, Institutes and Schools; can be useful for a wide range of experts: researchers, practicing lawyers, businessmen and those who is interested in urgent issues of comparative law.

The materials (laws and regulations) are updated up to April–May, 2015, and could possibly have changed since then till the publication of the manual.

The edition is published with the financial support of PFUR.

ISBN 978-5-209-06579-1 (Vol. 1)
ISBN 978-5-209-06580-7

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73

© Group of authors. Ed. by Ksenia M. Belikova, 2015

© Department of Civil and Labour Law, Law Institute Peoples' Friendship University of Russia, 2015

Коллектив авторов:

Беликова К.М. (*рук-ль авт. кол-ва; д.ю.н., проф. РУДН*) – предисловие, п. 2.3 гл. 2; гл. 3 и методич. мат-лы к ней; п. 5.1 гл. 5 (Бразилия) и методич. мат-лы к соотв. части (разделу) гл. 5; п. 5.2 гл. 5 и методич. мат-лы к нему – единолично; п. 1.1 гл. 1 и методич. мат-лы к нему – совм. с В.Ю. Ифраимовым и Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой); п. 1.2 и 1.3 гл. 1 – совм. с Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой), а методич. материалы к ним – совм. с Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой) и В.Ю. Ифраимовым; п. 1.4 гл. 1; п. 5.1 гл. 5 (ЮАР) и методич. мат-лы к ним – совм. с В.Ю. Ифраимовым; п. 2.1 и 2.2 гл. 2 и методич. мат-лы к ним; п. 5.1 гл. 5 (РФ и КНР) и методич. мат-лы к соотв. части (разделу) гл. 5 – совм. с М.А. Ахмадовой; п. 4.1 и 4.3 гл. 4 и методич. мат-лы к ним – совм. с Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой) и Д.Д. Старцевым; п. 4.2 гл. 4 – совм. с Д.Д. Старцевым; п. 5.1 гл. 5 (Индия) и методич. мат-лы к соотв. части (разделу) гл. 5 – совм. с Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой) и Е.Д. Локтевой (за исключ. методич. мат-лов)

Ахмадова М.А. (*асп. каф. гражданского и трудового права РУДН, бак., маг. юриспруд. (РУДН), главный специалист, Главное контрольное управление г. Москвы*) – п. 2.1 и 2.2 гл. 2 и методич. мат-лы к ним; п. 5.1 гл. 5 (РФ и КНР) и методич. мат-лы к соотв. части (разделу) гл. 5 – совм. с К.М. Беликовой

Буджаева (Бегджиева) Ц.А. (*бак. юриспруд. (РУДН), старший следователь, Следственный отдел по г. Камышин Следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по Волгоградской обл.*) – п. 1.1 гл. 1 и методич. мат-лы к нему – совм. с К.М. Беликовой и В.Ю. Ифраимовым; п. 1.2 и 1.3 гл. 1 – совм. с К.М. Беликовой, а методич. мат-лы к ним – совм. с К.М. Беликовой и В.Ю. Ифраимовым; п. 4.1 и 4.3 гл. 4 и методич. мат-лы к ним – совм. с К.М. Беликовой и Д.Д. Старцевым; п. 5.1 гл. 5 (Индия) и методич. мат-лы к соотв. частям (разде-

лам) гл. 5 – совм. с К.М. Беликовой и Е.Д. Локтевой (за
исключ. методич. мат-лов)

Ифраимов В.Ю. (*асп. каф. гражданского и трудового права
РУДН, бак., маг. юриспруд. (РУДН), юрисконсульт, ООО
«Центр АвтоПомощи “Ваше право”»*) – п. 1.1 гл. 1 и мето-
дич. мат-лы к нему – совм. с К.М. Беликовой и Ц.А. Буд-
жаевой (Бегджиевой); методич. мат-лы к п. 1.2 и 1.3 гл. 1 –
совм. с К.М. Беликовой и Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой);
п. 1.4 гл. 1; п. 5.1 гл. 5 (ЮАР) и методич. мат-лы к ним –
совм. с К.М. Беликовой

Локтева Е.Д. (*бак., маг. юриспруд. (РУДН), юрисконсульт, ОМВД
России по р-ну Ясенево г. Москвы*) – п. 5.1 гл. 5 (Индия) –
совм. с К.М. Беликовой и Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой)

Старцев Д.Д. (*бак., маг. юриспруд. (РУДН), юрист, ООО «Юри-
дическое бюро Де Берти Яккиа Франкини Форлани»*) –
п. 4.1 и 4.3 гл. 4 и методич. мат-лы к ним – совм. с К.М. Бе-
ликовой и Ц.А. Буджаевой (Бегджиевой); п. 4.2 гл. 4 и ме-
тодич. мат-лы к нему – совм. с К.М. Беликовой

ОГЛАВЛЕНИЕ

ПРЕДИСЛОВИЕ	11
Глава 1. КОЛЛЕКТИВНЫЕ ФОРМЫ ВЕДЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ СТРАН БРИКС: ПРОБЛЕМЫ УНИФИКАЦИИ	21
1.1. Коллективные формы ведения предпринимательской деятельности и источники их правового регулирования	26
1.2. Подходы стран к конструированию системы договорных объединений, занятых в предпринимательской деятельности	51
1.3. Сходства и различия системы юридических лиц, занятых в предпринимательской деятельности	79
1.4. Государственные предприятия в странах БРИКС	158
1.5. Методические материалы	191
<i>Хрестоматия</i>	191
<i>Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме</i> ...	193
<i>Словарь (глоссарий)</i>	195
<i>Задачи</i>	197
<i>Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы</i>	205
Глава 2. ПРОБЛЕМА ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ И ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫХ КОРПОРАЦИЙ (ТНК) В СТРАНАХ БРИКС	220
2.1. Понятие транснациональной корпорации в экономике и праве	220
2.2. Правовые формы и методы оформления деятельности ТНК в странах БРИКС	230
2.3. Основные правовые гарантии иностранных инвестиций в страны БРИКС	280
2.4. Методические материалы	286
<i>Хрестоматия</i>	286
<i>Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме</i> ...	287
<i>Словарь (глоссарий)</i>	288
<i>Задачи</i>	290
<i>Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы</i>	292
Глава 3. ЧАСТНОПРАВОВЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ («ПРЕДЕЛЫ») СВОБОДЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СТРАНАХ БРИКС	303
3.1. Пределы дозволенного доминирования на рынке, устанавливаемые для контроля за «экономическими концентрациями» в странах БРИКС	303
3.2. Слияния и присоединения как механизмы создания «экономических концентраций»: общие подходы в праве стран БРИКС	330
3.3. Методические материалы	339
<i>Хрестоматия</i>	339

<i>Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме</i> ...	340
<i>Словарь (глоссарий)</i>	341
<i>Задачи</i>	343
<i>Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы</i>	345
Глава 4. УНИФИКАЦИЯ ДОГОВОРНОГО ПРАВА СТРАН БРИКС КАК СПОСОБ УСТРАНЕНИЯ ПРАВОВЫХ БАРЬЕРОВ В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ	354
4.1. Страны БРИКС и Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.	356
4.2. Применение в БРИКС ИНКОТЕРМС 2010 г.	367
4.3. БРИКС и Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 г.	372
4.4. Методические материалы	377
<i>Хрестоматия</i>	377
<i>Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме</i> ...	379
<i>Словарь (глоссарий)</i>	379
<i>Задачи</i>	381
<i>Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы</i>	385
Глава 5. ДОГОВОРНОЕ ПРАВО СТРАН БРИКС: НА ПУТИ К СОЗДАНИЮ ЕДИНООБРАЗНОЙ СИСТЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ?	392
5.1. Содержание предписаний национальных правопорядков о заключении, исполнении и прекращении договора	392
5.2. Государственное вмешательство в систему договорного права стран БРИКС: современность и перспективы	492
5.2.1. Свобода договора и ее ограничение как отражение общих принципов гражданского права	494
5.2.2. Воздействие предписаний специального законодательства на положения договорного права	516
5.2.2.1. Запрет определенных видов договоров антимонопольным законодательством	516
5.2.2.2. Защита прав и интересов присоединяющейся стороны в договорах присоединения (в том числе правовыми актами о защите потребителей)	531
5.2.2.3. Защита работников в трудовых отношениях	546
5.3. Методические материалы	551
<i>Хрестоматия</i>	551
<i>Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме</i> ...	554
<i>Словарь (глоссарий)</i>	558
<i>Задачи</i>	562
<i>Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы</i>	578

TABLE OF CONTENTS

PREFACE	11
Chapter 1 FORMS OF DOING BUSINESS WITHIN THE FRAMEWORK OF LEGISLATION OF THE BRICS COUNTRIES: PROBLEMS OF UNIFICATION	21
1.1 Collective forms of doing business and the sources of their legal regulation	26
1.2 National approaches to the creation of a system of contractual associations engaged in business activity	51
1.3 Similarities and differences of the system of juridical persons engaged in business activity	79
1.4 Public (state) enterprises in BRICS countries	158
1.5 Methodical materials	191
<i>Anthology</i>	191
<i>Self-assessment and discussion at the seminar</i>	193
<i>Glossary</i>	195
<i>Practical tasks</i>	197
<i>The list of recommended literature, normative acts and documents</i>	205
Chapter 2 PROBLEM OF LEGAL PERSONALITY AND THE PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION OF TRANSNATIONAL CORPORATIONS (TNCs) WITHIN THE BRICS COUNTRIES	220
2.1 Definition of «transnational corporation» within the framework of law and economics	220
2.2 Forms and methods of legalization of TNCs activities within the BRICS countries	230
2.3 Fundamental legal protective measures for foreign investment within the BRICS countries	280
2.4 Methodical materials	286
<i>Anthology</i>	286
<i>Self-assessment and discussion at the seminar</i>	287
<i>Glossary</i>	288
<i>Practical tasks</i>	290
<i>The list of recommended literature, normative acts and documents</i>	292
Chapter 3 PRIVATE LAW RESTRICTIONS OF THE FREEDOM OF BUSINESS ACTIVITY WITHIN THE BRICS COUNTRIES	303
3.1 Limits of market dominance provided by the legislation for the control of «economic concentrations» within the BRICS countries	303
3.2 Mergers and acquisitions as the mechanisms for creation of an «economic concentrations»: general legal approaches within the BRICS countries	330
3.3 Methodical materials	339

<i>Anthology</i>	339
<i>Self-assessment and discussion at the seminar</i>	340
<i>Glossary</i>	341
<i>Practical tasks</i>	343
<i>The list of recommended literature, normative acts and documents</i>	345
Chapter 4 UNIFICATION OF CONTRACT LAW WITHIN THE BRICS COUNTRIES AS A WAY OF ELIMINATION OF LEGAL BARRIERS IN THE INTERNATIONAL TRADE	354
4.1 BRICS countries and 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Good	356
4.2 Application of 2010 INCOTERMS within the BRICS	367
4.3 BRICS and 2010 Principles of international commercial contracts UNIDROIT	372
4.4 Methodical materials	377
<i>Anthology</i>	377
<i>Self-assessment and discussion at the seminar</i>	379
<i>Glossary</i>	379
<i>Practical tasks</i>	381
<i>The list of recommended literature, normative acts and documents</i>	385
Chapter 5 CONTRACT LAW OF THE BRICS COUNTRIES: TOWARDS THE UNIFORM SYSTEM OF REGULATION?	392
5.1 The content of the provisions of national legal orders on the conclusion, performance and termination of a contract	392
5.2 State interference in the system of contract law of the BRICS countries: present state and future prospects	492
5.2.1 Freedom of contract and its limitation as a reflection of general principles of civil law	494
5.2.2 The impact of the provisions of special legislation on the provisions of contract law	516
5.2.2.1 Prohibition of certain types of contracts by antitrust law ...	516
5.2.2.2 Protection of the rights and interests of the party acceding to the contract of adhesion (including protection by legal acts on consumer protection)	531
5.2.2.3 Protection of employees in labour relations	546
5.3 Methodical materials	551
<i>Anthology</i>	551
<i>Self-assessment and discussion at the seminar</i>	554
<i>Glossary</i>	558
<i>Practical tasks</i>	562
<i>The list of recommended literature, normative acts and documents</i>	578

ПРЕДИСЛОВИЕ

В ответ на некое объективное изменение обстоятельств (например, в результате военных действий, экономических и финансовых кризисов и пр.) в мире возникают и начинают развиваться объединительные идеи¹. Нередко и развитые, и развивающиеся, и, тем более, страны с переходной экономикой, не имея возможности достичь своих стратегических целей в борьбе за доступ к рынкам и ресурсам на глобальном уровне, прибегают к объединению усилий (зачастую в масштабах отдельных регионов).

С одной стороны, при реализации такого рода объединительных идей используется метод координации, сохраняющий политические и таможенные границы государств-участников и реализуемый через систему международных организаций (например, ВТО). С другой – используется метод осуществления многочисленных региональных интеграционных проектов, при которых происходит объединение экономических территорий государств-членов, при сохранении их политических границ и устранении или существенном ослаблении границ таможенных (например, ЕС, МЕРКОСУР)².

¹ См., напр.: *Беликова К.М.* На пути к единому рынку в Южной Америке: факторы интеграции в экономике и праве // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». – 2005. – № 1. – С. 83–89; *Она же.* Общий рынок в Европе: интеграция и дифференциация // Международное публичное и частное право. – 2005. – № 1 (22). – С. 14–17; *Капустин А.Я.* Международные организации в глобализирующемся мире: монография. – М.: РУДН, 2010. – С. 136–151; *Беликова К.М.* БРИКС: формы и методы институционализации (выбор направления развития на основе анализа сходных действующих структур). Информационное обеспечение БРИКС // Стратегия России в БРИКС: цели и инструменты: сб. статей / под ред. В.А. Никонова, Г.Д. Толорая. – М.: РУДН, 2013. – С. 197–221.

² *Ружин А.Н.* Международно-правовое регулирование экономической интеграции. – М.: РУДН, 2011.

Когда же речь идет об объединении государств, не имеющих общих границ, как правило, основной базовой идеей консолидации является образование на договорной основе военных союзов (напр., ось «Рим–Берлин–Токио»¹, Антигитлеровская коалиция), но есть исключения (например, Куба в СЭВ).

В этом формате создание БРИКС, инициированное в 2006 г. российской стороной, явилось одним из наиболее значимых геополитических событий начала нового столетия. Данное объединение смогло за короткое время стать весомым фактором мировой политики.

Становление БРИКС отражает объективную тенденцию мирового развития к формированию многополярной системы международных отношений и усилению экономической взаимозависимости. В такой системе все более широкое применение находят неинституциональные структуры глобального управления и сетевая дипломатия².

БРИКС, будучи, по мнению некоторых исследователей³, квазиорганизацией и находясь в одном ряду с такими международными объединениями, как Арктический Совет, Большая Восьмерка и пр., не обладает международной правосубъектностью, не выступает субъектом международного права.

Отметим в этой связи, что сущностными чертами *международных организаций*, к которым, полагаем, БРИКС не относится, (далее – МО) выступают:

- 1) межгосударственный (как правило, межправительственный) характер объединения;
- 2) наличие юридического акта, составляющего юридическую основу деятельности в разных формах (договор – МСЭ,

¹ Башкин А.В. Образование «оси» Берлин-Рим-Токио и позиция СССР: 1936–1941 гг.: дис. ... к.и.н. – М., 2005.

² Лавров С. БРИКС – глобальный форум нового поколения. 2011–2012. URL: <http://www.brics.mid.ru/brics.nsf/WEBforumBric/F8C251DB09032059442579C000531B68> (дата обращения: 26.04.2015).

³ Абашидзе А.Х., Солнцев А.М. БРИКС – международная квазиорганизация? // Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве: мат-лы научного семинара (Москва, 9 октября 2012 г.) / отв. ред. и сост. К.М. Беликова. – М.: Сенат Пресс, 2012. – С. 9.

резолуция – АСЕАН, торжественная декларация – Совет сотрудничества стран Персидского залива и пр.), на основе которого МО приобретает международные права и обязанности, позволяющие ей самостоятельно и независимо от воли государств-членов вступать в международные отношения;

3) наличие постоянных органов, действующих на постоянной основе (постоянная организационная структура).

Типовая конструкция, нацеленная на удовлетворение интересов всего объединения, в этом случае состоит из:

1) пленарной ассамблеи – представительного органа, который включает в качестве участников представителей, как правило, правительств всех государств-членов (работает в порядке проведения периодических заседаний);

2) представительного органа с ограниченным составом (типа Исполкома – также включает в качестве участников представителей, как правило, правительств государств-членов, работает в порядке проведения периодических заседаний);

3) секретариата, решающего административные вопросы, сотрудники которого работают по найму непрерывно (примеры: АСЕАН, ШОС и др.).

За пределы данной типовой конструкции может выноситься и учреждаться на основе самостоятельного международного договора судебная функция (напр., Постоянная палата международного правосудия v. Лига Наций, Международный суд ООН v. ООН).

Интеграционным объединениям (далее – ИО) присущи все указанные выше признаки международных организаций: и межгосударственный характер, и договорная основа деятельности, и наличие постоянно действующих органов – однако еще одной существенной характеристикой, отсутствующей у МО, выступает стремление интегрировать экономики стран-участниц (примеры: ЕС, МЕРКОСУР и др.).

Отсутствие отличительных признаков международной межправительственной организации – учредительного документа, секретариата, штаб-квартиры и т. д. – тем не менее не мешало данному объединению проводить саммиты, на которых определяются дальнейшие направления сотрудничества стран БРИКС.

9–10 июля 2015 г. в Уфе (Россия, Башкортостан) пройдет VII саммит БРИКС¹.

Этот формат работы близок формату работы АТЭС, не имеющему: *межгосударственного характера*, но представляющему собой объединение экономик-участниц, в рамках которого ежегодно проводятся тесно связанные между собой конференции и встречи различного уровня (саммиты высших руководителей экономик-участниц, встречи министров иностранных дел и торговли тех экономик-участниц, которые являются государствами); *учредительного акта*: сотрудничество основывается на положениях:

1) двусторонних и многосторонних, а также региональных соглашений экономик-участниц АТЭС (ГАТС, ТРИМС, ТРИПС, МЦУИС, МИГА, НАФТА, АСЕАН), а также

2) положениях актов так называемого «мягкого права» (необязательных по характеру, таких как Руководящая Программа по либерализации инвестиции и торговли и др.); *организационная структура*, которого разбивается на два уровня: *политический* (саммит глав экономик-участниц, встречи министров и старших должностных лиц иностранных дел и экономики (торговли) и рабочий (включает комитеты: по торговле и инвестициям, по бюджету и менеджменту, экономический и др., подчиненные старшим должностным лицам, в некоторых комитетах работают рабочие группы и подкомитеты), где особняком стоит Секретариат, выполняющий административно-технические функции, *действующий на постоянной основе* в составе Исполнительного директора, его заместителя, дипломатов от каждого участника Форума и местного вспомогательного персонала².

Таким образом, на сегодня БРИКС не является объединением экономик стран-участниц, ни интеграционным объединением, ни

¹ См. подробнее по адресу Офис-группы ШОС-БРИКС, Уфа 2015. URL: <http://ufa2015.ru> (дата обращения: 26.04.2015).

² См. подробнее: БРИКС: формы и методы институционализации (выбор направления развития на основе анализа сходных действующих структур). Информационное обеспечение БРИКС // Стратегия России в БРИКС: цели и инструменты: сб. статей / под ред. В.А. Никонова, Г.Д. Толорая. – М.: РУДН, 2013. – С. 197–221.

международной организацией. Организационная структура его разбивается на два уровня: политический (саммиты глав государств, по итогам которых принимаются и принимались Декларации (Форталезкая, 2014; Этеквинская, 2013; Делийская, 2012, Саньянская, 2011) и Совместные заявления (Бразилия, 2010; Екатеринбург, 2009) и рабочий (министерские встречи стран БРИКС)¹.

Вопрос создания секретариата (и, таким образом, первый шаг к институционализации) решенный концептуально в п. 31, 32 Концепции участия России в БРИКС², предписывающих «начать диалог о путях, темпах и конкретных формах возможной институционализации БРИКС, включая рассмотрение вопроса о постоянном секретариате» с тем, чтобы достигать перспективной цели России в БРИКС – работать над его постепенной трансформацией из диалогового форума и инструмента координации позиций по ограниченному кругу проблем в полноформатный механизм стратегического и текущего взаимодействия по ключевым вопросам мировой политики и экономики. На сегодняшний день в качестве первого шага в этом направлении логичным представляется создание Виртуального секретариата БРИКС, закрепленное Этеквинским планом действий³ и воплощенное в Распоряжении правительства Российской Федерации от 11 марта 2015 г. № 399-р «О создании и использовании совместного сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» («виртуального секретариата») объединения БРИКС»⁴, предписывающем министерству финансов перечислить 5,7 млн руб. из бюджета на «финансирование расходов, связанных с созданием и ис-

¹ Россия в БРИКС. URL: <http://www.brics.mid.ru/brics.nsf/WEBdocBric> (дата обращения: 26.04.2015); Саммиты и документы [БРИК[C]]. URL: <http://nkibrics.ru/pages/summit-docs> (дата обращения: 26.04.2015).

² Концепция участия Российской Федерации в объединении БРИКС. Утв. Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 9 февраля 2013 г. URL: <http://kremlin.ru/news/17715> (дата обращения: 26.04.2015).

³ Принят по результатам V саммита БРИКС (Дурбан, 26–27 марта 2013 г.). См.: Этеквинская декларация и Этеквинский план действий. 27 марта 2013 г. URL: <http://президент.рф/%D1%81%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BA%D0%B8/1430> (дата обращения: 02.04.2013).

⁴ По материалам СПС «Кодекс».

пользованием совместного сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» («виртуального секретариата») объединения БРИКС».

В документе, опубликованном на официальном портале правовой информации, говорится, что МИД и Минфин должны предусматривать также «необходимые бюджетные ассигнования» на «виртуальный секретариат» БРИКС на последующие годы¹.

Фактически с момента создания БРИК – неформального межгосударственного объединения – оно стало восприниматься как альтернатива существующему миропорядку, ответ на разбалансированность мировой экономики и политики в начале нового столетия. С этой точки зрения страны БРИК, а позже БРИКС, объективно имеют к настоящему времени возможности как для сотрудничества в целях формирования общих позиций по ключевым направлениям международной финансовой системы, так и в сфере политики².

Как отмечают исследователи в этой связи³, влияние развивающихся стран Азии, Африки и Латинской Америки в развитии мировой экономики увеличивается.

Основу взаимодействия стран БРИКС с позиции экономики составляет объективная реальность, в которой на долю стран БРИКС приходится значительная часть – примерно четвертая (по данным на 2011 г.) – общемирового ВВП; треть – территории Земли, почти половина – населения мира. Страны БРИКС

¹ См.: Страны БРИКС создают «виртуальный секретариат». 13 марта 2015 г. URL: <http://tenge.me/?p=20405> (дата обращения: 28.03.2015).

² См.: Форталезская декларация (принята по итогам шестого саммита БРИКС), г. Форталеза, Бразилия, 15 июля 2014 г. URL: kremlin.ru/media/events/files/... (дата обращения: 16.08.2014).

³ *Гусев Л.* Расчет на БРИКС. URL: <http://www.mgimo.ru/news/experts/document236467.phtml> (дата обращения: 24.03.2013); *Барабанов О.Н.* Новые ценности БРИКС как альтернативная модель глобального регулирования // Вестник международных организаций. – 2012. – № 2. – С. 68–74. URL: <http://ecsocman.hse.ru/data/2012/06/08/1271737653/4.pdf> (дата обращения: 03.09.2013); *Петиненко И.А.* Инновационное поведение корпораций стран БРИКС: необходимость и возможности формирования // Вестник Томского государственного университета. – 2012. – № 4. – С. 217–226.

дополняют друг друга¹, что является фундаментом для развития многостороннего сотрудничества.

По размерам, населению, весу экономик и влиянию страны БРИКС не могут оставаться в стороне от решения международных вопросов. При этом страны БРИКС строят свою экономическую и социальную политику на вполне осознанной альтернативе доминирующим сегодня концептам (неолиберального капитализма и пр.), акцентируя иные принципы мироустройства, такие как, например, принцип справедливого перераспределения властных полномочий в глобальном управлении на основе переустройства существующего экономического миропорядка; принцип усиления роли и влияния развивающегося мира в глобальных вопросах и др.

Новой гранью сотрудничества стали достигнутые на Форте-Лез-Турне саммите договоренности о создании Пула условных валютных резервов стран БРИКС и Нового банка развития БРИКС, подписании Меморандума о взаимопонимании и сотрудничестве между экспортно-кредитными агентствами стран БРИКС и Соглашения о сотрудничестве в области инноваций².

«Государства БРИКС должны теснее сотрудничать на сырьевых рынках», – убежден президент РФ. В предложенной «дорожной карте» инвестиционного сотрудничества 37 проектов. Среди них Энергетическая ассоциация БРИКС. «Под ее «крышей» можно было бы создать Резервный банк топлива и Институт энергетической политики БРИКС. Эти шаги позволили бы укрепить энергобезопасность наших стран», – считает В.В. Путин.

¹ См.: *Мартинс Р.* Взаимодополняемость стран БРИКС: возможности установления прочных взаимных отношений и роль БРИКС в построении нового экономического порядка // Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве: мат-лы Научного семинара (Москва, 9 октября 2012 г.) / отв. ред. и сост. К.М. Беликова. – М.: Сенат Пресс, 2012. – С. 112–121.

² См.: Документы VI саммита БРИКС. 15 июля 2014 г. URL: http://www.kremlin.ru/ref_notes/4738 (дата обращения: 01.05.2015); *Беликова К.М.* Комментарий к Соглашению стран БРИКС о сотрудничестве в сфере инноваций // *Носкова Е.* БРИКС объединяет ресурсы // Российская Бизнес-газета. Инновации. – 05.08.2014. URL: <http://www.rg.ru/2014/08/05/soglashenie.html> (дата обращения: 01.05.2015).

Еще среди инициатив Москвы – соглашение о сотрудничестве в области культуры и Сетевой университет¹.

Что касается политики, ставший актуальным в 2008–2009 гг. в период экономического кризиса 2008–2009 гг. вопрос о том, что БРИК должен стать чем-то большим, чем просто дипломатический инструмент согласования внешнеэкономических подходов четырех государств, на Форталезском саммите нашел свое продолжение, которое наглядно отражено в словах президента Бразилии Д. Роуссефф: конфликты в тех или иных регионах можно решить через диалог, который зависит от усилий всех задействованных сторон, и очень важно конструктивное участие международного сообщества, «чтобы избежать односторонних действий в интересах каких-то конкретных стран»².

Конечно, нельзя не отметить, что есть в БРИКС и центробежные силы, подпитываемые и принадлежностью партнеров к разным цивилизационным общностям, и объективными различиями в параметрах социально-экономического развития, и различиями в моделях модернизации и в политических системах, и большой зависимостью от экономических отношений с Западом, и наличием пограничных споров (Индия – Китай), продолжающихся десятилетиями и порождающих значительное взаимное недоверие³. Поэтому возможность дальнейшего повышения роли и влияния БРИКС на международной арене не в последнюю очередь зависят от уровня развития и динамики двусторонних отношений между членами форума, от экономического и политико-дипломатического наполнения взаимодействия между ними. Как бы то ни было, интересам России отвечает позиционирование БРИКС как новой модели глобальных отношений, строящейся поверх старых барьеров Восток–Запад или Север–Юг.

¹ Латухина К. «Пятерка» в Америке. Лидеры БРИКС обсудили коллективные действия // Российская газета. – 17.07.2014. URL: <http://www.rg.ru/2014/07/17/pyatyorka.html> (дата обращения: 01.05.2015).

² Там же.

³ См: Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве: мат-лы Научного семинара (Москва, 9 октября 2012 г.) / отв. ред. и сост. К.М. Беликова. – М.: Сенат Пресс, 2012. – С. 5–8.

Новизна и комплексный характер проблем, связанных с участием российской стороны в БРИКС, по мнению авторов настоящего учебника, ставят перед специалистами и субъектами, развивающими отношения с БРИКС, многочисленные вопросы, требующие ответов, в том числе:

– предметный анализ возможностей, открываемых для российской стороны в связи с участием в БРИКС во внешнеполитической, внешнеторговой, валютно-финансовой, инвестиционной, инновационной, научно-технической и ресурсной областях;

– дальнейшая работа по выработке в рамках БРИКС договоренностей, создающих организационно-правовую базу для реализации Россией потенциала сотрудничества в формате «пятерки» (создание системы неформальных механизмов сотрудничества, поэтапная институционализация БРИКС);

– выявление возможностей сближения, гармонизации и унификации частноправового регулирования в разнесистемных правовых порядках, которые олицетворяют страны БРИКС.

Именно поэтому авторы настоящего учебника решили сконцентрироваться на функционировании ключевых, по их мнению, частноправовых институтов, неотъемлемых при осуществлении торгового оборота, которые представляются им наиболее значимыми для освещения содержания регулирования торгово-экономических отношений, развиваемых Российской Федерацией.

Это институт юридического лица и иные коллективные формы ведения предпринимательской деятельности по законодательству стран БРИКС, рассматриваемые также в контексте деятельности ТНК, форм и методов инвестирования капитала в страны БРИКС и защиты конкуренции от злоупотреблений доминирующими предприятиями и экономических «концентраций»; институт договора с акцентом на его заключение, исполнение и прекращение в странах БРИКС, а также исследование возможности создания единообразной системы договорного права стран БРИКС как результата конвергенции; институт интеллектуальной собственности, рассматриваемой сквозь призму коммерциализации инноваций как основы развития рынка интеллектуальной собственности, и способы и механизмы урегу-

лирования споров (гражданско-правовых, коммерческих и из публичных правоотношений) с использованием примирительных и иных альтернативных процедур в странах БРИКС.

Освещение в учебнике этих вопросов обусловлено стремлением: предоставить обучающимся и всем интересующимся вопросами национальных особенностей и перспектив унификации частного права стран БРИКС актуальный, теоретически полезный и практически применимый результат законотворческой деятельности стран БРИКС, осуществляемой в условиях последних десятилетий, а также участвовать в подготовке нового поколения юристов, сочетающих навыки практиков, аналитиков и исследователей, владеющих приемами и методами реализации механизмов правового обеспечения деятельности в освещаемой в учебнике сфере.

Глава 1
**КОЛЛЕКТИВНЫЕ ФОРМЫ ВЕДЕНИЯ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ СТРАН БРИКС:
ПРОБЛЕМЫ УНИФИКАЦИИ**

В настоящее время нормальный гражданский оборот как в странах с рыночной системой хозяйствования, так и в странах социалистической ориентации с элементами рыночной экономики при прочих равных условиях невозможен без участия коллективных предпринимателей, основной целью деятельности которых является извлечение прибыли. Наиболее распространенная форма коллективного предпринимательства во всех странах мира – это хозяйственные (предпринимательские, торговые) товарищества¹, как являющиеся юридическими лицами, так и действующие в форме договорных товариществ – объединений лиц². Формы их многообразны, а роль в развитии торговых отношений неоспорима, в связи с этим актуален, по нашему мнению, вопрос изучения таких важных моментов функционирования обозначенных групп и разновидностей хозяйствующих субъектов, как организационно-правовые формы, объем правосубъектности, порядок возникновения и прекращения гражданских прав и обязанностей и целый ряд других показателей, раскрывающих и характеризующих особенности их правового положения.

¹ См., напр.: *Формы ведения предпринимательской деятельности по законодательству зарубежных государств / под ред. В.В. Залесского.* – М.: Юристъ, 2005. – 262 с.; *Правовое положение юридических лиц. // Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский.* – М.: Норма, 2009. – С. 10–156.

² См., напр.: *Беликова К.М.* *Иные договорные объединения предпринимателей, потенциально способные подменять конкурентные риски практической кооперацией: правовая природа картелей, консорциумов, пулов и т. д. // Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография.* – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 276–284.

По этим и иным причинам, в частности, в связи с активным ростом сотрудничества¹ и огромным потенциалом и перспективами развития экономических и иных отношений между странами БРИКС, определяющимися наличием ряда базовых факторов долгосрочного характера, способствующих сближению его участников², изучение и сравнение национального законодательства и права в сфере отношений с участием указанных субъектов этих стран представляется необходимым и своевременным. Отметим в этой связи, что мы, признавая важность и роль в экономике любого государства индивидуальных предпринимателей³, все же сознательно оставляем их за рамками

¹ Например, как отмечают в МИД ЮАР, товарооборот между Россией и ЮАР, составивший в 2011 г. около 500 млн долл., за 2012 г. вырос почти в два раза. См.: Товарооборот ЮАР и России увеличился почти в 2 раза // Российская газета. 04.02.2013. URL: <http://www.rg.ru/2013/02/04/tovarooborot-anons.html> (дата обращения: 31.08.2014). По словам Чрезвычайного и Полномочного Посла КНР в РФ Ли Хуэя, объем двухсторонней торговли РФ-КНР достиг в 2011 г. 83 млрд 200 млн долл., в 2012 г. положительная тенденция быстрого роста также сохранялась, и мы стремительно продвигались к намеченной на 2015 г. цифре в 100 млрд долл. и намеченным на 2020 г. 200 млрд долл.: *Ли Хуэй*. Китай рассчитывает на саммит АТЭС // Российская газета. – 03.09.2012. URL: <http://www.rg.ru/2012/09/03/ates-site.html> (дата обращения: 31.08.2014). По данным официальной статистики в январе–июле 2011 г. внешнеторговый оборот России с Китаем составлял 9,9% от всего общего внешнеторгового оборота РФ, а за аналогичный период 2012 г. – 10,5%. – См.: Данные официального сайта Федеральной службы государственной статистики о состоянии внешней торговли в январе–августе 2012 г. (19.10.2012). URL: http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat/rosstatsite/main/news/doc_1111397432188 (дата обращения: 21.10.2012).

² Подробнее см.: Концепция участия Российской Федерации в объединении БРИКС. Утв. Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 9 февраля 2013 г. URL: <http://kremlin.ru/news/17715> (дата обращения: 26.04.2015)

³ См., напр.: *Беликова К.М.* «Персонификация» предприятия в законодательстве и доктрине некоторых латиноамериканских стран // Право и экономика. – 2011. – № 12. – С. 67–71; *Предпринимательская деятельность индивидуальных предпринимателей (физических лиц) // Формы ведения предпринимательской деятельности по законодательству зарубежных государств / под ред. В.В. Залесского. – М.: Юристъ, 2005. – С. 24–42 и др.*

настоящего исследования, поскольку они выступают способами ведения деятельности в малых и средних объемах, тогда как мы стремимся сосредоточить внимание на механизмах, позволяющих осуществлять предпринимательство в крупных объемах. Мы также исключаем по этой причине из поля зрения простые товарищества.

Что касается кооперативов (производственных в РФ и др.), то согласно преобладающему мнению правоведов¹, это учреждения, основываемые на личных усилиях и взаимной помощи либо для совместного достижения *хозяйственной* цели (напр., Бразилия и др.), либо с целью *организации оказания и оказания услуг* участникам (напр., РФ и др.). Как таковые они рассматриваются в качестве организационной формы хозяйствования, инструмента модернизации сельского хозяйства, рыболовства, ремесленного производства и др., законодательство ряда стран (Бразилия и др.) прямо называет их в числе торговых товариществ (например, Закон о кооперативах № 5.764 от 16 декабря 1971 г.²). В некоторых странах (РФ и др.) кооперативы (напр., потребительские) в число торговых (хозяйственных) товариществ не включаются.

Так, например, в Бразилии же с момента принятия Декрета законодательной власти 1.637 от 5 января 1907 г. (Decreto do Poder Legislativo 1.637), который закрепил возможность кооперативов действовать в форме акционерных обществ и полных или коммандитных товариществ, кооперативы понимаются как предприятия, образуемые и руководимые объединением пользователей, соединивших свои усилия на основе равенства прав с целью развивать экономическую деятельность, либо предоставлять услуги сообща, исключая посредников. По своей природе кооперативы предназначены для осуществления деятельности,

¹ См.: Гражданское и семейное право развивающихся стран: Сборник нормативных актов. Гражданские кодексы стран Латинской Америки: учеб. пособие / отв. ред. В.В. Безбах. – М.: Изд-во УДН, 1988. – С. 84.

² Lei № 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências // D.O. DE 16/12/1971. – P. 10354. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm (дата обращения: 26.04.2015).

сходной с деятельностью торговых товариществ и могут быть потребительскими, производственными, взаимного страхования, кредитования, взаимного оказания медицинских услуг и другие. Отличительным признаком их от торговых товариществ является возможность добровольного вхождения в состав кооператива неограниченного числа участников и наличие «переменного» капитала, его «текучесть» (*variabilidade do capital social*)¹.

Вместе с тем положения ГК Бразилии 2003 г. отнесли кооперативы в число «простых товариществ» (*sociedades simples*), признаваемых гражданскими, непредпринимательскими независимо от того, какой деятельностью они занимаются (параграф единственный ст. 982), что вызывает недоумение бразильских правоведов.

В этой связи отмечается², что кооперативы, по общему правилу, занимаются той же деятельностью, что и предприниматели, и к ним применимы такие качества, характеризующие коммерсантов, как профессионализм и осуществление экономической деятельности, организованной для производства и введения в оборот товаров и услуг, однако, тем не менее, по усмотрению законодателя с 1971 г. они относятся в разряд непредпринимательских, и потому, не могут быть признаны несостоятельными, например. К ним продолжают применяться положения специального Закона – о кооперативах № 5.764/71, одновременно к ним применяются положения ст. 1.093-1.096 ГК, особым образом регламентирующие именно эту ассоциативную форму. Налицо, таким образом, коллизия правовых предписаний.

Представляется, что взвешенный подход к допустимости занятия кооперативов предпринимательской деятельностью должен базироваться на смеси «прагматизма и идеализма»³, вы-

¹ História do Cooperativismo de Crédito no Brasil. 2003. Banco Central do Brasil. URL: http://www.ineparcred.com.br/cartilha_cooperativas_credito.pdf (дата обращения: 05.08.10).

² Lemos R. Novo Código Civil traz mudanças para o meio empresarial. URL: <http://www.romeulemos.com.br/text6.html> (дата обращения: 22.05.04).

³ Боровиков *Н.А.* Правовое регулирование деятельности кооперативов в развивающихся странах Азии и Африки. – М.: Изд-во УДН, 1985. – С. 7.

ражающейся в том, что кооператив вступает в выгодные (приносящие прибыль) отношения, но не ограничивается при этом решением экономических задач, стремясь исключительно к получению прибыли. Как бы то ни было по причине неоднозначности подхода к целям и предназначению кооперативов, в настоящей работе их мы также оставляем за рамками рассмотрения.

Далее. Ряд компаний стран БРИКС отраслевой принадлежности (топливно-энергетического комплекса, тяжелого машиностроения, химической и фармацевтической отрасли, сферы компьютерных услуг) обладают конкурентными преимуществами не только на национальных, но и на международных рынках. В связи с этим логичным также представляется исследование и анализ национального законодательства и права в сфере регулирования частноправовой деятельности транснациональных корпораций в странах БРИКС. Поскольку в мировой экономике идет неуклонный рост масштабов транснационализации – повышение доли международного движения капитала, труда, технологий, информации в общем объеме миграции этих факторов. Эта тенденция как нельзя лучше дополняет иные способы и методы реализации стратегий интеграции предпринимательской деятельности стран БРИКС.

Наиболее распространенной формой коллективного предпринимательства во всех странах мира, как отмечалось выше, являются так называемые «хозяйственные (предпринимательские, торговые) товарищества».

Термин «*хозяйственные товарищества*», используемый нами в настоящей работе, представляет гибрид, образованный нами для целей настоящего исследования от терминов «хозяйственные товарищества и общества» в праве РФ и термина «*sociedad*» (порт.), которое в латиноамериканских странах, воспринявших подходы континентальной системы частного права, применяется для обозначения и товариществ, и обществ, различаемых в современном российском гражданском праве по линиям объединения лиц или объединения капиталов, используется в зависимости от контекста и как определение «товарищества», и как определение «общества» либо «компаний». Такая терминология (как будет видно из изложения ниже) подходит, с

известными оговорками, для описания правопорядков всех стран БРИКС.

Предваряя все нижеизложенное, отметим, что национальное регулирование функционирования хозяйствующих субъектов стран БРИКС, безусловно, во многом различается, но именно выявление различий и сходств послужит, по нашему мнению, основой для гармоничного взаимодействия государств и его совершенствования, в том числе и в правовой сфере.

Как станет видно ниже, на сегодняшний день в странах, являющихся членами ВТО и придерживающихся рыночной концепции развития экономики, в целях международного сотрудничества и развития экономики наряду с национальными особенностями имеет место единообразие содержательной части источников и целей правового регулирования, что позволяет, при наличии терминологических различий, говорить о смысловой унификации рассматриваемого правового регулирования.

1.1. Коллективные формы ведения предпринимательской деятельности и источники их правового регулирования

В **Бразилии** правовое регулирование «хозяйственных (предпринимательских) товариществ» (*sociedades comerciais*) осуществляется в рамках такого подхода бразильского законодателя, при котором целесообразной признается унификация частного правового – гражданского и торгового – регулирования, сквозь призму закрепляемой на уровне ГК концепции «предпринимательской деятельности» (*atividade empresarial*) на основе представления о «*генерализации*» *торгового права*. «Все акты правовой жизни, – полагает, бразильский правовед Х.Е. Боргес, – производятся для получения некоего блага, – они могут либо быть, либо не быть торговыми по своей сути, т. е. могут либо иметь лукративную цель, либо не иметь ее», поэтому вместо того, чтобы закреплять правовые предписания в двух кодексах – *торговом – общем по своей сути*, содержащем определения понятий и принципы регулирования, и гражданском (до-

полнительном), необходимо объединить их в один свод регламентарных предписаний»¹.

При этом ключевую позицию в этой концепции занимает предприятие (*empresa*), опосредующее динамику имущественного оборота в ущерб институту владения и статичному пользованию имуществом, являющимся производными права собственности². Личность коммерсанта (*comerciante*) как субъекта, совершающего торговые сделки, уступает место личности предпринимателя (*empresario*), статус которого значительно многообразней, что, впрочем, не затрагивает существенным образом институтов и норм торгового права³, и именно предприятие олицетворяет собой основного участника экономической деятельности. Так, например, эта точка зрения отчасти находит подтверждение на уровне законодательства: ГК 2002 г. Бразилии отменил первую часть бразильского Торгового кодекса 1850 г. «О торговле вообще» (*Do comércio em geral*), закрепив новые правила относительно деятельности предприятий (*empresas*)⁴.

Книга II Особенной части ГК Бразилии 2002 г.⁵ «Право предприятия» (*Direito de Empresa*) отходит от традиционной закреплённой Торговым кодексом 1850 г.⁶ системы, базировавшейся на фигуре коммерсанта и профессиональном занятии

¹ *Borges J.E.* Curso de direito comercial terrestre. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1964. – P. 50.

² *Roppo E.* Contrato. – Coimbra, Almedina, 1988. – P. 66.

³ *Hentz L.A.S.* Direito de Empresa no Código Civil de 2002: Teoria Geral do Direito Comercial de acordo com a Lei № 10.406, de 10-01-2002 / Ed. Juarez de Oliveira. – Ed. 2da. – Sao Paulo, 2003. – P. 24.

⁴ Código Civil: novas leis no Brasil. 10/01/2003 // Folha de S. Paulo – Gazeta Mercantil. URL: <http://www.brasilnews.com.br/News3.php?CodReg=6900&edit=Geral&Codnews=999> (дата обращения: 31.07.10).

⁵ Código civil do República Brasil (2002). (Novo Código Civil) Lei № 10.406, de 10.1.2002. Lei Ordinária // DOFC PUB 11/01/2002, 000001, 1, Diário Oficial da União. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm (дата обращения: 26.04.2015).

⁶ Lei do império № 556, de 25 de junho de 1850. Lei Ordinária. Código Commercial do Imperio do Brasil // CLBR PUB 31/12/1850, 001, 000057, 1, Coleção de Leis do Brasil). или Collecção das Leis do Império do Brasil. 1850. T. 11. – P. 57–238. URL: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html> (дата обращения: 26.04.2015).

торговлей (уже упоминавшаяся *teoria dos atos de comércio*), оперируя категорией «предприниматель» (*empresário*) и «предпринимательская деятельность» (*atividade empresarial – teoria da empresa* – Титул I Книги II Особенной части). Ключевой фигурой становится фигура предпринимателя, осуществляющего на профессиональной основе экономическую деятельность, организованную для производства и продажи на рынках товаров и услуг¹.

Предпринимательской (empresarial) считается любая экономическая деятельность, направленная на извлечение прибыли (*atividade lucrativa*), осуществляемая на профессиональной основе и организованная с целью производства или введения в оборот товаров и услуг (ст. 966 ГК). Исключение составляет интеллектуальная деятельность научного характера, а также литературная или художественная.

Согласно ст. 40 ГК 2002 г., юридические лица подразделяются на юридические лица публичного (внутреннего или внешнего) и частного права (*as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado*).

К *юридическим лицам внутреннего публичного права* относятся:

- 1) объединения (союзы);
- 2) штаты, федеральный округ, территории (*territórios*);
- 3) муниципалитеты;
- 4) автаркии (*autarquias*);
- 5) иные учреждения публичного характера, создаваемые законом (ст. 41).

К *юридическим лицам внешнего публичного права* относятся иностранные государства и иные лица, деятельность которых регулируется международным публичным правом (ст. 42).

К *юридическим лицам частного права* относятся:

- 1) ассоциации (*associações*);
- 2) товарищества (общества – *sociedades*);

¹ *Machado D.C.* O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa. URL: http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/O_Novo_Código_Civi_Brasileiro_e_a_Teoria_da_Empresa.htm (дата обращения: 31.07.10); *Bulgarelli W.* Direito Comercial. – 15ª Edição. – São Paulo: Atlas, 2000. – P. 19.

- 3) учреждения (*fundações*);
- 4) религиозные организации;
- 5) политические партии (ст. 44)¹.

При этом новый ГК также устранил подразделение товариществ на товарищества, действующие согласно предписаниям гражданского права, и торговые товарищества. Торговые товарищества (*sociedades comerciais*) получили в ГК 2002 г. наименование предпринимательских (*sociedades empresárias* – ст. 982, 983 и др.), а категория торгового фонда (*fundo de comércio*) уступила место понятию «торговое обзаведение» (*estabelecimento*)².

Теперь товарищества подразделяются, исходя из того, в каком реестре они зарегистрированы, – предпринимательские (*sociedades empresárias*) подлежат регистрации в Государственном реестре торговых товариществ (*Registro Público de Empresas Mercantis* – Советом по торговле); непредпринимательские (*sociedades não-empresárias*) – в Гражданском реестре юридических лиц (*Registro Civil das Pessoas Jurídicas* – Реестр о держателе правоустанавливающих документов). Регламентация деятельности акционерных обществ производится на основании положений Закона № 6.404 от 15 декабря 1976 г. об акционерных обществах³, тогда как деятельность обществ с ограниченной ответственностью регламентируется положениями ГК.

¹ ГК Бразилии 1916 г. к юридическим лицам внутреннего публично-го права относил федерация, ее штаты и федеральный округ, муниципальные округа. Юридическими лицами частного права признавались гражданские, благотворительные, научные и литературные общества, общественно полезные союзы и фонды, торговые товарищества, вносящиеся в генеральный реестр юридических лиц (ст. 13–16, 18). – См.: *Lei* № 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. (*Lei Ordinária*) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil // DOFC PUB 05/01/1916, 000133, 1, Diário Oficial da União). URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm (дата обращения: 26.04.2015).

² *Reale Miguel*. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. – V. 5. – T. 2. – Brasília, 1989. – P. 17.

³ *Lei* no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, dispõe sobre as Sociedades por Ações. – «Sociedades Anônimas» // DOFS PUB 17/12/1976 000001 1 Diário Oficial da União – Supl. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm (дата обращения: 26.04.2015).

В ст. 44 ГК 2002 г. законодатель выделяет классификацию юридических лиц частного права, к которым относит такие товарищества (общества – sociedades) как: акционерное общество (sociedade anónima), общество с ограниченной ответственностью (sociedade limitada), полное товарищество (sociedade em Nome Coletivo), коммандитное товарищество (sociedade em Comandita simples), негласное товарищество (sociedade em Conta de Participação), коммандитное товарищество на акциях (sociedade em Comandita por Ações).

Такие организационно-правовые формы, как негласное товарищество и коммандитное товарищество на акциях (или «акционерная коммандита») характерны для стран романо-германской правовой семьи, традиции которой и восприняла Бразилия. В кодексе четко регламентировано правовое положение каждого товарищества (общества), порядок создания и прекращения деятельности, права и обязанности участников. При этом Гражданский кодекс имеет характер генерального закона, а не всеобъемлющего, поэтому законодатель помещает регулирование особенных микросистем правопорядка в специальном законодательстве.

Наряду с Гражданским кодексом в Бразилии действует вышеупомянутый Закон об акционерных обществах № 6.404 1976 г., распространяющийся также и на коммандитные товарищества на акциях – в ред. Закона 1997 г.¹ и последующих изменений вплоть до Временной меры № 608 от 28 февраля 2013 г.²,

¹ Lei 9.457/1997, de mayo de 1997. Altera dispositivos da lei 6.404, de 15.12.1976, que dispõe sobre as sociedades por ações e da Lei 6.385, de 07.12.1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a comissão de valores mobiliários // D.O. de 06/05/1997. – P. 9.009.

² Medida provisória № 608, de 28 de fevereiro de 2013, dispõe sobre crédito presumido apurado com base em créditos decorrentes de diferenças temporárias oriundos de provisões para créditos de liquidação duvidosa nas condições que estabelece e dispõe sobre os títulos de crédito e instrumentos emitidos por instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, para composição de seu patrimônio de referência, e altera a Lei № 12.249, de 11 de junho de 2010. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Mpv/mpv608.htm #art15 (дата обращения: 26.04.2015).

ставшей в июле 2013 г. Законом № 12.838¹. В Законе 1976 г. законодатель определяет правовую природу, типы акционерных обществ – публичные и закрытые, порядок создания акционерного капитала, типы и классы акций – обыкновенные и привилегированные, структуру управления общества и компетенцию ее органов, а также порядок прекращения деятельности обществ. Соответственно, в целом структура закона не отличается от законов, регулирующих деятельность акционерных обществ за рубежом, в частности в рассматриваемых нами странах.

В отношении АО действует также Нормативная инструкция (instrução normativa) № 100 от 19 апреля 2006 г., одобряющая Реестр актов, издаваемых АО, и торговый реестр самих акционерных обществ². До принятия ГК 2002 г. общество с ограниченной ответственностью носило наименование *sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, а его деятельность регулировалась положениями Декрета 1919 г.³. В отношении всех видов товариществ также действует Закон № 6.015 1973 г.⁴ о публичном реестре и других необходимых для деятельности условиях.

В дореволюционный период в **России** существовало такое понятие, как «торговое товарищество»⁵. Однако отсутствие частной коммерции в прежнем – *советском* – правопорядке вынуждало использовать более «нейтральное» и широкое поня-

¹ Lei № 12.838, de 9 de Julho de 2013. Conversão da Medida Provisória № 608, de 2013 // DOU de 10.7.2013. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12838.htm (дата обращения: 26.04.2015).

² Instrução normativa № 100, de 19/04/2006 – Aprova o Manual de Atos e Registro Mercantil das Sociedades Anônimas. URL: <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/dnrc1200v.htm> (дата обращения: 28.03.2013).

³ Decreto 3.708/1919. – См.: Conceito de Sociedade Empresária Limitada. URL: <http://www.portaldopreendedor.gov.br/legislacao/sociedade-empresaria-limitada> (дата обращения: 26.04.2015).

⁴ Lei № 6.015, de 31 de dezembro de 1973, dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências // D.O. de 31/12/73. – P. 13528. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm# (дата обращения: 26.04.2015).

⁵ См., напр.: *Шершеневич Г.Ф.* Торговые товарищества // Курс торгового права. – Т. I: Введение. Торговые деятели. – М.: Статут, 2003. – 480 с.

тие – «хозяйственная деятельность»¹. Ныне действующий Гражданский кодекс (далее – ГК РФ, Кодекс, Гражданский кодекс)², следуя этой традиции, применяет термин «хозяйственные» (напр., п. 2 ст. 50 ГК РФ в ред. ФЗ от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ, вступившей в силу с 1 сентября 2014 г.³).

До сих пор в системе гражданского законодательства РФ не существует отдельного закона, регулирующего деятельность хозяйственных товариществ и обществ. Правовые основы осуществления их деятельности и преобладающую роль в регулировании деятельности хозяйствующих субъектов в РФ играют нормы, закрепленные в гл. 4 Гражданского кодекса, регламентирующей деятельность хозяйственных товариществ и обществ: хозяйственные товарищества и общества являются коммерческими организациями (п. 2 ст. 50 ГК РФ в ред. 2014 г. – здесь и далее), основная цель деятельности которых состоит в извлечении прибыли. Также закон относит их к юридическим лицам, т. е. организациям, которые имеют обособленное имущество (в предыдущей редакции ГК указывалось на разновидности права, на котором это имущество могло находиться у юридического лица, – напр., в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении – п. 1 ст. 48) и отвечают им по своим обязательствам, могут от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде (п. 1 ст. 48 ГК РФ).

Согласно внесенным в ГК изменениям (п. 1 ст. 65.1), они также относятся к корпоративным организациям, – т. е. юридическим лицам, в отношении которых их участники имеют *корпоративные* права (в предыдущей редакции ГК – абз. 2 п. 2 ст. 48 – речь шла об *обязательственных* правах). Так, согласно п. 1 ст. 65.1. ГК РФ, в частности, хозяйственные товарищества и

¹ Гражданское право: в 4 т. – Т. 1: Общая часть / отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 270.

² Гражданский кодекс Российской Федерации часть первая от 30.11.1994 № 51-ФЗ (Принят ГД ФС РФ 21.10.1994) // СЗ РФ. – 05.12.1994. – № 32. – Ч. 1. – Ст. 66.

³ Российская газета. – 7.05.2014. – № 101.

общества и хозяйственные партнерства (они рассматриваются нами в настоящей работе) являются корпоративными юридическими лицами (корпорациями), т. е. юридическими лицами, учредители (участники) которых обладают правом участия (членства) в них и формируют их высший орган в соответствии с п. 1 ст. 65.3 ГК РФ.

Товарищества и общества наделены общей правоспособностью. Так, согласно абз. 2 п. 1 ст. 49 ГК РФ коммерческие организации (за исключением унитарных предприятий и иных видов организаций, предусмотренных законом), могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом.

Гражданский Кодекс посвящает коммерческим корпоративным организациям § 2 гл. 4 ГК РФ, разд. 1 которого содержит общие положения о деятельности хозяйственных товариществ и обществ. Хозяйственными товариществами и обществами признаются корпоративные коммерческие организации с разделенным на доли (вклады) учредителей (участников) уставным (складочным) капиталом. Имущество, созданное за счет вкладов учредителей (участников), а также произведенное и приобретенное хозяйственным товариществом или обществом в процессе деятельности, принадлежит на праве собственности хозяйственному товариществу или обществу¹.

Объем правомочий участников хозяйственного общества определяется пропорционально их долям в уставном капитале общества. Иной объем правомочий участников *непубличного* хозяйственного общества может быть предусмотрен уставом общества, а также корпоративным договором при условии внесения сведений о наличии такого договора и о предусмотренном им объеме правомочий участников общества в единый государственный реестр юридических лиц (п. 1 ст. 66 ГК РФ). Отметим в этой связи, что согласно действующей редакции ГК

¹ Подробнее о корпорациях в России см.: Суханов Е.А. Корпорации в российском праве // Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. – С. 20–24. (Документ предоставлен Консультант Плюс. Дата сохранения: 05.07.2014).

к коммерческим корпоративным организациям отнесены в том числе *публичные* и *непубличные* общества. *Публичным* признается АО, акции (ценные бумаги, конвертируемые в акции) которого публично размещаются (путем открытой подписки) или публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах. Правила о публичных обществах применяются также к акционерным обществам, устав и фирменное наименование которых содержат указание на то, что общество является публичным. Общество с ограниченной ответственностью и акционерное общество, которое не отвечает признакам, указанным в п. 1 ст. 66.3, признаются непубличными (п. 1 и 2 ст. 66.3, 97 ГК РФ).

В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, хозяйственное общество может быть создано одним лицом, которое становится его единственным участником (компания одного лица в других рассматриваемых нами странах БРИКС). При этом хозяйственное общество не может иметь в качестве единственного участника другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица, если иное не установлено настоящим Кодексом или другим законом (п. 2 ст. 66 ГК РФ).

ГК прямо устанавливает виды хозяйственных товариществ и обществ: хозяйственные товарищества могут создаваться в организационно-правовой форме полного товарищества или товарищества на вере (коммандитного товарищества), хозяйственные общества могут создаваться в организационно-правовой форме акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью (п. 3 и 4 ст. 66 ГК РФ). Как видим из действующей редакции ГК исключено упоминание о закрытых и открытых АО, об обществах с дополнительной ответственностью.

Гражданский кодекс закрепляет общие положения, касающиеся хозяйственных товариществ и обществ, в том числе основные положения об уставном капитале хозяйственного общества (ст. 66.2. ГК РФ); указывает, какими могут быть вклады в имущество хозяйственного товарищества или общества (ст. 66.1 ГК РФ), раскрывает и систематизирует права и обязанности их участников сквозь призму признания их корпорациями (напр., ст. 65.2, 67 ГК РФ), в том числе в сфере управления (ст. 65.3, 67.1 ГК РФ); устанавливает ответственность участников по от-

ношению к товариществу или обществу, а также общества или товарищества – к участникам (напр., ст. 56 ГК РФ и др.); а также порядок создания, реорганизации (напр., ст. 57-60.2 ГК РФ и др.) и прекращения деятельности товариществ и обществ (напр., ст. 61-65 ГК РФ и др.). Касается вопроса о дочерних хозяйственных обществах (ст. 67.3 ГК РФ).

Далее. П. 4 ст. 49 ГК РФ гласит, что особенности гражданско-правового положения юридических лиц отдельных организационно-правовых форм, видов и типов, а также юридических лиц, созданных для осуществления деятельности в определенных сферах, определяются в соответствии с настоящим Кодексом, другими законами и иными правовыми актами. А п. 7 ст. 66.1. ГК РФ гласит, что особенности правового положения кредитных организаций, страховых организаций, клиринговых организаций, специализированных финансовых обществ, специализированных обществ проектного финансирования, профессиональных участников рынка ценных бумаг, акционерных инвестиционных фондов, управляющих компаний инвестиционных фондов, паевых инвестиционных фондов и негосударственных пенсионных фондов, негосударственных пенсионных фондов и иных некредитных финансовых организаций, акционерных обществ работников (народных предприятий), а также права и обязанности их участников определяются законами, регулирующими деятельность таких организаций.

Одним из практических нововведений реформы гражданского законодательства стало введение в действующее гражданское законодательство новой организационно-правовой формы коммерческого юридического лица – хозяйственного партнерства (далее – ХП). В связи с этим в 2011 г. был принят ФЗ «О хозяйственных партнерствах»¹.

Действуют специальные законы, регламентирующие деятельность обществ с ограниченной ответственностью и акцио-

¹ См.: Федеральный закон от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // Российская газета. – 9.12.2011 – № 278; а также: Суханов Е.А. Хозяйственные партнерства // Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. – С. 68–70. (Документ предоставлен Консультант Плюс. Дата сохранения: 05.07.2014.)

нерных обществ. Федеральный закон от 26.12.1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»¹ (далее – Закон об АО) определяет порядок создания, реорганизации, ликвидации, правовое положение, права и обязанности акционеров, порядок управления в АО и совершения сделок с его акциями, развивая и детализируя общие положения Гражданского кодекса РФ об акционерных обществах.

Он также определяет, что особенности создания, реорганизации, ликвидации, правового положения акционерных обществ в сферах банковской, инвестиционной и страховой деятельности, а также деятельности по негосударственному пенсионному обеспечению и деятельности в качестве страховщика по обязательному пенсионному страхованию, а также специализированных обществ определяются федеральными законами (п. 3 ст. 1 Закона об АО). Так, деятельность акционерных обществ в сфере банковской деятельности определяется ФЗ от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»; в сфере инвестиционной деятельности – ФЗ от 2 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» и т. д.

Также действует Федеральный закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»² (далее – Закон об ООО), дополняющий и конкретизирующий нормы ГК РФ относительно обществ с ограниченной ответственностью. В законе преобладают диспозитивные нормы, которые предоставляет широкий выбор учредителям (участникам) при определении организационной структуры, формировании уставного

¹ Федеральный Закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (Принят ГД ФС РФ 24.11.1995) // Российская газета. – 29.12.1995. – № 48 (в ред. Федерального закона от 6 апреля 2015 г. № 208-ФЗ, изм. вступили в силу со дня официального опубликования (опубликован в СЗ РФ – 06.04.2015, на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> – 07.04.2015).

² Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (Принят ГД ФС РФ 14.01.1998) // СЗ РФ от 16 февраля 1998 г. № 7 ст. 785 (в ред. Федерального закона от 6 апреля 2015 г. № 208-ФЗ, изм. вступили в силу со дня официального опубликования (опубликован в СЗ РФ – 06.04.2015, на Официальном интернет-портале правовой информации <http://www.pravo.gov.ru> – 07.04.2015).

капитала, установлении порядка внутренних отношений в обществе и управления в нем. Следствием этого является широкая популярность данной организационно-правовой формы в России. Как и применительно к АО, применительно к ООО в законе устанавливается, что особенности правового положения, порядка создания, реорганизации и ликвидации обществ с ограниченной ответственностью в сферах банковской, страховой, частной охранной и инвестиционной деятельности, а также в области производства сельскохозяйственной продукции и специализированных обществ определяются федеральными законами (п. 2 ст. 1 Закона об ООО).

Процедуры несостоятельности (банкротства) акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, в том числе вопросов, касающихся оснований для признания должника несостоятельным (банкротом), порядок и условия осуществления мер по предупреждению несостоятельности (банкротства), порядка и условий проведения процедур, применяемых в деле о банкротстве, и иных отношений, возникающих при неспособности должника удовлетворить в полном объеме требования кредиторов, регулируются отдельным законом – ФЗ от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹ и т. д.

В **Индии** хозяйственные (торговые) товарищества обозначаются терминами «*company*» и «*partnership*», поскольку законодательство Индии восприняло в этом вопросе систему общего права, а именно право бывшей метрополии – Англии. Так, индийский Закон о компаниях 1956 г. (Companies Act, 1956)² был смоделирован по образцу английского закона о компаниях 1948 г. Закон регулировал все основные вопросы организации и деятельности *компаний* – с неограниченной ответственностью (*company with unlimited liability*), с ответственностью участни-

¹ «РГ» – Федеральный выпуск № 30772 от 2 ноября 2002 г. (в ред. Федерального закона от 21 июля 2014 г. № 216-ФЗ, изм. вступили в силу с 1 января 2015 г.).

² Indian Companies Act No 1 of 1956. URL: http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/Companies_Act_1956_13jun2011.pdf (дата обращения: 26.04.2015).

ков в пределах гарантированной суммы (company with liability limited by guarantee) и с ответственностью, ограниченной стоимостью акции (company with liability limited by shares)¹. На настоящий момент деятельность компаний регламентируется новым Законом о компаниях № 18 от 2013 г.² (The Companies Act № 18 of 2013), который был подписан Президентом 29 августа 2013 г.³. Согласно его положениям признаются «company limited by guarantee» (п. 21 ст. 2 Закона о компаниях 2013 г.), «company limited by shares» (п. 22 ст. 2 Закона 2013 г.) и «unlimited company» (п. 92 ст. 2 Закона 2013 г.).

Закон о компаниях 1956 г. являлся важнейшим законодательным актом, регламентирующим вопросы создания, финансирования, функционирования и прекращения деятельности компаний. Закон также содержал положения, касающиеся понятийного аппарата, организационной структуры компании, принципов финансирования, управленческих и иных аспектов деятельности компании.

Необходимо отметить степень допустимого государственного вмешательства в деятельность компаний, функционировавших на основании положений Закона 1956 г.: государство было вправе проверять бухгалтерские книги и документацию, направлять специальную проверку, а при необходимости могло начать расследование и судебное разбирательство в случае нарушения компанией закона. Подобные проверки были призваны выяснить, осуществляет ли компания свою деятельность в соответствии с Законом 1956 г., наносит ли эта деятельность вред обществу, интересам участников, кредиторам, работникам и иным лицам.

Основной задачей нового закона 2013 г. стало проведение радикальных изменений в сфере корпоративного права Индии и

¹ Подробнее см.: *Мозолин В.П.* Право компаний // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 174–204.

² Indian Companies Act № 18 of 2013 // The Gazette of India. Extraordinary. – Part II. – Section 1. – № 27. – New Delhi, Friday, August 30, 2013 / Bhadrpada 8, 1935 (Saka). URL: http://egazette.nic.in/WriteReadData/2013/E_27_2013_425.pdf (дата обращения: 26.04.2015).

³ Companies Act, 2013 Receives Presidential Assent. September 3, 2013. URL: <http://indiacorplaw.blogspot.com/2013/09/companies-act-2013-receives.html> (дата обращения: 26.04.2015).

устранение правовых препятствий, которые вредят национальной экономике. В частности, закон нацелен на урегулирование процедурных вопросов ведения бизнеса, а также повышения уровня отчетности компаний и системы управления. Представители промышленных предприятий, участвовавших в разработке законопроекта, отмечают, что закон упростил процедурные правила ведения предпринимательства и внес большую ясность и прозрачность в управление компанией¹. Ключевые изменения коснулись следующих положений: обязательной ротации аудиторов; регулирования сделок с участием связанных с банками лиц; защиты прав акционеров, владеющих меньшим количеством акций (миноритариев); введения коллективных исков; повышения ответственности управленцев и обеспечения обязательного места для женщин в правлении компании².

Правовое регулирование *партнерств* осуществляется в соответствии с Законом о партнерствах 1932 г. (Indian Partnership Act, 1932)³ и Законом о партнерствах с ограниченной ответственностью 2009 г. (Indian Limited Liability Partnership Act, 2009)⁴.

Закон 1932 г. действует в редакции 1984 г.⁵ Он построен на принципах, воплощенных в английском Законе о партнерствах 1890 г. (Partnership Act, 1890) и Единообразном законе о

¹ *Gayathry Amrutha*. India's New Companies Bill Expected to Boost Mergers with Foreign Firms, Mandates Social Welfare Spending. URL: <http://www.ibtimes.com/indias-new-companies-bill-expected-boost-mergers-foreign-firms-mandates-social-welfare-spending> (дата обращения: 31.08.2014).

² См.: Companies Bill: key changes. A quick digest of the changes that companies need to be aware of. Aug 08 2013. URL: <http://www.livemint.com/Politics/V7FKtHOVMmqVIQsjtYPIUK/Companies-Bill-key-changes.html> (дата обращения: 31.08.2014).

³ The Indian Partnership Act № IX of April 8, 1932 (enacted on October 1, 1932). URL: http://www.mca.gov.in/Ministry/actsbills/pdf/Partnership_Act_1932.pdf (дата обращения: 31.08.2014).

⁴ The Limited Liability Partnership act № 6 of 2008. // The Gazette of India. Extraordinary. Part II – Section 1. № 7. New Delhi, Friday, January 9, 2009 / Pausa 19, 1930 (Saka). URL: http://www.mca.gov.in/LLP/pdf/LLP_Act_2008_15jan2009.pdf (дата обращения: 27.07.2014).

⁵ До принятия этого законодательного акта деятельность партнерств регулировалась Законом о договорах 1872 г.

партнерстве 1914 г. (Uniform Partnership Act, 1914), подготовленном в США, и определяет формирование, организационную структуру и функционирование партнерств с неограниченной ответственностью и действует на всей территории Индии за исключением штата Джамму и Кашмир. Согласно положениям этого Закона, *партнерства с неограниченной ответственностью* (Partnership) – это такие партнерства, участники которого отвечают по обязательствам партнерства солидарно и неограниченно всем своим имуществом. В целом законом определены все основные моменты функционирования партнерства, в том числе и порядок его регистрации¹.

В связи с ростом индийской экономики возникла острая необходимость создания новой формы предпринимательской деятельности в качестве альтернативы традиционному партнерству с неограниченной ответственностью участников. *Партнерства с ограниченной ответственностью* (Limited Liability Partnership – LLP) рассматриваются как альтернативная форма предпринимательской деятельности, которая предоставляет преимущества ограниченной ответственности и в то же время обеспечивает гибкость организационной структуры партнерства, поскольку деятельность партнерства основана на договоре.

Кроме того, LLP позволяет предпринимателям, специалистам и предприятиям предоставлять услуги и заниматься любой не запрещенной законом деятельностью, в том числе в научно-технической сфере.

В целом Закон 2009 г. закрепляет правовой статус и все основные аспекты деятельности партнерств с ограниченной ответственностью, то есть порядок формирования и регистрации, организационную структуру, права и обязанности участников, прекращение деятельности.

¹ Подробнее см.: The Indian Partnership act, 1932. Chapter – 3. The Institute of Chartered Accountants of India (Ed.). URL: <http://www.icaiknowledgegateway.org/littledms/folder1/chapter-3-the-indian-partnership-act-1932.pdf> (дата обращения: 27.07.2014); Seventh Report on Partnership Act, 1832 of the Law Commission of India. Bombay, July 13, 1957. URL: <http://law-commissionofindia.nic.in/1-50/Report7.pdf> (дата обращения: 27.07.2014).

Так, *партнерство с ограниченной ответственностью* – это партнерство, участники которого несут ответственность по обязательствам партнерства в пределах внесенных ими вкладов.

Также следует подчеркнуть, что в отличие от подхода Англии в отношении аналогичных форм предпринимательства, закреплявшегося, например, в *Limited Partnerships Act, 1907*¹. Закон 2009 г. наделяет такие партнерства статусом юридического лица. Таким образом, партнерства с ограниченной ответственностью подлежат регистрации и занесению в Реестр юридических лиц, а также обязаны предоставлять ежегодный отчет о деятельности партнерства в регистрирующий орган².

В Китае в силу исторически сложившихся социально-экономических и политических предпосылок и условий правовые системы материкового Китая, Гонконга, Макао и Тайваня формировались под влиянием различных правовых традиций, в частности, Гонконга – под влиянием английской системы общего права, Макао – под влиянием правовой системы Португалии, воспринявшей, хотя и не столь удачно, как ее северо-восточные соседи, романо-германскую правовую модель.

Самобытной и в определенной степени самодостаточной является правовая система самого материкового Китая³. Она носит смешанный характер, представляющий собой сплав древних правовых традиций и современного законодательства, основанного на идеях «социализма с китайской спецификой» и некоторых принципах романо-германского права⁴.

¹ См.: *Limited Partnerships Act, 1907*. – С. 24 (Regnal. 7_Edw_7). Section 4. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/7/24/section/4> (дата обращения: 27.07.2014).

² Подробнее см.: *Limited Liability Partnership Act, 2009*. April 2009. URL: http://icaihyd.org/articles/limited_liability_april2009.pdf (дата обращения: 27.07.2014).

³ Куан Цзэнцзюнь. Международный коммерческий арбитраж в Китае: Материковый Китай, Гонконг, Макао и Тайвань: дис. ... к.ю.н. – М., 2008. – С. 10.

⁴ Сухарев А.Я. Цит. соч. – С. 378.

Действующие Общие положения гражданского права КНР 1986 г.¹ (далее – ОПГП КНР) оперируют таким понятием, как «предприятие» и используют его в отношении всех коммерческих организаций вне зависимости от наличия у них статуса юридического лица. В течение последних десятилетий Китай переживает реформу гражданского законодательства в виде попытки разработки Гражданского кодекса, но пока эта работа не увенчалась успехом². По мнению китайского исследователя Лю Цзюнь Пина, китайские разработчики проектов кодекса последовательно придерживаются позиций континентальной правовой системы³, но условно принимают некоторые понятия, принадлежащие системе общего права; таким образом, в будущем кодексе можно ожидать наличия отдельных элементов, выработанных в системе *common law*, вероятнее всего – в сфере определения правового положения торговых товариществ (партнерств)⁴.

¹ Общие положения гражданского права КНР от 12.04.1986 (Приняты на 4-й сессии Всекитайского собрания народных представителей шестого созыва). URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law (дата обращения: 31.08.2014) и General Principles of Civil Law of the People's Republic of China / Transl. by Whitmore Gray and Henry Ruiheng Zheng (Adopted April 12, 1986, at the Fourth Session of the Sixth National People's Congress, to take effect on January 1, 1987). 1989. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3990&context=lcp> (дата обращения: 27.07.2014).

² См.: Дэн Шен Мин. Китайский Закон о вещных правах 2007 г.: шаги разработки и принятия // Вестник РУДН. Серия Юридические науки. – 2007. – № 5; Зилкова Р.М. Гражданское законодательство России и Китая: общее и особенное // Развитие взаимодействий в правовом и экономическом пространстве стран АТР: формальные и неформальные аспекты. Материалы международной научно-практической конференции, посвященной 65-летию со дня образования Хабаровского края. – Ч. 1 / под науч. ред. В.А. Лихобабина, М.И. Разумовской. – Хабаровск: РИЦ ХГАЭП, 2003. – С. 59 (256 с.); Янь Имэй. Состояние гражданского законодательства в современном Китае и процесс его кодификации // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 7; и др. Цит. по: Бадаева Н.В. Цит. соч.

³ См. об этом и аналогичное мнение Давида Р. и Жоффре-Спинози К.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Китайское право // Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1996. – С. 358.

⁴ См.: Лю Цзюнь Пин. Кодификация гражданского законодательства в Китайской Народной Республике: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03. – М., 2011. – 24 с. URL: <http://lawtheses.com/kodifikatsiya-grazhdanskogo-zakonodatelstva-v-kitayskoy-narodnoy-respublike> (дата обращения: 31.08.2014).

Пока ГК не принят, регламентация гражданско-правовых отношений осуществляется, как и прежде, Общими положениями гражданского права 1986 г. и вновь принимаемыми законами, в том числе такими, которые можно смело назвать рыночными и в отношении которых справедливо сказать, что усиление их роли изменяет модель управления, новые законы способствуют изменению работы китайского правительства, повышению ее эффективности¹.

Общие положения гражданского права КНР 1986 г., говоря о юридических лицах, закрепляют возможность создания предприятий²: *общенародной* (enterprises owned by all the people / state enterprises – также – государственные предприятия³) и *коллективной* (collective enterprises⁴) форм собственности (ст. 41 ОПГП КНР) (последние подразделяются на городские, волостные и деревенские⁵), а также [*наевых. – авт.*] *совместных предприятий* с китайским и иностранным капиталом (equity joint

¹ Бевеликова Н.М. Законодательство Китайской Народной Республики в сравнительно-правовом измерении // Законодательство и экономика. – 2012. – № 4. – С. 72–79.

² Тексты всех актов (законов, положений) о предприятиях всех видов и форм собственности и их разновидностях по состоянию на 1997 г. см. в кн.: Пащенко Е.Г. Гражданское законодательство КНР. – М.: Изд-во Междунар. центра финансово-эконом. развития, 1997. – 336 с; о гражданско-правовых аспектах статуса основных субъектов хозяйственной и предпринимательской деятельности в период реформы в КНР см. в кн.: Пащенко Е.Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право / отв. ред. Л.М. Гудошников. – М.: Спарк, 1997. – 188 с.

³ Wang Liming, Liu Zhaonian (translated by Fu Xiaoshuang and Wu Yanlei). On the property rights system of the state enterprises in China // Law and contemporary problems. – Vol. 52. – № 3. – P. 19-42. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3998&context=lcp&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2F> (дата обращения: 31.08.2014).

⁴ Guoqiang Tian. Property Rights and the Nature of Chinese Collective Enterprises // Journal of Comparative Economics. – 2000. – № 28. – P. 247–268. URL: <http://econweb.tamu.edu/tian/jce00.pdf> (дата обращения: 31.08.2014).

⁵ Сухарев А.Я. Китай // Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. М.: Норма, 2003. С. 383. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1290_page_74.html (дата обращения: 31.08.2014).

ventures¹), *кооперативных предприятий* с использованием китайского и иностранного капитала (sino-foreign cooperative enterprises²) и *предприятий, основанных на иностранном капитале* (wholly foreign-owned enterprise, foreign invested enterprise³), наделяя их статусом юридического лица.

Их деятельность регулируется целым рядом законов, в том числе законами: «О промышленных предприятиях общенародной собственности» 1988 г., «О кооперативных предприятиях с использованием китайского и иностранного капитала» 1988 г.; «О [паевых] совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом» 1979 г.; «О предприятиях, основанных на иностранном капитале» 1986 г.⁴ и др.

В настоящее время в Китае действует несколько законов, призванных способствовать реформированию китайской экономики с точки зрения необходимости внедрения рыночных механизмов хозяйствования в контексте действия, преимущест-

¹ Procedures for establishing an equity joint venture in China. URL: http://www.china.org.cn/living_in_china/abc/2009-07/15/content_18141099.htm (дата обращения: 31.8.2014).

² Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative Enterprises (Approved by the First Session of the Seventh National People's Congress on April 13, 1988). URL: <http://www.china.org.cn/english/features/investment/36755.htm> (дата обращения: 31.08.2014).

³ Establishing a foreign invested enterprise in China. Norton Rose LLP. 2010. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/establishing-a-foreign-invested-enterprise-in-chinapdf-28964.pdf> (дата обращения: 23.07.2013)

⁴ См.: Экономическое право // Законодательство Китая. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law (дата обращения 31.08.2014); Законы КНР, законодательство и право Китая. // UGL Corporation (China). URL: <http://law.uglc.ru/legal.htm> (дата обращения 31.08.2014); Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative Enterprises, 1988. URL: <http://www.china.org.cn/english/features/investment/36755.htm> (дата обращения: 31.08.2014).

Наименования законов о совместных предприятиях даются еще в следующей редакции: Законы КНР «О хозяйственных предприятиях с участием китайско-иностранного капитала», «О хозяйственных предприятиях китайско-иностранного сотрудничества». См.: Ведомости Государственного Совета КНР. – Пекин, 2002. – № 2. Цит. по: *Бевеликова Н.М.* Цит. соч.

венно, международных экономических и политических факторов. В частности, отмечается¹, что на протяжении 15-летнего переговорного периода, предшествовавшего вступлению КНР в ВТО, Китай поэтапно развивал и активизировал начатую им еще в 1978 г. политику формирования открытой, ориентированной вовне экономики, а с присоединением Китая в 2001 г. к ВТО экономическая реформа в стране перешла на новый этап.

С 1984 г. (на официальной основе) в Китае создаются и действуют крестьянские предприятия (township and village enterprises – TVEs²) – паевые и кооперативные³. Государство охраняет законные права и интересы частного хозяйства, направляет его деятельность, осуществляет контроль и управление, деятельность *частных предприятий* регламентируется положениями Закона «О частных предприятиях» 1988 г., согласно которому последние делятся на самостоятельные, артельные предприятия и компании с ограниченной ответственностью⁴.

Закон КНР «О компаниях» 1993 г. (в ред. 2005 г.)⁵ устанавливал следующие формы компаний, которые могут быть созданы на территории КНР: компании с ограниченной ответственностью

¹ Варавенко В.Е. Становление и развитие договорного права Китайской Народной Республики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. – № 2. – С. 37-41; Бевеликова Н.М. Цит. соч.

² Fan Y., Chen N., Kirby D.A. Chinese Peasant Entrepreneurs: An Examination of Township and Village Enterprises in Rural China // Journal of Small Business Management. – October 1996. – Vol. 34. – № 4. URL: <http://www.questia.com/library/1G1-18955904/chinese-peasant-entrepreneurs-an-examination-of-township> (дата обращения: 01.09.2014).

³ Сухарев А.Я. Цит. соч. – С. 382.

⁴ Там же.

⁵ The Company Law of the People's Republic of China. December 29, 1993 (as revised on October 27, 2005). URL: http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/law_en_info.jsp?docid=50878 (дата обращения: 27.03.2013); Закон КНР «О компаниях» (принят на 5-ом заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 8-го созыва 29 декабря 1993 г. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_company (дата обращения: 19.08.2014).

Одновременно можно, по-видимому, использовать и терминологию *civil law*, говоря об обществах.

(limited liability company¹, в том числе может быть компанией одного лица (one-man company) и государственной компанией (solely state-owned company), и акционерные компании с ограниченной ответственностью (joint stock limited company²). Закон о компаниях в редакции 28 декабря 2013 г.³ вместо словосочетания *joint stock limited company* использует словосочетание *companies limited by shares*, разъясняя, что риск ответственности акционера (пайщика) компании с ограниченной ответственностью равен размеру его доли в уставном капитале компании (a share holder of a limited liability company shall be liable for the company to the extent of the capital contribution it subscribes), а акционера компании, в которой риск ответственности ограничен стоимостью акций, – стоимостью акций (a shareholder of a company limited by shares shall be liable for the company to the extent of the shares it subscribes – ст. 3 Закона 1993 г. в ред. 2013 г.). Этот закон определяет порядок создания компаний, организационную структуру, порядок передачи долей, выпуск и передачу акций, квалификацию и обязанности членов совета директоров, финансы и отчетность компании, порядок слияния и разделения, а также роспуска и ликвидации компании. Следует отметить, что закон посвятил отдельные параграфы компаниям с одним участником и компаниям, созданным исключительно на государственные средства. Также отдельная глава посвящена порядку создания и правовому статусу филиалов (branch of a foreign company) иностранных компаний на территории КНР.

Закон КНР «О партнерствах» 1997 г.⁴ определяет понятие партнерств; основные формы и особенности партнерств – об-

¹ По-видимому, ее можно было считать аналогом английской *private company with limited liability*.

² По-видимому, аналог английской *public company*.

³ The Company Law of the People's Republic of China, December 29, 1993 (revised in 2013, revision shall come into effect as of March 1, 2014). URL: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html (дата обращения: 27.07.2014).

⁴ Partnership Enterprise Law of the People's Republic of China, February 23, 1997 (as amended on August 27, 2006). Order of the President of the People's Republic of China № 55. URL: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4109_0_7.html (дата обращения: 01.09.2014). Можно, по-видимому, использовать и терминологию *civil law*, говоря о товариществах.

щие (*common partnership*¹) и партнерства с ограниченной ответственностью (*limited liability partnership*²); права и обязанности участников; порядок создания партнерств; организационную структуру; порядок их ликвидации и роспуска; а также правовую ответственность партнерств в случае нарушения требований законодательства. Необходимо отметить высокий уровень правового регулирования партнерств в Китае: в целом законодатель урегулировал все отдельные аспекты их деятельности, тогда как в РФ можно обратиться лишь к общим положениям ГК о товариществах.

Как видно из проведенного обзора субъекты хозяйственной и предпринимательской деятельности КНР многообразны, что обусловлено, на наш взгляд, многоукладностью китайской экономики.

Правовая система **Южно-Африканской Республики** характеризуется действием смешанной (гибридной) правовой системы и сочетает в себе черты романо-германского, англосаксонского и обычного права³. Применительно к основным

¹ Видимо, можно провести аналогию с *general partnership* в США и *partnership* в Англии.

² Видимо, допустима аналогия с *LLP* в Англии и США.

³ Римское право в Голландии было реципировано в форме, которую ему придали глоссаторы и комментаторы. В течение XVII–XVIII вв. известные голландские правоведы, такие как Гуго Гроций (1583–1645), Арнольд Винний (1588–1657), Иоганн Вет (1647–1713), Корнелий ван Бинкерсхек (1673–1743), Дионисий ван дер Кессель (1738–1816), исследовали римское право с исторической точки зрения и приспособляли его к современным им практическим потребностям. В начале XIX в. в самой Голландии право было преобразовано по французскому образцу (на основе кодексов Наполеона), но в колониях, захваченных в начале XIX в. англичанами (в Южной Африке, на Цейлоне и т. д.), бурских республиках Трансвааль и Оранжевая оно действовало практически в первоначальном виде. См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА, 2003. – С. 940; *Lynn Berat*. South African contract law: the need for a concept of unconscionability // *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. – 1992. – Vol. 4. – Is. 3. – P. 507–508. URL: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol14/iss3/4> (дата обращения: 01.09.2014).

формам ведения хозяйственной деятельности ЮАР унаследовала подход англо-саксонской правовой семьи.

Так, в ЮАР действует Закон о компаниях 2008 г.¹, который регламентирует деятельность как *предпринимательских* (profit), так и *непредпринимательских* (non-profit) компаний. Под *компаниями* Закон 2008 г. понимает юридические лица, созданные согласно данному закону, а также национализированные компании или юридические лица, которые непосредственно перед вступлением в силу данного закона были зарегистрированы и осуществляли свою деятельность на основании законов «О компаниях» 1973 г. и «О закрытых корпорациях» 1984 г. При этом юридическими лицами (juristic person) являются также и иностранные основные и дочерние компании. Закон о компаниях 2008 г. также не устанавливает никакого различия между регистрацией компании, которой владеет резидент ЮАР, и компании, находящейся во владении иностранного инвестора.

К числу предпринимательских закон о компаниях относит: государственные компании (state-owned); публичные компании (public companies); частные компании (private companies); компании с неограниченной ответственностью (personal liability companies – ст. 8 Закона ЮАР 2008 г.).

Согласно Закону о закрытых корпорациях 1984 г.² (close corporations) последние являются предпринимательскими юридическими лицами, поскольку при инкорпорации необходимо указать вид предпринимательской деятельности (business), которой они будут заниматься. К числу преимуществ закрытой корпорации относится самостоятельность ее юридической лич-

¹ Companies Act № 71 of 2008 // Government gazette. – 9 April of 2009. URL: <http://www.pmg.org.za/files/bills/090408a71-08.pdf> (дата обращения: 01.09.2014). С 1 мая 2011 г. он заменил закон «О компаниях» № 61 1973 г. Подробнее см.: The New Companies Act 2008 – What you need to know. URL: <http://www.bdo.co.za/displaycontent.asp?contentpageid=505> (дата обращения: 31.07.2014)

² Close Corporations Act № 69 of 1984 // Government Gazette. – № 9503. URL: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1984-069-CCorp.pdf> (дата обращения: 01.09.2014) или <https://www.saica.co.za/TechnicalInformation/LegalandGovernance/Legislation/CloseCorporationsActNo69of1984/tabid/1910/language/en-ZA/Default.aspx> (дата обращения: 01.09.2014).

ности от личности ее учредителей (их может быть от 1 до 10). Закон о компаниях изменил положения и закрытых корпораций, например, в части подсчета размера полученной от деятельности прибыли (public interest score) для решения вопроса о том, будет ли в отношении закрытой корпорации проводиться аудит. Соответственно изменится и порядок ведения и предоставления отчетности. Также с 1 мая 2011 г. запрещено создавать новые закрытые корпорации, а существующие могут быть преобразованы в компании (бесплатная реорганизация продлится до 30 апреля 2014 г.), но не наоборот, они не ликвидируются и продолжают действовать согласно положениям Закона 1984 г.

В числе иных законов можно назвать законы: «О национальном малом бизнесе» 1996 г. (National Small Business Act), «О фирменных наименованиях» 1991 г. (Business Names Act)¹, и др.

Что касается *партнерств* (товариществ), в ЮАР нет специализированного акта, регулирующего их деятельность. Правовое регулирование в этом случае осуществляется на основе прецедентного права².

Таким образом, в результате проведенного исследования источников правового регулирования хозяйственных объединений можно сделать следующие основные выводы:

1. Во всех рассмотренных странах правовая регламентация деятельности хозяйственных (торговых, предпринимательских) товариществ и обществ осуществляется с помощью специального законодательства. При этом в случае приверженности правопорядка к континентальной системе права к источникам правового регулирования относится гражданский кодекс (Бразилия, Россия), а в случае восприятия подходов системы общего права (Индия, ЮАР) – прецедент. В Китае Общие положения граждан-

¹ См.: Company Law // The World Law Guide. Legislation South Africa. URL: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwezaf.htm> (дата обращения 01.09.2014); Trade and Industry // Acts Online. URL: <http://www.acts.co.za/home.htm> (дата обращения 01.09.2014).

² Forms of partnership available: liabilities of partners // Review of business laws in Southern Africa. URL: <http://library.fes.de/fulltext/bueros/botswana/00619005.htm#E11E24> (дата обращения: 01.09.2014).

ского права, которые не претендуют на то, чтобы играть роль кодекса, все же содержат предписания довольно общего характера, оставляя простор для разработки специальных законов, использующих терминологию и понятия обеих систем права.

2. Выявлено, что в последний период времени правовое регулирование хозяйственных товариществ и обществ, и их организационно-правовые формы во всех рассматриваемых странах динамично развивается: в Бразилии и России осуществлена реформа гражданских кодексов, во всех странах либо внесены изменения в существующие, либо приняты современные новые специальные законы.

Следствием реформы торгового и гражданского кодексов Бразилии явилось вытеснение на законодательном уровне применительно к видам деятельности и товариществам определения «торговая (-ые)» определением «предпринимательская (-ие)». Соответственно лица, осуществляющие такую деятельность, определены как предприниматели, все организационно-правовые формы ведения такой деятельности объединены понятием «предприятие». В новом законодательстве установлена также система юридических лиц.

Результатом реформы гражданского законодательства РФ явилось исключение из последней редакции ГК упоминания о закрытых и открытых АО, об обществах с дополнительной ответственностью и введение в действующее гражданское законодательство новой организационно-правовой формы коммерческого юридического лица – хозяйственного партнерства. В России новейшая редакция ГК хозяйственные товарищества и общества объединяет понятием «коммерческая организация» и относит к «корпоративным организациям», которые могут являться публичными или непубличными в зависимости от наличия у них открытого (публичного) обращения акций (ценных бумаг).

Законодатель КНР, придерживаясь, в значительной части, концепций континентальной системы права, наряду с понятием «предприятие», применяемом ко всем коммерческим организациям независимо от наличия у них статуса юридического лица, используют некоторые понятия, присущие системе общего права. Например, в Китае по одним законам действуют крестьянские (паевые и кооперативные) и частные (самостоятельные и

артельные) предприятия, а по другим – компании (с ограниченной ответственностью, акционерные с ответственностью, ограниченной стоимостью акций) и партнерства (общие и с ограниченной ответственностью).

Реформы законодательства в Индии и ЮАР направлены на осовременивание существующих (партнерство, компания) организационно-правовых форм хозяйствующих субъектов с позиции их большей совместимости с жизненными реалиями.

3. Установлено, что во всех рассматриваемых странах законодательством предусмотрено функционирование занятых в предпринимательской деятельности юридических лиц и договорных объединений (иногда также признаваемых юридическими лицами, напр., в России). В отношении последних в ЮАР нет специального закона, а действует прецедент.

Учитывая выявленную специфику, перейдем к рассмотрению договорных объединений, ведущих хозяйственную деятельность в странах БРИКС.

1.2. Подходы стран к конструированию системы договорных объединений, занятых в предпринимательской деятельности

В *Бразилии* существуют такие организационно-правовые формы предпринимательских (хозяйственных) товариществ (*sociedade empresária* – ст. 1039–1092 ГК Бразилии 2002 г.), как *полное* (*sociedade em Nome Coletivo*) и *коммандитное товарищество* (*sociedade em Comandita simples*), а также негласное товарищество (*sociedade em Conta de Participação* – ст. 991–996 ГК), и акционерная коммандита (*sociedade em Comandita por Ações*), – пример «смешанной», промежуточной коллективной формы ведения предпринимательской деятельности¹.

¹ См., напр.: Смешанные виды торговых товариществ в континентальной системе права // Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. I. – М.: Междунар. отношения, 2008. – С. 258, 259.

Бразильский законодатель определяет «*sociedade em Nome Coletivo*», как товарищество, участники которого несут солидарную и субсидиарную ответственность по обязательствам товарищества (ст. 1039 ГК). Согласно положению Гражданского кодекса Бразилии 2002 г. участниками *полного товарищества* могут быть только физические лица. Кроме того, участники в специальном соглашении или учредительном договоре вправе ограничить ответственность каждого из них (ст. 1039). Непосредственное руководство компанией осуществляют участники товарищества, действуя в соответствии с полномочиями согласно учредительному договору.

Коммандитное товарищество (*sociedade em Comandita Simples*) в соответствии с бразильским законодательством также предполагает участие лиц в качестве участника с неограниченной ответственностью, а также – коммандитиста, отвечающего по обязательствам в пределах суммы вклада. Права коммандитистов ограничены: они вправе участвовать на собраниях товарищества, контролировать финансовые операции, но не могут представлять товарищество в отношениях с третьими лицами (ст. 1045–1051 ГК).

Негласное товарищество (*sociedade em Conta de Participação* – ст. 991–996 ГК) предполагает существование двух видов участников: собственника предприятия (коммерсант или товарищество) и негласного товарища (вкладчика). Негласный товарищ обязан внести предусмотренный договором капитал и, соответственно, несет риск убытков в пределах размера внесенной доли, и имеет право на прибыль. «Такой коммерсант или товарищество действует в отношении третьих лиц так, как если бы имущество было их собственным (*de propiedad del asociante*), что обуславливает отсутствие каких-либо отношений между третьими лицами и негласным участником»¹. Иными словами, для третьих лиц негласный участник юридически не существует. Негласный товарищ вправе знакомиться со всей документацией о деятельности товарищества, но участвовать в его управлении не может.

¹ Беликова К.М. Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки. – М.: Юстициформ, 2010. – С. 280–281.

Коммандитное товарищество на акциях (*sociedade em Comandita por Ações* – ст. 1090–1092 ГК) является сочетанием коммандитного товарищества и акционерного общества. Во-первых, капитал товарищества разделен на акции, во-вторых, имеет место участие полных товарищей, отвечающих неограниченно и солидарно по обязательствам товарищества, и коммандитистов, к которым не могут быть предъявлены никакие требования кредиторов акционерной коммандиты. Кроме того, согласно положению закона, бывший руководитель акционерной коммандиты отвечает по обязательствам, возникшим под его управлением, в течение двух лет после выбытия из товарищества (ст. 1091 ГК). Дела товарищества ведут полные товарищи, коммандитисты вправе участвовать в общем собрании акционеров. Общее собрание не вправе принимать решения по вопросам, касающимся изменения учредительных документов, увеличения или уменьшения размера уставного капитала, выпуска акций и облигаций без согласия правления товарищества.

Все *предпринимательские (хозяйственные) товарищества* в Бразилии подлежат регистрации и занесению в Государственный реестр торговых товариществ (Registro Público de Empresas Mercantis), регистрация вступает в силу только с момента выдачи соответствующих документов¹, а товарищества (*sociedade*) после этого приобретают статус юридического лица (ст. 985 ГК Бразилии 2002 г.). Поскольку в Бразилии преобладает нормативно-явочный способ создания юридических лиц, документы, необходимые для регистрации, должны быть предоставлены в течение 30 дней со дня принятия решения о создании предпринимательского товарищества. Сведения из регистрационного реестра могут быть истребованы любым заинтересованным лицом в соответствии с установленной процедурой. В случае отказа в регистрации законодатель возлагает ответственность за это на лиц, подавших документы. Также важно отметить роль суда в процессе регистрации. Суд уполномочил регистрационный орган проверять регулярность публикации определенных правовых изданий, на регистрирующем органе также лежит

¹ Brazil Company Formation. URL: <http://startupbrazil.co.uk/company-formation/> (дата обращения: 03.09.2013).

обязанность по проверке и контролю за соответствие представленных документов требованиям законодательства.

Гражданский кодекс Бразилии 2002 г. определяет, что руководство *товариществом* осуществляется исключительно его участниками. Решения принимаются большинством голосов при условии присутствия участников, обладающих более чем половиной складочного капитала. Ведение дел товарищества может быть доверено одному или нескольким участникам. По общему правилу каждый участник вправе совершать любые сделки с третьими лицами, которые порождают и соответствующие обязанности для товарищества. Однако такая сделка может быть признана недействительной ввиду отсутствия полномочий у лица, в случае указания таких ограничений в учредительном договоре товарищества или если будет доказано, что третье лицо знало об ограничениях¹. Если управление делами товарищества осуществляется несколькими лицами, то в случае нарушения своих обязанностей они несут солидарную ответственность по возмещению ущерба. Полномочия руководителей могут быть прекращены по решению суда. Кроме того, участники товарищества вправе оспорить действия уполномоченных лиц на ведение дел товарищества. В этом случае уполномоченное лицо должно возместить ущерб, нанесенный товариществу в результате его неправомерных действий.

В отношении *коммандитного товарищества* применяются вышеприведенные правила, регулирующие порядок деятельности органов полного товарищества. Вкладчики не участвуют в управлении товариществом и не вправе заключать сделки от его имени. В случае совершения подобных сделок, вкладчик несет ответственность, равную по объему с ответственностью полных товарищей.

Управление в *коммандитном товариществе на акциях* осуществляется полными товарищами, которые выполняют функции правления в акционерном обществе. Акционеры обладают правом на участие в управлении хозяйственной деятель-

¹ *Danilo Nogueira*. The Law of Business Organizations under the New Brazilian Civil Code. URL: <http://www.bokorlang.com/journal/27brascorp.htm> (дата обращения: 01.09.2014).

ностью товарищества, отвечая при этом неограниченно и солидарно по соответствующим обязательствам. Учредительный договор определяет полномочия руководителя (директора – diretor) товарищества, он может быть отстранен от должности только по решению акционеров, обладающих не менее чем $\frac{2}{3}$ акций. При этом отстраненный руководитель еще в течение двух лет отвечает по обязательствам товарищества, возникшим под его управлением. Общее собрание акционеров не вправе без согласия исполнительного органа принимать решения по вопросам изменения предмета деятельности товарищества, увеличения или уменьшения уставного капитала, выпуска облигаций или акций.

В *негласном товариществе* структура управления достаточно проста, поскольку делами управляет только гласный товарищ (sócio ostensivo). Негласный товарищ (sócio participante) не участвует в управлении. Ведь в отношениях с третьими лицами он выступать не вправе.

Российское право определяет товарищества, как объединения лиц, а общества, – как объединения капиталов. Как отмечалось выше хозяйственными товариществами и обществами признаются корпоративные коммерческие организации (п. 1 ст. 66 ГК РФ). Хозяйственные товарищества согласно ГК РФ, могут создаваться либо в форме полного товарищества, либо товарищества на вере (командитного товарищества)¹. Существенное отличие от обществ заключается в непосредственно личном участии в делах товарищества, а также доверительном характере отношений между участниками. В связи с этим товарищества иначе именуют «персональными товариществами»².

¹ См.: *Беликова К.М.* Основы гражданского права // Правовое обеспечение профессиональной деятельности: учебное пособие для бакалавров / под ред. проф. А.Я. Капустина. – 2 изд., перераб. и доп. – М.: Юрайт, 2013. – С. 145–175 (Серия: Бакалавр. Базовый курс).

² Хотя в российском правовом порядке они признаются юридическими лицами, мы рассматриваем их в настоящем разделе, – одной из причин является то, что в основе их функционирования лежит учредительный договор (абз. 2 п. 1 ст. 52 ГК РФ), к которому применяются правила ГК РФ об уставе юридического лица.

Согласно положениям ГК РФ о хозяйственных товариществах: *полное товарищество* – это «товарищество, участники которого (полные товарищи) в соответствии с заключенным между ними договором занимаются предпринимательской деятельностью от имени товарищества и несут ответственность по его обязательствам принадлежащим им имуществом» (п. 1 ст. 69). Как отмечалось выше, Кодекс все коммерческие организации наделяет общей правоспособностью, и полное товарищество не является исключением. Оно выступает в имущественном обороте от своего имени, приобретает права и принимает на себя обязательства.

Для создания товарищества необходимо существование как минимум 2 участников. Вопрос о том, какие субъекты могут быть участниками хозяйственных товариществ и обществ, оговаривается в п. 5 и 6 ст. 66.1 ГК РФ. Так, участниками полных товариществ и полными товарищами в товариществах на вере могут быть индивидуальные предприниматели и коммерческие организации. Законом может быть запрещено или ограничено участие отдельных категорий лиц в хозяйственных товариществах и обществах. Так, применительно к полным товариществам это положение находит отражение в том, что лицо может быть участником лишь одного полного товарищества. Это положение представляется оправданным, поскольку существенной чертой полного товарищества является неограниченная солидарная ответственность участников по обязательствам товарищества всем своим имуществом¹. С одной стороны, очевиден повышенный риск для участника, с другой – весомая гарантия для кредиторов. Однако личная ответственность участника наступает лишь в субсидиарном порядке, то есть при отсутствии имущества у самого товарищества (п. 1 ст. 75 ГК РФ). Если у участника отсутствует личное имущество, кредиторы для покрытия его собственных долгов вправе обратиться с иском к его доле в складочном капитале полного товарищества. В соответствии с законодательством в данном случае его членство в полном товариществе прекращается (ст. 80 ГК РФ). Хозяйст-

¹ Гражданское право: в 4 т. – Т. 1: Общая часть / отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 270.

венные товарищества и общества могут быть учредителями (участниками) других хозяйственных товариществ и обществ, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Полное товарищество, будучи хозяйственным товариществом, действует на основании учредительного договора, который заключается его учредителями (участниками) и к которому применяются правила Гражданского кодекса об уставе юридического лица (абз. 2 п. 1 ст. 52 ГК РФ).

Учредительный договор полного товарищества должен содержать сведения о фирменном наименовании и месте нахождения товарищества, условия о размере и составе *его* складочного капитала; о размере и порядке изменения долей каждого из участников в складочном капитале; о размере, составе, сроках и порядке внесения ими вкладов; об ответственности участников за нарушение обязанностей по внесению вкладов (п. 2 ст. 70 ГК РФ).

Учредители (участники) полного товарищества, как и любого другого юридического лица, вправе утвердить внутренний регламент и иные внутренние документы юридического лица, регулирующие корпоративные отношения (п. 1 ст. 2) и не являющиеся учредительными документами, но содержащие положения, не противоречащие учредительному договору юридического лица (п. 5 ст. 52 ГК РФ).

Юридическое лицо подлежит государственной регистрации в уполномоченном государственном органе, а данные государственной регистрации включаются в единый государственный реестр юридических лиц, открытый для всеобщего ознакомления. Именно с момента государственной регистрации договора и создается полное товарищество, а данные о нем считаются включенными в единый государственный реестр юридических лиц со дня внесения соответствующей записи в этот реестр (п. 1, 2, 8 ст. 51 ГК РФ).

Новеллой ГК РФ является то, что юридическое лицо может быть создано на основании решения учредителя (учредителей) об учреждении юридического лица. В решении об учреждении корпоративного юридического лица (ст. 65.1), в том числе полного товарищества, указываются также сведения о результатах голосования учредителей по вопросам учреждения юридического лица, о порядке совместной деятельности учредителей по

созданию юридического лица. (п. 1 и 3 ст. 50.1 ГК РФ). Такое решение выступает, на наш взгляд, предпосылкой и предшествующим государственной регистрации этапом, который может и не выступать в качестве обязательного.

В фирменном наименовании полного товарищества законодатель требует указания либо имен всех участников и слова «полное товарищество», либо имени одного или нескольких участников с добавлением слов «и компания» или «полное товарищество» (п. 3 ст. 69 ГК РФ). Данное требование вполне обосновано ввиду специфики ответственности. Таким образом, кредиторы и третьи лица смогут оценить платежеспособность товарищества, принимая во внимание, например, состоятельность отдельных участников.

Учредительным договором может быть предусмотрено, что управление делами товарищества поручено отдельным его членам, или же осуществляется совместно всеми участниками. В остальных случаях каждый участник полного товарищества вправе действовать от имени товарищества (п. 1 ст. 72 ГК РФ). Сделки, заключенные любым из участников от имени товарищества, считаются действительными, поскольку, презюмируется, что каждый полный товарищ обладает такими полномочиями, если товарищество не докажет, что третье лицо заведомо знало или должно было знать о существовавших ограничениях. Эти положения основываются на более общих положениях п. 1 ст. 53 ГК РФ, закрепляющей, что учредительным документом может быть предусмотрена возможность предоставления полномочий выступать от имени юридического лица нескольким лицам, действующим совместно или независимо друг от друга. Сведения об этом подлежат включению в единый государственный реестр юридических лиц.

Об ответственности лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, говорится в ст. 53.1 ГК РФ, так: лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, обязано возместить по требованию юридического лица, его учредителей (участников), выступающих в интересах юридического лица, убытки, причиненные по его вине юридическому лицу (п. 1 ст. 53.1 ГК РФ).

Участник полного товарищества обязан участвовать в его деятельности в соответствии с условиями учредительного договора. Он не вправе без согласия остальных участников совершать от своего имени в своих интересах или в интересах третьих лиц сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества (п. 1 и 3 ст. 73 ГК РФ). Санкция за нарушение данного предписания включает либо возмещение убытков товариществу, либо передачу последнему всей прибыли от такой сделки. Стоит отметить, что и права, и обязанности участников полных товариществ нужно понимать в контексте прав и обязанностей участников корпорации, закрепляемых положениями ст. 65.2 ГК РФ.

Решения в полном товариществе принимаются по общему согласию всех участников. Однако в учредительном договоре участники вправе определить, что решения принимаются большинством голосов (п. 1 ст. 71 ГК РФ). При этом закон устанавливает права участников на защиту своих имущественных интересов против произвола и злоупотребления полномочиями назначенными лицами. Так, в случае «грубого нарушения уполномоченным лицом своих обязанностей или обнаружившейся неспособности его к разумному ведению дел» полномочия лица на ведение дел по судебному решению прекращаются (п. 2 ст. 72 ГК РФ).

Каждый участник товарищества независимо от того, уполномочен ли он вести дела товарищества, вправе получать всю информацию о деятельности товарищества и знакомиться со всей документацией по ведению дел. Отказ от этого права или его ограничение, в том числе по соглашению участников товарищества, ничтожны (п. 3 ст. 71 ГК РФ).

Участник полного товарищества обязан внести не менее половины своего вклада в складочный капитал товарищества до его государственной регистрации. Остальная часть должна быть внесена участником в сроки, установленные учредительным договором. В случае невнесения всей части вклада, участник обязан уплатить товариществу 10% годовых с невнесенной части вклада и возместить причиненные убытки (п. 2 ст. 73 ГК РФ).

Участник также вправе выйти из товарищества, предупредив об этом не менее чем за 6 месяцев до фактического выхода

(ст. 77 ГК РФ). При этом он вправе получить обратно часть имущества, равную его доле в складочном капитале. Но в течение двух лет выбывший участник отвечает по обязательствам товарищества, возникшим до момента его выбытия.

Полные товарищи не обладают правом преимущественной покупки в случае передачи доли третьему лицу или другому участнику товарищества. Необходимо лишь согласие всех участников на совершение подобной сделки, если же такое согласие отсутствует, то участник вправе выйти из товарищества (ст. 78, 79 ГК РФ).

Полное товарищество ликвидируется в случае выбытия или смерти одного из участников, признания его безвестно отсутствующим, недееспособным или ограниченно дееспособным, если учредительным договором не предусмотрено, что товарищество продолжает свою деятельность. Также полное товарищество подлежит ликвидации, если остается один единственный участник. Однако единственный участник вправе принять решение о преобразовании товарищества в хозяйственное общество (ст. 81 ГК РФ).

Под *товариществом на вере* понимается товарищество, в котором наряду с участниками, осуществляющими от имени товарищества предпринимательскую деятельность и отвечающими по обязательствам товарищества своим имуществом (полными товарищами), имеется один или несколько участников – вкладчиков (командитистов), которые несут риск убытков, связанных с деятельностью товарищества, в пределах сумм внесенных ими вкладов и не принимают участия в осуществлении участниками предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 82 ГК РФ). Иными словами, коммандита это такое объединение лиц, в котором хотя бы один участник отвечает по общим долгам всем имуществом, а другой (или другие) рискует только своим вкладом¹. В фирменном наименовании товарищества на вере необходимо указать имена всех, нескольких или одного полного товарища со словами «и компания, товарищество на вере (или коммандитное товарищество)» (п. 4 ст. 82 ГК РФ).

¹ Гражданское право: в 4 т. – Т. 1: Общая часть / отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 274, 279–280.

Поскольку товарищество на вере так же, как и полное товарищество, является договорным объединением, то необходимо наличие минимум 2 участников: одного полного товарища и одного вкладчика, правовой статус которого подтверждается специальным «свидетельством об участии». Вкладчиками в товариществах на вере (как и участниками хозяйственных обществ) могут быть: граждане и юридические лица, а также публично-правовые образования (прядок участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, устанавливаемый положениями ст. 125 ГК РФ, остался без изменений), а также учреждения, – с разрешения собственника имущества учреждения, если иное не установлено законом. При этом согласно п. 6 ст. 66.1 ГК РФ государственные органы и органы местного самоуправления не вправе участвовать от своего имени в хозяйственных товариществах (и обществах). При этом лицо может быть полным товарищем только в одном товариществе на вере. Единственным полным товарищем в командитном и полном товариществах может стать и юридическое лицо (обычно общество с ограниченной ответственностью). Участник полного товарищества не может быть полным товарищем в товариществе на вере. Полный товарищ в товариществе на вере не может быть участником полного товарищества. Число командитистов в товариществе на вере согласно последним изменениям в ГК не должно превышать 20. В противном случае оно подлежит преобразованию в хозяйственное общество в течение года, а по истечении этого срока – ликвидации в судебном порядке, если число его командитистов не уменьшится до указанного предела (п. 3 ст. 82 ГК РФ).

Товарищество на вере создается и действует на основании учредительного договора, который подписывается всеми полными товарищами. Он должен содержать сведения о фирменном наименовании и месте нахождения товарищества, о совокупном размере вкладов, вносимых вкладчиками и др. (ст. 83 ГК РФ). Командитисты (вкладчики) не подписывают учредительный договор, они заключают договор с товариществом о внесении ими вкладов.

Правовой статус вкладчика имеет и иные отличия от статуса полного товарища. Так, управление и ведение дел в командитных товариществах осуществляется полными товарищами по правилам, предусмотренным ГК о полном товариществе. Командитисты, таким образом, не вправе участвовать в управлении делами товарищества и совершать сделки с третьими лицами (ст. 84 ГК РФ). На совершение указанных действий необходимо получить доверенность¹. При этом вкладчики не вправе оспаривать решения полных товарищей относительно управления товарищества. Если же командитист вступает в деловые отношения с третьими лицами от имени товарищества на вере, и третьи лица имеют основания предполагать, что заключают сделку с обычным товарищем, то участник с ограниченной ответственностью будет отвечать по всем вытекающим обязательствам неограниченно и солидарно с полными товарищами. Кроме того, полные товарищи отвечают по обязательствам товарищества солидарно и субсидиарно, а вкладчики несут ответственность лишь в пределах суммы внесенных ими вкладов. Командитист получает прибыль пропорционально размеру своего вклада. В случае передачи вкладчиком своей доли третьему лицу в отличие от полных товарищей ему не требуется согласие полного товарищества.

При этом другие вкладчики обладают правом преимущественной покупки передаваемой доли. Одновременно если в фирменное наименование будет включено имя вкладчика, то он автоматически приобретает статус полного товарища и несет, соответственно, неограниченную и солидарную ответственность по долгам товарищества.

При выбытии всех вкладчиков товарищество на вере подлежит ликвидации, если не будет преобразовано в полное товарищество. При ликвидации товарищества вкладчики имеют преимущественное перед полными товарищами право на получение своих вкладов из имущества товарищества, оставшегося после удовлетворения требований кредиторов. После чего вмес-

¹ Подробнее см.: *Щеглова К.Д.* Правовое положение участников товарищества на вере // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. – 2007. – № 45. – С. 300–302.

те с полными товарищами участвуют в распределении имущества пропорционально вкладам (п. 2 ст. 86 ГК РФ)¹.

Изменения, внесенные в ГК РФ, коснулись и положений о реорганизации, которые являются общими для всех юридических лиц, включая и товарищества, и общества. Так, реорганизация юридических лиц может осуществляться в форме слияния, присоединения, разделения, выделения, преобразования (п. 1 ст. 57 ГК РФ). При слиянии два и более юридических лица прекращают свое существование и возникает новое, к которому и переходят их права и обязанности в соответствии с передаточным актом. Присоединение представляет собой реорганизацию, при которой одно юридическое лицо прекращает свое существование и вливается в состав другого, к которому переходят все права и обязанности. В случае разделения одно юридическое лицо прекращает свое существование и на его месте возникает два юридических лица. Выделение имеет место в случае, когда из состава одного юридического лица выделяются одно и более юридических лиц, а прежнее не прекращает свое существование. При этом права и обязанности этого юридического лица переходят к вновь возникшим юридическим лицам в соответствии с передаточным актом, а не разделительным балансом, как было согласно ранее действовавшему редакции ГК (п. 3 ст. 58 ГК РФ). В последних двух случаях, в случаях, установленных законом, реорганизация юридического лица осуществляется по решению уполномоченных государственных органов или по решению суда (п. 2 ст. 57 ГК РФ). При преобразовании речь идет об изменении организационно-правовой формы юридического лица, к которому переходят все права и обязанности в соответствии с передаточным актом.

Согласно последним изменениям, в ГК допускается реорганизация юридического лица с одновременным сочетанием раз-

¹ Подробнее см., напр.: *Мельникова Т.В.* К вопросу о правовом статусе полного товарищества (на примере сравнительного анализа российского и североамериканского права) // Юрист. – 2013. – № 7 // Информационный банк «Консультант+» «Юридическая пресса». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=CJI;n=70130> (дата обращения: 04.09.2013).

личных ее форм, названных выше, а также с участием 2 и более юридических лиц, в том числе созданных в разных организационно-правовых формах, если ГК или другим законом предусмотрена возможность преобразования юридического лица одной из таких организационно-правовых форм в юридическое лицо другой из таких организационно-правовых форм (абз. 2 и 3 п. 1 ст. 57 ГК РФ).

Юридическое лицо считается реорганизованным, за исключением случаев реорганизации в форме присоединения, с момента государственной регистрации юридических лиц, создаваемых в результате реорганизации. При реорганизации юридического лица в форме присоединения к нему другого юридического лица первое из них считается реорганизованным с момента внесения в единый государственный реестр юридических лиц записи о прекращении деятельности присоединенного юридического лица. При этом государственная регистрация юридического лица, создаваемого в результате реорганизации (в случае регистрации нескольких юридических лиц – первого по времени государственной регистрации), допускается не ранее истечения соответствующего срока для обжалования решения о реорганизации (п. 4 ст. 57 ГК РФ).

ГК предусматривает гарантии прав кредиторов реорганизуемого юридического лица (ст. 60 ГК РФ), а также говорит о последствиях признания недействительным решения о реорганизации юридического лица (ст. 60.1 ГК РФ) и признании реорганизации корпорации несостоявшейся (ст. 60.2 ГК РФ). Последние две статьи являются новыми: ранее ГК таких механизмов не предусматривал.

Вопросы правопреемства при реорганизации юридических лиц немного по-новому регулируются положениями ст. 58 ГК РФ.

Как отмечалось выше в **Индии** действуют Закон о партнерствах 1932 г. (The Partnership Act, 1932) и Закон о партнерствах с ограниченной ответственностью 2009 г. (The Limited Liability Partnership Act, 2009). Согласно положениям указанных законов, в Индии существуют партнерства с неограниченной и с ограниченной ответственностью.

Партнерство *с неограниченной ответственностью* (partnership) согласно Закону 1932 г. не является юридическим лицом, но подлежит регистрации и занесению в соответствующий реестр. Правовым основанием для деятельности партнерств по Закону 1932 г. является учредительный договор. Партнерство считается созданным на бессрочный период, если в договоре не установлено иное.

Государственную регистрацию таких партнерств, не обладающих статусом юридического лица, осуществляют учредители путем отправки по почте или явки в регистрирующий орган соответствующего региона по месту ведения хозяйственной деятельности партнерства с заявлением о регистрации, квитанцией об оплате государственной пошлины и заверенной копией учредительного договора партнерства.

Учредительный договор должен включать следующие сведения: фирменное наименование; указание на характер деятельности партнерства; место нахождения или место основной деятельности; дату присоединения к работе партнерства каждого участника; имена и фамилии, место постоянного проживания каждого партнера; срок, на который создано партнерство (ст. 58 Закона 1932 г.). Учредительный договор должен быть подписан всеми участниками или их представителями, полномочными на совершение таких действий.

Заявление о регистрации партнерства должно быть направлено в регистрирующий орган в течение года со дня создания партнерства. В случае соблюдения всех предписаний законодательства, регистрирующий орган вносит соответствующую запись в реестр компаний, с момента которого партнерство считается созданным. Фирменное наименование при этом должно помимо имен всех участников партнерства содержать в скобках сразу после наименования слово «зарегистрированное».

Участники (партнеры), осуществляющие управление партнерством, обязаны предоставлять всю информацию о деятельности каждому партнеру или его представителю. В случае, если партнер заключает сделки от своего имени и в своих интересах и, таким образом, причиняет вред фирме, то он обязан возместить причиненные убытки. В учредительном договоре может быть предусмотрено, что участник не вправе заниматься иной

предпринимательской деятельностью, являясь участником данной фирмы. Если же партнер ведет подобный бизнес, то он должен выплатить фирме всю прибыль, полученную в ходе такой деятельности (ст. 16 Закона 1932 г.).

Партнерство с ограниченной ответственностью (далее – LLP) согласно Закону 2009 г. является юридическим лицом и подлежит занесению в Государственный реестр. Участниками партнерства могут быть как физические, так и юридические лица. Как минимум два участника партнерства должны быть назначены в качестве агентов фирмы в соответствии с учредительным договором, один из которых должен быть резидентом Индии (*Resident in India*). «*Resident in India*» – это, согласно положениям разд. 7 Закона, лицо, которое находится на территории Индии в течение не менее 182 дней за прошедший год. Если такой агент не назначен или существует только один агент, то каждый из партнеров считается агентом фирмы. Агент фирмы несет ответственность за все действия партнерства, в том числе за подачу, возврат документов, заявлений в соответствии с Законом и учредительным договором. В случае нарушений указанных положений, с агента взыскиваются все штрафы, налагаемые на LLP. За нарушение положений об агентах на партнерство и каждого участника налагается штраф в размере не менее 10 тыс. рупий¹.

Партнер LLP не отвечает по договорным обязательствам партнерства, а также не несет ответственности за противоправные действия других партнеров.

В качестве вклада участник может предложить движимое или недвижимое имущество, материальные или нематериальные блага, имущественные права, в том числе деньги, векселя, договоры об оказании услуг.

Учредительный договор должен соответствовать всем требованиям законодательства штата, где находится и осуществляет хозяйственную деятельность партнерство. В регистрирую-

¹ Partnerships in India Leverage Strengths for Success. October 2009. URL: http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/78a73c0048a7e52ca09fe76060ad5911/IFC_India_LL_Brochure_20.pdf?MOD=AJPERES (дата обращения: 01.09.2014).

щий орган подается заявление, составленное адвокатом, юристом или иным уполномоченным на это лицом.

Учредительный договор должен содержать фирменное наименование партнерства, предмет деятельности, место нахождения, имена и места проживания его учредителей. Кроме того, закон предусматривает санкцию за указание ложных сведений до 2 лет лишения свободы и штраф в размере 10 тыс. рупий¹. В течение 14 дней регистрирующий орган принимает решение о регистрации. В случае положительного решения производится соответствующая запись в реестре и выдается сертификат об инкорпорации. С момента выдачи Сертификата партнерство считается созданным.

Фирменное наименование должно включать словосочетание «с ограниченной ответственностью» или аббревиатуру «LLP». Важно отметить, что согласно положениям рассматриваемого Закона, партнерства вправе обратиться с заявкой в регистрирующий орган о резервировании фирменного наименования: предполагаемого наименования партнерства или нового наименования вместо предыдущего (ст. 16 Закона 1932 г.). В случае соответствия данного наименования требованиям законодательства, регистрирующий орган вправе зарезервировать фирменное наименование на не более, чем три месяца с момента подачи заявки.

В Индии в *партнерствах с неограниченной ответственностью* право участия в управлении делами партнерства предоставляется каждому партнеру. Решения принимаются простым большинством голосов. Однако решения относительно изменения предмета деятельности партнерства или вопросов, кардинально меняющих саму природу партнерства, должны приниматься единогласно.

Партнер, управляющий делами, не вправе получать вознаграждение за свою деятельность, но несет ответственность за умышленное пренебрежение своими обязанностями.

В соответствии с положениями ст. 19 Закона участник, выступающий в качестве агента фирмы, обладает *подразумеваемыми*

¹ Procedure for Registration of a Partnership Firm. URL: http://business.gov.in/starting_business/partnership.php (дата обращения: 25.02.2013).

мыми полномочиями (implied authority). Доктрина подразумеваемых полномочий характерна для Индии, как страны, воспринявшей традиции общей системы права¹. «Таковыми считаются, например, полномочия агента действовать в соответствии с разумными обычаями и торговыми обыкновениями того рынка или биржи, где он был нанят»². Однако подразумеваемые полномочия не наделяют его правом представлять фирму при рассмотрении споров в арбитраже, открывать банковский счет на свое имя для деятельности партнерства, отзываться иск, поданный от имени фирмы, приобретать недвижимое имущество от имени фирмы (ст. 19 Закона 1932 г.). Если агент совершил сделку, выходящую за рамки подразумеваемых полномочий, то партнерство не вправе оспорить такую сделку, «если только не докажет, что третье лицо знало об отсутствии надлежащих полномочий у нарушителя»³. Все партнеры несут солидарную и субсидиарную ответственность по обязательствам фирмы.

Закон 2009 г. *о партнерствах с ограниченной ответственностью* гласит, что каждый участник вправе выступать в качестве агента партнерства. Ответственность партнерства за действия участника не наступает, если он не обладал полномочиями на совершение действий, и третье лицо заведомо знало об этом. В данном случае он несет неограниченную ответственность по обязательствам, возникшим из этой сделки. То есть в данном случае индийский законодатель также придерживается доктрины подразумеваемых полномочий. Во всех остальных случаях партнерство несет ответственность за все неправомерные действия или бездействия своего участника. По возникшим обязательствам партнерство отвечает только своим имуществом.

¹ Подробнее об этом см., напр.: *Беликова К.М.* Агентские правоотношения в Англии // Торговое представительство и посредничество в праве Европейского Союза: сходные черты и различия в нормах о представительстве и посредничестве в странах с разнотипными правовыми порядками // Законодательство. – 2012. – № 5. – С. 67–76.

² Гражданское и торговое право зарубежных стран / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 214.

³ Там же. – С. 215.

Закон о партнерствах 1932 г. предусматривает добровольный и принудительный порядок *ликвидации партнерства с неограниченной ответственностью*¹. Так, ликвидация может проводиться, например, при наступлении непредвиденных обстоятельств, включая смерть одного из участников или признание его неплатежеспособным по решению суда и пр. Если же срок деятельности партнерства не определен в учредительном договоре, любой участник вправе направить другим участникам уведомление о его намерении распустить партнерство. Партнерство подлежит роспуску со дня получения участниками уведомления. Из имущества партнерства осуществляется удовлетворение требований кредиторов². Оставшееся имущество распределяется между его участниками. После ликвидации партнерства участники обладают полномочиями по управлению делами для завершения всех дел, а также несут ответственность по обязательствам партнерства перед третьими лицами за любое действие, совершенное тем или иным участником до роспуска партнерства.

Что касается ликвидации *партнерства с ограниченной ответственностью*, закон 2009 г. также предусматривает добровольный и принудительный порядок ликвидации. Основаниями для осуществления принудительной процедуры ликвидации: если в течение менее чем 6 месяцев количество участников партнерства снижается до двух; если партнерство не в состоянии платить по своим долгам; если деятельность партнерства была направлена против общественного и государственного порядка Индии и др.

В КНР упоминавшийся выше Закон КНР «О партнерствах» 1997 г. предусматривает функционирование договорных хозяйствующих субъектов в двух формах партнерства (*partnership*): общие/полные (*general*) / обычные (*common*) и с ограниченной

¹ The Indian Partnership Act No.IX of 1932. URL: http://www.mca.gov.in/Ministry/actsbills/pdf/Partnership_Act_1932.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

² Kumar R., Saha L. The Concept of Liquidation/Winding up in India. URL: <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=64> (дата обращения: 24.03.2013).

ответственностью (*commanditarian/limited liability* – ст. 2 Закона 1997 г.)¹. Различия в приведенных названиях обусловлены переводами китайских законов на английский язык авторами с применением различной лексики.

Китайский законодатель прямо не относит партнерства к юридическим лицам, что следует из положений ст. 6 Закона 1997 г., согласно которым уплата налогов осуществляется его участниками. Последние по отдельности выплачивают налог на доходы согласно соответствующим государственным положениям, касающимся налогов, в отношении дохода от хозяйственной деятельности и иного дохода партнерства. Закон, однако, предусматривает обязанность регистрации и занесения партнерства в реестр.

Чтобы зарегистрировать партнерство в КНР необходимо обратиться в соответствующий государственный орган с заявлением о регистрации, учредительным договором, удостоверениями личности учредителей и иными требуемыми законом документами (ст. 9 Закона 1997 г.). В течение 20 дней с момента принятия заявления регистрирующий орган должен принять решение о регистрации партнерства. Внесенные изменения в регистрационные документы партнерства необходимо также зарегистрировать в течение 15 дней. С момента выдачи регистрирующим органом Свидетельства о праве хозяйственной деятельности партнерство считается созданным. Только через один день после регистрации юридическому лицу выдается документ, подтверждающий государственную регистрацию.

Согласно Закону КНР 1997 г., участники обычного (общего, полного) партнерства несут неограниченную солидарную ответственность по обязательствам партнерства. Партнерства с ограниченной ответственностью, в свою очередь, состоят из обычных участников, несущих неограниченную солидарную ответственность, и участников с ограниченной ответственностью, отвечающих по обязательствам партнерства в пределах суммы вклада (ст. 2 Закона КНР 1997 г.).

¹ Подробнее см.: *Paul Mc Kenzie, Fraser Mendel. China's Partnership Enterprise Law Revised*. URL: <http://www.chinalawandpractice.com/Article/1690319/Channel/9943/Chinas-Partnership-Enterprise-Law-Revised.html> (дата обращения: 01.09.2014).

Участниками партнерств могут выступать как физические, так и юридические лица. Государственные предприятия, ценные бумаги которых допущены к биржевым торгам, и общественные организации не могут являться участниками общих партнерств и простыми участниками партнерств с ограниченной ответственностью. Основным учредительным документом партнерств, как и в рассмотренных выше странах, является учредительный договор между его партнерами (ст. 4 Закона КНР 1997 г.).

Однако важно отметить, что учредительный документ должен содержать сведения о сфере деятельности и цели создания партнерства. Место нахождения юридического лица определяется по основному месту ведения хозяйственной деятельности. Учредительный договор вступает в силу с момента заверения подписями и печатями всех участников партнерства (ст. 18, 19 Закона 1997 г.).

Отличительных особенностей в отношении фирменного наименования партнерства рассматриваемый закон не устанавливает. Оно должно содержать соответственно наименование и указание на вид партнерства: «*general partnership*» или «*commanditarian partnership*».

Закон утверждает закрытый перечень сведений, которые необходимо внести в учредительный договор. К ним относят: наименование партнерства; имена и фамилии (или наименования) участников и место их проживания (нахождения); способы, суммы и сроки внесения вкладов; порядок распределения прибыли и убытков; осуществления управления партнерством; вступление и выход из партнерства; ответственность при нарушении обязательств по договору (ст. 18 Закона 1997 г.).

В качестве вкладов партнеров общего партнерства могут быть использованы денежные средства, материальные ценности, права интеллектуальной собственности, права пользования землей или иные виды имущественных прав, а также трудовые услуги (ст. 16 Закон 1997 г.).

Партнеры пользуются равными правами по управлению деятельностью *общего партнерства*, т. е. вправе совместно осуществлять управление делами партнерства, вправе контролировать деятельность партнерства и знакомиться со всей информацией, касающейся деятельности партнерства.

В качестве представителей партнерства возможно назначение одного или нескольких участников и ответственных за управление делами. При раздельном управлении деятельностью общего партнерства управляющие партнеры могут оспаривать действия остальных его партнеров и требовать аннулирования поручения на управление деятельностью партнерства. При подаче протеста выполнение соответствующего действия приостанавливается (ст. 29 Закона 1997 г.). Такие участники вправе обратиться с заявлением в суд о прекращении участником полномочий на ведение дел партнерства, в случае «грубого нарушения уполномоченным лицом своих обязанностей или обнаружившейся неспособности его к разумному ведению дел»¹.

Доход, полученный при управлении делами партнерства управляющим участником, принадлежит партнерству (ст. 29 Закона 1997 г.). В случае причинения ущерба партнерству вследствие превышения пределов своей компетенции, умышленных действий, руководители партнерства несут ответственность в виде обязанности по компенсации нанесенного партнерству ущерба.

Управление деятельностью *партнерств с ограниченной ответственностью* осуществляют обычные участники партнерства. Закон также устанавливает право управляющего партнерством на получение вознаграждения, что необходимо указать в учредительном договоре. Участники с неограниченной ответственностью не участвуют в управлении делами партнерства, но обладают некоторыми правами в отличие от российских вкладчиков. Например, они вправе вносить предложения по вопросам управления деятельностью партнерства, обращаться с иском в суд в отношении ответственного участника при нанесении ущерба партнерству, требовать реализации своих прав и обращаться в суд от имени предприятия при невозможности реализации прав управляющим участником.

Решения в партнерствах принимаются большинством голосов. Также действует принцип «один участник – один голос». Однако закон устанавливает ряд вопросов, по которым решения должны приниматься только при единогласном одобрении.

¹ Paul McKenzie, Fraser Mendel. Op. cit.

К ним относятся: изменение наименования партнерства, изменение сферы деятельности, места ведения хозяйственной деятельности, распоряжение недвижимым имуществом партнерства, передача или распоряжение имущественными правами, предоставление обеспечения иным лицам от имени партнерства, прием на должность руководителя партнерства лиц, не являющихся участниками партнерства (ст. 31 Закона 1997 г.).

При передаче участником своей доли другому лицу необходимо согласие всех участников, более того, они обладают правом преимущественной покупки доли одного из участников. Равным образом при вступлении в *общее партнерство* нового партнера необходимо единогласное одобрение всеми партнерами и заключение письменного соглашения о вступлении в партнерство, если учредительным договором отдельно не установлено иное. В этом случае, прежние партнеры должны достоверно информировать нового партнера о хозяйственном и финансовом состоянии партнерства (ст. 43 Закона КНР 1997 г.).

Закон КНР 1997 г. также содержит положение о передаче доли участником партнерства в залог. На совершение подобной сделки необходимо получить единогласное согласие всех участников, а при отсутствии последнего сделка считается недействительной.

Необходимо отметить, что Закон КНР жестко постановил, что занятие участниками обычного партнерства конкурентной предпринимательской деятельностью запрещено. Что касается обращения взыскания на долю участника в партнерстве, кредиторы вправе в соответствии с установленной процедурой обратиться в суд для погашения в принудительном порядке обязательств участника партнерства. Участник, выбывший из партнерства, несет неограниченную ответственность по обязательствам партнерства, возникшим до момента его выбытия (ст. 53 Закона 1997 г.).

В целом основные обозначенные вопросы, касающиеся правового регулирования деятельности партнерства с ограниченной ответственностью, в КНР схожи с регулированием деятельности общего партнерства за исключениями, некоторые из которых будут отмечены ниже.

Важно подчеркнуть, что Закон КНР 1997 г. четко устанавливает количество участников в *партнерствах с ограниченной*

ответственностью – от 2 до 50, а также наличие как минимум одного обычного участника. В качестве вклада участники с ограниченной ответственностью не могут внести трудовые услуги, поскольку данная категория участников не осуществляет ведение дел партнерства. В связи с тем, что управление делами партнерства осуществляют обычные участники, последние вправе требовать вознаграждение за свою работу и закрепить в учредительном договоре соответствующее положение.

Кроме того, участники с ограниченной ответственностью вправе знакомиться с финансовыми и бухгалтерскими книгами, а также, что немаловажно, участвовать «в принятии решений о вступлении в партнерство и выходе обычных участников; выносить предложения по вопросам управления деятельностью партнерства; требовать реализации прав или обращение с иском в суд в отношении ответственного участника при нанесении ущерба интересам ограниченного партнерства; требовать реализации своих прав или обращения с иском в суд от имени предприятия при невозможности реализации прав управляющим участником; предоставлять залог партнерству» (ст. 68 Закона 1997 г.). Кроме того, «участники с ограниченной ответственностью могут самостоятельно или в сотрудничестве с иными лицами вести деятельность, составляющую конкуренцию с деятельностью ограниченного партнерства; однако если учредительным договором отдельно не установлено иное» (ст. 71 Закона 1997 г.).

Помимо вышеприведенных сведений в учредительный договор партнерства с ограниченной ответственностью необходимо внести: имена и фамилии (наименования), место проживания (нахождения) участников, отвечающих неограниченно, и участников с ограниченной ответственностью; требования к управляющим участникам и порядок их выбора; объем полномочий управляющих и способы разбирательства в случае нарушения ими условий договора; условия исключения из числа управляющих участников и порядок их замены; порядок изменения статуса обычных участников и участников с ограниченной ответственностью (ст. 53 Закона 1997 г.).

Ликвидация партнерств также регламентируется Законом КНР о партнерствах 1997 г. Решение о ликвидации и роспуске

партнерства принимается всеми его участниками. Ликвидация может осуществляться добровольно и принудительно. Процедура ликвидации также начинается с назначения ликвидаторов партнерства по решению всех его участников. Кроме того, допускается назначение на должности ликвидаторов одного или нескольких участников при одобрении большинства участников. В ином случае назначается третье лицо в течение 15 дней после возникновения причины для роспуска партнерства. Если же в этот срок ликвидатор не назначается, участники партнерства вправе обратиться с заявлением в народный суд о назначении ликвидаторов. Основные полномочия ликвидаторов заключаются в составлении описи имущества и баланса, выявлении и удовлетворении требований кредиторов, погашении налоговой и получении дебиторской задолженностей. Для этого ликвидаторы в течение 10 дней после назначения должны уведомить всех кредиторов о ликвидации, а также в течение 60 дней опубликовать официальное заявление. Кредиторы в течение 30 дней со дня получения уведомления должны обратиться к ликвидаторам, обосновав свои требования предоставленными соответствующими документами. Далее ликвидаторы регистрируют требование кредитора. Имущество партнерства, оставшееся после удовлетворения требований кредиторов и покрытия расходов социального страхования, по выплате заработной платы рабочим и связанных с проведением ликвидации, распределяются между его участниками. После завершения всех расчетов, ликвидаторы составляют отчет и в течение 15 дней уведомляют регистрирующий орган о снятии партнерства с регистрационного учета (ст. 90 Закона 1997 г.).

В Южно-Африканской Республике правовое регулирование деятельности партнерств осуществляется, как отмечалось выше, на основе общего (прецедентного) права. Отдельного законодательного акта, регулирующего правовой статус партнерств, не существует. Подход к определению понятия партнерства, как нам удалось выявить в ходе исследования, в целом не отличается от рассмотренных нами стран. Так, под *партнерством (partnership)* понимается объединение лиц, участники которого в соответствии с заключенным между ними догово-

ром, занимаются предпринимательской деятельностью от имени партнерства, при этом количество участников партнерства четко определено: от 2 до 20 участников. Партнерства не являются юридическими лицами¹ и не подлежат занесению в Государственный реестр.

Существуют следующие виды партнерств: *общее* (генеральное – *general partnership*) и *коммандитное* (*commanditarian partnership*)². Необходимо отметить, что правовая система ЮАР имеет, как нами уже отмечалось выше, смешанный характер, сочетающий элементы римско-голландского и английского права³. В связи с этим праву ЮАР известен также такой вид партнерства, как *негласное партнерство* (*anonymous/sleeping partnership*).

В *генеральном партнерстве* в ЮАР, как и в других рассмотренных выше странах, каждый участник партнерства несет солидарную и субсидиарную ответственность по обязательствам партнерства всем своим имуществом. Участники вкладывают свой личный труд в деятельность партнерства и осуществляют непосредственное управление. В качестве вклада в капитал партнерства могут выступать деньги, имущество и личные навыки. Прибыль распределяется в соответствии с заключенным договором между участниками пропорционально внесенным вкладам⁴. В случае смерти, выбытия или объявления партнера неплатежеспособным партнерство подлежит ликвидации.

Что касается *коммандитного партнерства*, правовое регулирование в ЮАР опять-таки практически не отличается от других государств. Характерным признаком такого партнерства является наличие двух видов участников: участников, отвечающих по долгам товарищества неограниченно и солидарно, и

¹ A Partnership as a legal entity. URL: <http://southafrica.smetoolkit.org/sa/en/content/en/5244/A-Partnership-as-a-legal-entity> (дата обращения: 01.09.2014).

² Forms of Business in South Africa. URL: <http://www.jumpstarthandbook.co.za/HandbookPdfs/5c.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

³ Сухарев А.Я. Цит. соч. – С. 924.

⁴ A Partnership as a legal entity. URL: <http://southafrica.smetoolkit.org/sa/en/content/en/5244/A-Partnership-as-a-legal-entity> (дата обращения: 01.09.2014).

коммандитистов – вкладчиков, которые несут ответственность лишь в пределах суммы внесенного вклада. Коммандитисты не участвуют в управлении товариществом, лишь имеют право на получение соответствующей прибыли.

Негласное партнерство, так же, как и в праве Бразилии, предполагает наличие, помимо обычных участников, негласного (silent) партнера. Негласный партнер, в соответствии с заключенным договором с партнерством, обязан внести предусмотренный капитал. Ответственность его поэтому ограничена пределами суммы вклада. Управление таким партнерством осуществляется собственником предприятия, и для третьих лиц негласный партнер не существует. Таким образом, негласный партнер скрыт от внешнего мира, а бизнес ведут другие партнеры от собственного имени¹.

Система управления в *партнерствах* ЮАР достаточно проста, поскольку партнерства не наделяются статусом юридического лица и не подлежат регистрации. Право ЮАР придерживается принципа участия в управлении участников с неограниченной ответственностью и наделяет их солидарной ответственностью². Участники с ограниченной ответственностью никакого участия в управлении не принимают. Они лишь вправе знакомиться со всей документацией о деятельности партнерства.

В случае прекращения деятельности партнерства его активы ликвидируются, кредиторам выплачиваются долги, и партнеры отвечают по долгам в недостающей от ликвидации активов части³.

Обращение к сравнительному методу исследования позволило выявить общие для стран БРИКС подходы, касающиеся содержательного наполнения трактовки понятия «товарищество (партнерство)» и некоторые особенности.

¹ *Briscoe A.* Review of business laws in Southern Africa: report prepared for the SEPAC Working group «Policy Issues». [Electronic ed.]. – Gaborone, 1999. – P. 60.

² A Partnership as a legal entity. URL: <http://southafrica.smetoolkit.org/sa/en/content/en/5244/A-Partnership-as-a-legal-entity> (дата обращения: 01.09.2014).

³ Ibid.

1. Установлено, что право всех стран БРИКС определяет полное товарищество (генеральное партнерство / партнерство с неограниченной ответственностью – *general partnership*) как объединение лиц, участники которого несут неограниченную ответственность по обязательствам товарищества (партнерства), а командитное товарищество (партнерство с ограниченной ответственностью – *limited liability partnership* – Индия, *commanditarian partnership* – ЮАР) – как объединение двух видов участников: с ограниченной и с неограниченной ответственностью, последние из которых осуществляют управление делами такого объединения. То есть, несмотря на приверженность законодательства стран БРИКС разным правовым системам в них наблюдается обусловленная единством целей правового регулирования унификация правовых конструкций, заключающаяся в схожести определения и содержательного наполнения понятий и признаков договорных объединений – полного/общего, обычного (*general/common*) товарищества/партнерства (*partnership*) и командитного (*commanditarian*) / с ограниченной ответственностью (*limited liability*) товарищества/партнерства (*partnership*).

2. Выявлено, что унифицированными признаками договорных объединений являются:

– наличие учредительного договора, включающего в себя требуемые законодательством положения о правовой основе деятельности товарищества (партнерства), составе его участников, их правах, обязанностях и ответственности, порядке управления товариществом (партнерством), его ликвидации и т. д.;

– действие правового принципа, закрепляющего в законах этих стран равенство таких прав участников товарищества (партнерства), как право каждого участника на получение информации о деятельности товарищества (партнерства); право каждого участника с неограниченной ответственностью на управление делами товарищества (партнерства) и т. д.;

– нормативно-явочный способ создания (исключительно по воле учредителей) при контролирующей функции государства относительно соблюдения требований законодательства.

3. Показано, что страны БРИКС можно разделить на те, в которых хозяйственные товарищества признаются после государственной регистрации юридическими лицами (Бразилия, Россия) и на те, в которых за хозяйственными товариществами статус юридического лица не закрепляется (Китай, ЮАР). В Индии партнерство с неограниченной ответственностью не является юридическим лицом, но подлежит государственной регистрации, а партнерство с ограниченной ответственностью – признается юридическим лицом и должно быть зарегистрировано соответствующим образом.

4. Выявленные отличия касаются, в основном, полных товариществ и заключаются в регламентации прав и ответственности участников. Так, например, в Бразилии участниками полного товарищества (юридического лица) вправе быть только физические лица; в России полные товарищи (физические и юридические лица), выбывшие из товарищества (юридического лица), несут ответственность по долгам товарищества в течение двух лет после выбытия; в Индии участники общего партнерства вправе заниматься иной предпринимательской деятельностью (при условии выплаты партнерству всей полученной от нее прибыли); в ЮАР количество участников партнерства ограничено числом от 2 до 20.

1.3. Сходства и различия системы юридических лиц, занятых в предпринимательской деятельности

Как отмечалось выше, хозяйственные общества, по общему правилу, именуют иначе объединениями капиталов. Для обществ не обязателен факт личного участия участников, соответственно возможно участие любых лиц, в том числе и не являющихся профессиональными коммерсантами.

В **Бразилии** признаются и действуют акционерное общество, компания (*companhia, sociedade anónima*) и общество с ограниченной ответственностью (*sociedade limitada*). Общество с ограниченной ответственностью – это субъект, капитал которого разделен на доли, в пределах которого участники несут риск убытков. Акционерное общество – это субъект, капитал

которого разделен на акции, стоимость которых определяет размер ответственности акционеров.

Первое упоминание о *торговых компаниях* и *акционерных обществах* (Das companhias de comércio ou sociedades anônimas) содержалось в Первой части ТК Бразилии 1850 г.¹ Согласно ГК 1916 г. юридическими лицами частного права признавались гражданские, благотворительные, научные и литературные общества, общественно-полезные союзы и фонды, торговые товарищества, вносившиеся в генеральный реестр юридических лиц (ст. 13–16, 18)².

Итак, прежде чем пройти процедуру регистрации *акционерных обществ*, необходимо сначала зарегистрировать акции под контролем и в пределах, определенных Бразильской комиссией по рынку ценных бумаг. Для регистрации компании необходимы: фирменное наименование, место нахождения компании; сведения об учредителях и директорах компании (последние должны быть резидентами Бразилии). В фирменном наименовании указывается наименование компании и слово «компания» или словосочетание «анонимное общество» в виде аббревиатуры. Закон об акционерных обществах в ст. 3 предусматривает, что в конце наименования фирмы слово «компания» может не указываться. Кроме того, «имена учредителей, акционеров или других лиц, которые каким-либо образом способствуют успеху корпорации, могут указываться в наименовании корпорации»³. Как во многих современных государствах, включая и страны БРИКС, в Бразилии предусмотрена процедура защиты исключительных прав на фирменное наименование в суде.

Учредительным документом *акционерного общества* является устав, в котором должны быть четко определены цели его создания. Устав должен содержать положения о размере уставного капитала, выраженного в бразильской валюте; количество,

¹ Беликова К.М. Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 42.

² Там же. – С. 69.

³ Рубеко Г.Л. Акционерное право. – М.: Статут, 2012. – С. 162.

номинальную стоимость и тип выпускаемых акций; структуру управления компанией, объем полномочий органов; ответственность, права и обязанности участников.

В Бразилии можно создать либо *открытую компанию* (Companhia Aberta), либо просто *компанию* (Companhia). Открытость компании подразумевает свободное обращение акций на фондовых биржах и публичное предложение ее акций (ст. 4 и 4А Закона 1976 г.). Выпуск акций обязательно должен быть зарегистрирован в Бразильской комиссии по рынку ценных бумаг. В компании (Companhia) круг участников ограничен. Это положение сходно с положением дел в РФ, где согласно действующей редакции предусматривается деятельность публичных и непубличных обществ. Хотя устав, являясь учредительным документом АО, закрепляет размер уставного капитала, денежное выражение полностью оплаченного капитала должно устанавливаться ежегодно. В качестве вклада помимо денежной формы можно внести имущество, имеющее денежную оценку. Бразильский законодатель устанавливает обязанность оплаты минимум 10% уставного капитала на момент создания общества (п. II ст. 80 Закона 1976 г.). При этом эта пропорция не должна снижаться в течение первых пяти лет функционирования общества.

Уставом общества должны быть предусмотрены также типы акций и их номинальная стоимость. Закон разрешает выпускать обыкновенные и привилегированные акции. При этом «количество привилегированных акций, не дающих права голоса, не может быть больше $\frac{2}{3}$ акционерного капитала»¹. Обыкновенные акции могут быть конвертируемыми (статус привилегированных акций). Привилегированные акции, как правило, не дают права голоса на общих собраниях, но гарантируют выплату установленного дивиденда.

Закон также предусматривает обязанность создания резервного капитала, куда ежегодно отчисляются 5% прибыли АО, пока величина не достигнет 20% суммы разрешенного капитала компании.

¹ Богатырев А.Г. Инвестиционное право. – М.: Росс. право, 1992. – С. 118.

Акционеры обладают правом на получение прибыли (пропорционально стоимости, типу и количеству акций) и информации о состоянии текущих дел общества, на участие в управлении компанией. Кроме того, акционер вправе выйти из компании путем выкупа принадлежащих ему акций обществом при несогласии по принятым решениям на внеочередном общем собрании. Например, акционер вправе выйти, если изменяются «преимущества, привилегии или условия выкупа по одному и более классам привилегированных акций; понижаются обязательные дивиденды; происходит слияние двух акционерных обществ или разделение корпорации»¹.

На акционерное общество возлагается обязанность публичной отчетности о состоянии своей финансовой деятельности. Что касается дочерних компаний, то закон устанавливает не только возможность их создания, но и признает правомерность дочерней компании, единственным участником которой является другое бразильское торговое товарищество². О внутренних отношениях в «группах предприятий», обобщающее правовое регулирование которых имеется нечасто и Бразилия, – один из немногих таких примеров, – также говорится в Законе об акционерных обществах 1976 г.³.

Закон об *акционерных обществах* Бразилии устанавливает следующую структуру управления: общее собрание акционеров (*assembleia-geral*), административный совет (*conselho de administração*), наблюдательный совет (*conselho fiscal*) и совет директоров (*reuniões de diretoria*). Общее собрание принимает решения необходимые для развития компании. К исключительной компетенции общего собрания относятся: внесение поправок в

¹ Рубеко Г.Л. Цит. соч. – С. 176.

² Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. – М.: Статут, 2004 (Классика российской цивилистики). URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/6/page_18.html (дата обращения: 01.09.2014).

³ См. подробнее: Беликова К.М. «Группы предприятий» как способ концентрации предпринимательской активности и некоторые проблемы защиты прав акционерного меньшинства, кредиторов, работников предприятий «группы» и публичных интересов // Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 206–236.

устав корпорации, избрание и освобождение от должности членов совета директоров, административного совета, утверждение годовых отчетов, принятие решение о выпуске облигаций и акций, право временного лишения акционеров их прав, принимать решение о преобразовании, объединении, слиянии, прекращении деятельности общества.

Инициаторами созыва и проведения общего собрания акционеров могут быть как административный совет, так и совет директоров. Общее собрание проводится каждый год в течение первых четырех месяцев после закрытия финансового года. Решения принимаются простым большинством голосов, если в уставе не установлено иное. Необходимо отметить, что устав акционерного общества может предусматривать увеличение кворума для принятия решения по отдельным вопросам. Внеочередное собрание, созываемое с целью внесения изменений в устав, должно быть открыто по требованию акционеров – держателей не менее чем $\frac{2}{3}$ голосующих акций.

Административный совет решает вопрос в пределах своей компетенции (ст. 59, п. 1 ст. 62, 76 и др.). Полномочия административного совета заключаются в определении общей стратегии ведения предпринимательской деятельности корпорации, избрании и увольнении директоров, контроле их деятельности, проверке книг и документации компании и др. В открытых акционерных обществах создание данного органа обязательно. Минимальное число членов административного совета – не менее 3. Срок полномочий определяется в уставе и не может превышать 3 лет¹. По требованию акционеров, владеющих не менее 10% акций, избрание членов в административный совет осуществляется путем кумулятивного голосования.

Наблюдательный совет созывается общим собранием акционеров в первые четыре месяца, следующие за окончанием каждого финансового года (п. III ст. 132); в случаях, предусмотренных п. V ст. 163 наблюдательный совет сам вправе созывать общее собрание акционеров (п. а) ст. 123) и т. д.

Совет директоров состоит из двух и более директоров, избираемых на должность административным советом или общим

¹ Рубеко Г.Л. Цит. соч. – С. 179.

собранием акционеров. Срок полномочий – не более 3 лет. При этом закон устанавливает, что члены административного совета не могут составлять более $\frac{1}{3}$ членов в совете директоров¹. Каждый из директоров компании вправе действовать от его имени и совершать любые действия, необходимые для функционирования компании. Необходимо также подчеркнуть, что в законе прямо определены гарантии, предоставляемые лицам, занимающим те или иные должности в акционерных обществах. Так, например, должностным лицам предоставляются в залог акции, предусматриваются иные гарантии. Данное положение должно находить закрепление в уставе общества. Назначение на должность в совете директоров или административном совете должно быть оформлено в книге протоколов заседаний и подписано назначенными лицами. Если такой документ не подписан в течение 30 дней такое назначение считается недействительным.

Правовое положение *обществ с ограниченной ответственностью* регулируется гл. 4 ГК Бразилии 2002 г. В обществах с ограниченной ответственностью фирменное наименование должно включать слова «с ограниченной ответственностью» (*com responsabilidade limitada*). В наименование можно включить имена одного или нескольких участников. Указание в фирменном наименовании на ограниченную ответственность общества влечет неограниченную ответственность директоров (учредителей) общества.

Учредительным документом является договор или устав, который оформляет правовой статус общества и подлежит регистрации и занесению в торговый реестр. В уставе необходимо определить размер доли, в пределах размера которого и несут риск убытков участники общества, при этом законодатель не требует, чтобы доли были равными.

Законом также не устанавливается минимум прибыли, обязательной к распределению между участниками общества. Кроме того, в самом учредительном документе предусматривается защита прав участников, владеющих меньшей долей участия.

Действует общее правило: в случае неполной оплаты доли участия, участники несут солидарную ответственность в преде-

¹ *Jose Paulo L. Alves Pequeno. Op. cit.*

лах суммы неоплаченной части. Право участников на отчуждение доли ограничено. Необходимо согласие остальных участников общества на совершение подобной сделки с третьим лицом. ООО не обязано публиковать ежегодно отчетность о своей деятельности.

Руководство деятельностью *общества с ограниченной ответственностью* может осуществляться одним или несколькими лицами. В данном случае речь идет об исполнительном органе общества (единоличном или коллегиальном). В случае неполной оплаты капитала (напр., оплаты $\frac{2}{3}$ капитала), учредительным договором компетенция исполнительного органа может быть ограничена¹. При этом решения руководства ставятся в зависимость от одобрения общего собрания участников. Срок полномочий исполнительного органа должен быть четко определен в учредительном договоре. Прекращение полномочий руководителя общества, назначенного общим собранием участников, возможно по решению не менее $\frac{2}{3}$ голосов участников общества.

В нормативно-правовом регулировании ООО преобладает принцип диспозитивности, а императивные нормы формулируются достаточно широко, что дает участникам возможность свободного толкования этих предписаний.

В Бразилии *реорганизация* хозяйственных субъектов может происходить путем собственно преобразования (*transformação* – португ.) и реорганизации (*transformação*) в форме слияния (*fusão* – португ.) и разделения (*escisão* – португ.)².

Восприняв в данном вопросе подход, закрепленный Французским торговым кодексом (точнее инкорпорированным в него Законом о торговых товариществах), предусматривающим возможность участия акционерных обществ в операции по реорганизации в виде объединения по меньшей мере двух ранее

¹ Company Law of Brazil. URL: http://www.tavaresborba.com.br/wp-content/uploads/2011/11/company_law.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

² Company Formation – Brazil. URL: <http://www.worldlink-law.com/businfo/brazil/companyform.htm> (дата обращения: 01.09.2014); *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстициформ, 2010. – С. 185.

существовавших товариществ через поглощение одним другого либо через образование нового.

Латиноамериканские правоведы¹, как и французские, едины в том, что слияние бывает двух видов:

1) одно товарищество поглощается другим либо присоединяется к другому, в результате чего первое из товариществ исчезает, передав свое имущество второму, второе, напротив, продолжает вести дела под прежним наименованием, сохранив свою юридическую личность (слияние посредством присоединения – *incorporação*);

2) два товарищества, утратив статус юридических лиц, переходят в третье, новое товарищество, передав ему свое имущество, с тем, чтобы оно образовало отдельную юридическую личность (слияние посредством консолидации или создания нового товарищества – *fusão*).

При преобразовании (*transformação*) происходит изменение организационно-правовой формы, при этом объем прав и обязанностей не изменяется и переходит к образованному юридическому лицу.

В любом случае преобразование юридического лица не влияет на права кредиторов. Решение о преобразовании принимается по единодушному согласию всех участников.

Разделение (*escisão*) – это способ реорганизации, при которой одно юридическое лицо прекращает свою деятельность и в результате правопреемства возникают 2 и более юридических лица.

В настоящее время в Бразилии действует также Закон 2005 г. о банкротстве и судебной и внесудебной реорганизации², кото-

¹ De *Queiroz Pereira Calções M.* A reforma de lei das Sociedades por Ações. URL: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2001/setembro/0709/Artigos/02.htm> (дата обращения: 03.08.10); *Suero E.* Fusión de Sociedades Comerciales. URL: <http://www.monografias.com/trabajos6/fuso/fuso.shtml> (дата обращения: 03.08.10); *Jaikel R.S., Morell A.C., González L.A.* Op. cit.; *Oliveira N.R.* Fusión. URL: <http://www.derechocomercial.edu.uy/SocFus.htm> (дата обращения: 03.08.10); *Escobar I.* Fusión y adquisición. URL: <http://www.monografias.com/trabajos15/fusion-adquis/fusion-adquis.shtml> (дата обращения: 03.08.10) и др.

² Lei № 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária // D.O.U. de 9.2.2005 – Edição extra. URL: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm> (дата обращения: 27.07.2014).

рый предоставляет хозяйствующим субъектам, находящимся в трудном финансовом положении, но экономически жизнеспособным, возможность реструктурировать свою деятельность путем оздоровления (главным образом, посредством реорганизации) и переговоров с кредиторами. Как и большинство современных законов о несостоятельности рассматриваемый закон Бразилии стоит на позициях проредиторского подхода в регулируемых вопросах.

Процесс *ликвидации торговых товариществ* в Бразилии регулируется Гражданским кодексом (ст. 1102–1112) и начинается с назначения ликвидатора, который оповещает кредиторов и заявляет в средствах массовой информации о планируемой ликвидации¹. Во всей документации, ведущейся в этот период, ликвидатор должен включать слова «в ликвидации» для того, чтобы третьи лица и кредиторы знали о том, что компания находится в процессе ликвидации. В течение 15 дней после назначения ликвидатор составляет опись имущества и баланс компании. Ликвидатор завершает все дела компании, реализует активы и обеспечивает распределение оставшегося имущества среди участников или акционеров. Каждые шесть месяцев ликвидатор обязан созывать общее собрание участников (акционеров) и представлять на рассмотрение отчет и ликвидационный баланс².

Ликвидатор осуществляет все действия, в том числе и отчуждение движимого или недвижимого имущества, чтобы оплатить долги компании. В случае, если активы превышают пассивы компании, ликвидатор под свою личную ответственность вправе погасить все имеющиеся задолженности в полном объеме. Если же имущества компании недостаточно, удовлетворение требований кредиторов осуществляется за счет вкладов участников и учредителей. После удовлетворения требований кредиторов оставшееся имущество распределяется между его участниками (акционерами). Наконец, после всех расчетов лик-

¹ *Araujo A., Funchal B., Ferreira R.* The Brazilian Bankruptcy Law Experiment. URL: <http://professores.ibmecrj.br/erg/wkshops/papers/20110506.pdf> (дата обращения: 24.03.2013).

² *Laudisio A.* The New Brazilian Bankruptcy Law. URL: <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=160> (дата обращения: 24.03.2013).

видатор составляет итоговый баланс компании и представляет его на ознакомление на общем собрании участников. Затем ликвидатор подает соответствующее заявление в регистрирующий орган о снятии компании с регистрационного учета в связи с прекращением деятельности¹.

Хозяйственные общества в **России** могут создаваться в организационно-правовой форме акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью (п. 4 ст. 66 ГК РФ). Государственные органы и органы местного самоуправления не вправе участвовать от своего имени в хозяйственных обществах. Учреждения могут быть участниками хозяйственных обществ с разрешения собственника имущества учреждения, если иное не установлено законом. Законом может быть запрещено или ограничено участие отдельных категорий лиц в хозяйственных обществах. Сами хозяйственные общества могут быть учредителями (участниками) других хозяйственных товариществ и обществ, за исключением случаев, предусмотренных законом (п. 6 ст. 66 ГК РФ)².

Под *обществом с ограниченной ответственностью* (далее – ООО) ГК РФ понимает хозяйственное общество, уставный капитал которого разделен на доли; участники общества с ограниченной ответственностью не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им долей (п. 1 ст. 87 ГК РФ, п. 1 ст. 2 Закона об ООО).

Общество несет ответственность по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом и не отвечает по обязательствам своих участников (п. 1 и 2 ст. 3 Закона об ООО).

Учредительным документом общества с ограниченной ответственностью (как и акционерного общества) выступает устав (п. 3 ст. 89 ГК РФ), поскольку п. 1 ст. 52 гласит, что юриди-

¹ *Laudisio A.* The New Brazilian Bankruptcy Law. URL: <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=160> (дата обращения: 24.03.2013).

² Об этом см. также: *Яворская Ю.В.* Общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества в структуре коммерческих организаций // Бизнес в законе. – 2007. – № 4. – С. 359–361.

ческие лица, за исключением хозяйственных товариществ, действуют на основании уставов, которые утверждаются их учредителями (участниками). Согласно п. 2 ст. 52, для государственной регистрации юридических лиц могут использоваться типовые уставы, формы которых утверждаются уполномоченным государственным органом в порядке, установленном законом о государственной регистрации юридических лиц. В этих случаях сведения, предусмотренные п. 4 настоящей статьи и п. 5 ст. 54 настоящего Кодекса, не включаются в устав юридического лица и указываются в едином государственном реестре юридических лиц.

Согласно п. 3 ст. 89 ГК РФ устав общества с ограниченной ответственностью должен содержать сведения о фирменном наименовании общества и месте его нахождения, размере *его* уставного капитала, составе и компетенции его органов, порядке принятия ими решений (в том числе решений по вопросам, принимаемым единогласно или квалифицированным большинством голосов) и иные сведения, предусмотренные законом об обществах с ограниченной ответственностью.

Уставный капитал ООО составляется из номинальной стоимости долей участников. При этом освобождение участника общества с ограниченной ответственностью от обязанности оплаты доли в уставном капитале общества не допускается (п. 1 и 2 ст. 90 ГК РФ)¹.

Е.А. Суханов отмечает в этой связи следующее: «Как известно, по российскому праву минимальный размер уставного капитала общества с ограниченной ответственностью в 10 тыс. руб. можно оплатить не деньгами, а практически всем, чем угодно, вплоть до старого белья (и тому есть реальные примеры). Иначе говоря, учредитель (учредители) такого юридического лица «подсовывает» всем другим участникам оборота «пустышку», с помощью которой и совершает все необходимые сделки, фактически ни за что не отвечая и ничем не рискуя. Требование наполнить такую «пустышку» хоть каким-то реальным имуществом прежде чем пустить ее в оборот у нас обычно

¹ В предыдущей редакции ГК закреплялось, что уставный капитал общества с ограниченной ответственностью составляется из стоимости долей, приобретенных его участниками (п. 1 ст. 90 ГК РФ).

рассматривается как чрезмерное давление на малый бизнес, активно настаивающий на отказе от концепции уставного капитала. Между тем именно здесь и проявляется подлинная сущность юридического лица как персонифицированного имущества, которым готовы рисковать и жертвовать предприниматели»¹.

Фирменное наименование общества с ограниченной ответственностью должно содержать наименование общества и слова «с ограниченной ответственностью» (п. 2 ст. 87 ГК РФ).

Число участников общества с ограниченной ответственностью не должно превышать 50. В противном случае оно подлежит преобразованию в акционерное общество в течение года, а по истечении этого срока – ликвидации в судебном порядке, если число его участников не уменьшится до указанного предела.

Общество с ограниченной ответственностью может быть учреждено одним лицом или может состоять из одного лица, в том числе при создании в результате реорганизации (ст. 88 ГК РФ).

Закон об обществах с ограниченной ответственностью наделяет все ООО общей правоспособностью. Отдельными видами деятельности, перечень которых определяется федеральным законом, общество может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии – абз. 2 п. 2 ст. 2 Закона об ООО).

ООО считается созданным с момента занесения соответствующей записи в Единый государственный реестр юридических лиц (напр., п. 3 ст. 2 Закона об ООО).

Каждый участник вправе участвовать в управлении обществом, получать прибыль от деятельности общества, знакомиться со всей документацией, продать или передать часть своей доли и выйти из общества (напр., ст. 93, 94 и др. ГК РФ, ст. 8 Закона об ООО). Также в ГК закрепляется новая правовая конструкция, – конструкция корпоративного договора, который вправе заключить между собой все или некоторые из участников хозяйственного общества с тем, чтобы определенным образом осуществлять свои корпоративные (членские) права или воздерживаться (отказаться) от их осуществления (ст. 67.2 ГК РФ).

¹ Суханов Е.А. Понятие уставного капитала корпорации // Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. С. 76. (Документ предоставлен Консультант Плюс. Дата сохранения: 05.07.2014.)

Что касается перехода доли участника, то продажа либо отчуждение иным образом доли или части доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью третьим лицам допускается с соблюдением требований, предусмотренных законом об обществах с ограниченной ответственностью, если это не запрещено уставом общества (п. 1 ст. 93 ГК РФ). При этом участники общества пользуются преимущественным правом покупки доли или части доли участника общества (п. 2 ст. 93 ГК РФ).

При этом в случае, если уставом общества отчуждение доли или части доли, принадлежащих участнику общества, третьим лицам запрещено и другие участники общества отказались от их приобретения либо не получено согласие на отчуждение доли или части доли участнику общества или третьему лицу при условии, что необходимость получить такое согласие предусмотрена уставом общества, общество обязано приобрести по требованию участника общества принадлежащую ему долю или часть доли (п. 3 ст. 93 ГК РФ). Согласно порядку, действовавшему на основе предыдущей редакции ГК в этом вопросе, участник был вправе в любое время и независимо от согласия других участников выйти из общества. При этом его доля переходила к обществу, которое обязано выплатить участнику ее действительную стоимость¹.

Участник общества с ограниченной ответственностью вправе выйти из общества независимо от согласия других его участников или общества путем:

1) подачи заявления о выходе из общества, если такая возможность предусмотрена уставом общества;

2) предъявления к обществу требования о приобретении обществом доли в случаях, предусмотренных п. 3 и 6 ст. 93 ГК и Законом об обществах с ограниченной ответственностью. В каждом из этих случаев доля переходит к обществу с момента получения обществом соответствующего заявления (требования – ст. 94 ГК РФ).

Что касается обязанностей участников, то, например, участники несут обязанности по оплате доли и неразглашению конфиденциальной информации о деятельности общества (напр.,

¹ Садиков О.Н. Гражданское право. – Т. I. – М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»; ИНФРА-М, 2006. – С. 108.

ст. 9 Закона об ООО). Законом четко установлено, что «участники общества, не полностью оплатившие доли, несут солидарную ответственность по обязательствам общества в пределах стоимости неоплаченной части принадлежащих им долей в уставном капитале общества» (ч. 1 ст. 2 Закона об ООО).

В обществе с ограниченной ответственностью предусматривается двух- / трехзвенная система управления (гл. IV Закона об ООО). В предыдущей редакции ГК РФ ст. 91 была посвящена управлению в ООО. Высшим органом общества объявлялось общее собрание его участников; текущее руководство обществом осуществлялось его исполнительным органом, избираемым на общем собрании, и т. д.

В настоящее время основу *системы управления ООО* создают предписания ГК об управлении в корпорации (ст. 65.3), об органах юридического лица (ст. 53) и об ответственности лиц, уполномоченных выступать от имени юридического лица. Так, ст. 65.3 предусматривает необходимость создания:

- высшего органа корпорации, очерчивая круг вопросов, относящихся к исключительной компетенции высшего органа корпорации, который может быть расширен (п. 1 и 2 ст. 65.3);

- исполнительного органа: единоличного (директор, генеральный директор, председатель и т. п.) и коллегиального, создаваемый в случаях, предусмотренных ГК, другим законом или уставом корпорации (правление, дирекция и т. п.), решающего вопросы, не входящие в компетенцию ее высшего органа и коллегиального органа управления, созданного согласно п. 4 ст. 65.3 (п. 3 ст. 65.3);

- коллегиального органа управления (наблюдательный или иной совет), контролирующего деятельность исполнительных органов корпорации и выполняющего иные функции, возложенные на него законом или уставом корпорации (п. 4 ст. 65.3).

Пункт 3 ст. 53 ГК РФ предусматривает, что лицо, которое в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочено выступать от его имени, должно действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно. Такую же обязанность несут члены коллегиальных органов юридического лица (наблюдательного или иного совета, правления и т. п.).

Статья 54 ГК РФ предусматривается ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, и членов коллегиальных органов юридического лица и лиц, определяющих действия юридического лица.

Конкретизация же положений об управлении дается в ст. 32 и сл. Закона об ООО. Так, высшим органом общества признается общее собрание его участников. К компетенции *общего собрания участников ООО* относят: определение основных направлений деятельности общества, изменение устава общества, в том числе изменение размера уставного капитала общества, образование и досрочное прекращение полномочий исполнительных органов и ревизионной комиссии, утверждение годовых отчетов и годовых бухгалтерских балансов и др. (п. 2 ст. 33 Закона об ООО). При этом предусмотренные пп. 2, 5–7, 11 и 12 п. 2 этой статьи вопросы, а также другие отнесенные в соответствии с Законом об ООО к исключительной компетенции общего собрания участников общества вопросы не могут быть отнесены уставом общества к компетенции иных органов управления обществом. Предполагается, что остальные вопросы, не отнесенные законом к исключительной компетенции общего собрания, входят в компетенцию исполнительных органов. Очередное общее собрание участников проводится не реже, чем один раз в год. Внеочередное собрание проводится в случаях, определенных уставом по решению его исполнительного органа.

Текущее руководство обществом осуществляется его *исполнительным органом*, избираемым на общем собрании. Исполнительный орган может быть как коллегиальным (правление), так и единоличным (генеральный директор, президент). В обществе возможно функционирование одновременно коллегиального и единоличного органа. Кроме того, уставом может быть предусмотрено создание наблюдательного совета (совета директоров) как постоянно действующего органа. Порядок образования и деятельности совета директоров (наблюдательного совета) общества, а также порядок прекращения полномочий членов совета директоров (наблюдательного совета) общества и компетенция председателя совета директоров (наблюдательного совета) общества определяются уставом общества (п. 2 ст. 32 Закона об ООО).

К компетенции *совета директоров (наблюдательного совета)* – коллегиального органа управления по терминологии

действующего ГК РФ – уставом может быть отнесено: определение основных направлений деятельности общества, образование исполнительных органов, принятие решения об участии общества в ассоциациях и других объединениях коммерческих организаций, создание филиалов и представительств общества, подготовка, созыв и проведение общего собрания участников общества (п. 2.1. ст. 32 Закона об ООО).

Вопрос реорганизации и ликвидации ООО регулируется гл. V Закона об ООО с опорой на положения ст. 57–64.1 ГК РФ.

Появление в российском праве *общества с дополнительной ответственностью* (ОДО) объясняется стремлением, сохранив традиции, обеспечить переход от товариществ к обществам. В ОДО структура управления тождественна структуре управления в ООО, но участники ОДО в отличие от участников ООО несут субсидиарную личную ответственность по долгам корпорации в одинаковом для всех кратном размере к стоимости их долей, определенном уставом общества (ст. 95 ГК в предыдущей редакции). Дело в том, что именно так, в буквальном соответствии со своим названием, выглядело товарищество с ограниченной ответственностью в ст. ст. 318 и 319 ГК 1922 г., благодаря которому оно и появилось в российском правовом порядке. При разработке ГК РФ 1994 г. было решено сохранить его наряду с закреплением классической модели общества с ограниченной ответственностью. Однако отечественная практика показала его не востребованность, объясняемую принципиальным нежеланием отечественных предпринимателей нести даже ограниченную ответственность по долгам создаваемых ими юридических лиц. Поэтому в новой редакции гл. 4 ГК РФ законодатель отказался от этого вида корпораций¹.

В Федеральном же законе от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в гл. 4 ч. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» указывается, что со дня вступления в силу этого Закона к

¹ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. – С. 64. (Документ предоставлен Консультант-Плюс. Дата сохранения: 05.07.2014.)

созданным до дня его вступления в силу ОДО применяются нормы гл. 4 ГК РФ (в ред. настоящего Федерального закона) об обществах с ограниченной ответственностью (ст. 87–90, 92–94 п. 1) ст. 8 Закона № 99-ФЗ).

Одной из самых распространенных форм ведения предпринимательской деятельности является *акционерное общество* (далее – АО). Российский законодатель определяет акционерное общество, как хозяйственное общество, уставный капитал которого разделен на определенное число акций; участники акционерного общества (акционеры) не отвечают по его обязательствам и несут риск убытков, связанных с деятельностью общества, в пределах стоимости принадлежащих им акций (п. 1 ст. 96 ГК РФ). Закон об АО закрепляет сходную трактовку акционерного общества. Так, акционерным обществом признается коммерческая организация, уставный капитал которой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные (а не корпоративные, как теперь в ГК) права участников общества (акционеров) по отношению к обществу (п. 1 ст. 2 Закона об АО).

Выпуск акций является исключительной прерогативой акционерных обществ. Последние существуют независимо от изменения состава их участников, продолжая функционировать, даже если в них останется всего один акционер.

Как отмечают исследователи¹ во всех правовых системах (и РФ не является исключением), АО характеризуется следующим:

1) Закон исключает ответственность акционеров перед кредиторами общества за пределами вложенных в акции средств;

2) акционерное общество существует независимо от изменения состава его участников, продолжая функционировать, даже если в нем останется всего один акционер;

3) выпускаемые обществом акции представляют собой товар, который можно продать, вернув тем самым инвестированный в общество капитал;

4) централизация в управлении делами акционерного общества;

¹ См., напр.: Гражданское и семейное право развивающихся стран: учеб. пособие / под ред. В.К. Пучинского и В.В. Безбаха. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 70–71.

5) широкие полномочия в получении долгосрочных (облигационных) займов у финансовых учреждений и отдельных лиц, что ставит акционерное общество в преимущественное положение перед другими объединениями предпринимателей.

Закон исключает ответственность акционеров перед кредиторами общества за пределами вложенных в акции средств. Однако, акционеры, не оплатившие полностью акции, несут солидарную ответственность в пределах неоплаченной суммы вклада (п. 1 ст. 96 ГК РФ). Так же, как и ООО, акционерное общество не отвечает по долгам своих акционеров. Таким образом, акционеры лишь несут риск убытков в заранее определенной сумме.

Уже долгое время Закон об АО и положения ГК об АО критиковались за отсутствие дифференциации правового положения крупных, публичных, открытых АО и мелких ЗАО (напр., ст. 97 ранее действовавшей редакции ГК РФ, которая предусматривала деление акционерных обществ на закрытые и открытые¹), потому что сама конструкция ЗАО виделась излишней при наличии обществ с ограниченной ответственностью. Так, например, по мнению Минэкономразвития России, можно отказаться от понятия «закрытое акционерное общест-

¹ *Открытые акционерные общества* вправе были формировать уставный капитал путем публичной подписки, то есть продажи акций неограниченному кругу лиц. Акционеры открытого общества могли свободно по своему усмотрению распоряжаться принадлежащими им акциями и не обладали правом преимущественной покупки отчуждаемой акции. Минимальный размер уставного капитала ОАО составлял 1 тыс. МРОТ. (Для этих целей 1 МРОТ составлял 100 руб. См.: Ст. 5 Федерального закона от 19.06.2000 № 82-ФЗ «О минимальном размере оплаты труда» (Принят ГД ФС РФ 2.06.2000) // РГ. – 21.06.2000. – № 118.). Число акционеров не было ограничено. Для ОАО была характерна ежегодная публичная отчетность: обязанность публиковать годовой отчет, бухгалтерский баланс, дивиденд и др.

Что касается *закрытого акционерного общества*, основными отличительными чертами можно назвать следующее: акции общества могли распределяться лишь среди учредителей или заранее определенного круга лиц (закрытая подписка); в случае отчуждения акций – другие акционеры обладали правом их преимущественной покупки. Минимальный размер уставного капитала составлял 100 МРОТ, а число участников было ограничено и составляло не более 50 акционеров. Кроме того, ЗАО не обязано было представлять публичный отчет о своей деятельности.

во», которое, по сути, является политическим наследием социально острого этапа приватизации¹. Эту проблему решили, предусмотрев в новой редакции ГК две разновидности акционерных обществ, – публичные (п. 1 ст. 66.3, 97 ГК РФ) и непубличные (п. 2 ст. 66.3), разграничиваемые по принципу обращаемости акций.

Публичным является акционерное общество, акции которого и ценные бумаги которого, конвертируемые в его акции, публично размещаются (путем открытой подписки) или публично обращаются на условиях, установленных законами о ценных бумагах. Правила о публичных обществах применяются также к акционерным обществам, устав и фирменное наименование которых содержат указание на то, что общество является публичным.

Непубличным признается акционерное общество, которое не отвечает названным признакам, указанным в п. 1 ст. 66.3 ГК РФ².

При этом в п. 1 ст. 97 указывается, что акционерное общество вправе представить для внесения в единый государственный реестр юридических лиц сведения о фирменном наименовании общества, содержащем указание на то, что такое общество является публичным. В качестве общего правила п. 2 ст. 96 ГК РФ устанавливает, что фирменное наименование акционерного общества должно содержать его наименование и указание на то, что общество является акционерным³.

¹ Диордиева Н. Новый стандарт корпоративного управления. – 06.09.2011. URL: <http://www.buhgalteria.ru/article/n50353> (дата обращения: 02.08.2014)

² Подробнее об этом см.: Шувалова М. Прощайте, ОАО и ЗАО. 30 июня 2014. URL: <http://www.garant.ru/article/550522/> (дата обращения: 04.08.2014).

³ Для сравнения до внесения изменений в ГК фирменное наименование должно содержать наименование общества и указание на тип общества (слова «закрытое акционерное общество», «открытое акционерное общества» или аббревиатуру «ЗАО», «ОАО»). См.: Чежия Д.Ю. Фирменное наименование акционерного общества // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. – 2007. – № 27. – С. 92–94.

Акционерное общество также приобретает право публично размещать (путем открытой подписки) акции и ценные бумаги, конвертируемые в его акции, которые могут публично обращаться на условиях, установленных законами о ценных бумагах, со дня внесения в единый государственный реестр юридических лиц сведений о фирменном наименовании общества, содержащем указание на то, что такое общество является публичным.

Основа регламентации деятельности публичного АО заложена в ст. 97 ГК РФ «Публичное акционерное общество» и развивается положениями Законом об АО и Законом о ценных бумагах (п. 7 ст. 97 ГК РФ). Так, ГК для публичных АО устанавливается обязанность раскрывать публично информацию, предусмотренную законом (п. 6 ст. 97 ГК РФ). В них не могут быть ограничены количество акций, принадлежащих одному акционеру, их суммарная номинальная стоимость, а также максимальное число голосов, предоставляемых одному акционеру. Уставом публичного акционерного общества не может быть предусмотрена необходимость получения чье-либо согласия на отчуждение акций этого общества. Никому не может быть предоставлено право преимущественного приобретения акций публичного акционерного общества, кроме случаев, предусмотренных п. 3 ст. 100 ГК (п. 5 ст. 97 ГК РФ) и т. д. Развитие этих норм ГК проводится на основе предписаний п. 1.1. ст. 1 Закона об АО, согласно которым положения настоящего Федерального закона об открытых акционерных обществах применяются к публичным акционерным обществам *в части, не противоречащей Гражданскому кодексу Российской Федерации* (Закон об АО в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ). Так, например, в абз. 2 п. 1 ст. 4 Закона об АО сохранилась терминология «ЗАО» и «ОАО». В нем говорится, что сокращенное фирменное наименование общества на русском языке должно содержать полное или сокращенное наименование общества и слова «закрытое акционерное общество» или «открытое акционерное общество» либо аббревиатуру «ЗАО» или «ОАО». П. 6 ст. 5 Закона об АО гласит, что сведения о филиалах и представительствах АО должны содержаться в уставе общества (а не в едином государственном реестре юридических лиц, как предус-

матривает нынешняя редакция ГК); ст. 15 Закона об АО, касающаяся реорганизации и предусматривающая наличие и разделительного баланса, или передаточного акта (а не только передаточного акта, как предусматривает нынешняя редакция ГК) и т. д. Согласно изложенному выше подходу, такие предписания будут рассматриваться как противоречащие ГК РФ и не будут применяться.

Акционерные общества, созданные до дня вступления в силу Федерального закона от 5 мая 2014 года № 99-ФЗ и отвечающие признакам публичных акционерных обществ (п. 1 ст. 66.3 ГК РФ в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 года № 99-ФЗ), признаются публичными акционерными обществами вне зависимости от указания в их фирменном наименовании на то, что общество является публичным (п. 11 Федерального закона от 5 мая 2014 года № 99-ФЗ, вносящего изменения в ГК РФ).

Федеральный закон от 21.07.2014 № 218-ФЗ¹ дополнил статью 1 ФЗ об АО пунктом 1.1, согласно которому положения ФЗ об АО применяются к публичным акционерным обществам в части, не противоречащей ГК РФ (в ред. ФЗ от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ).

Что касается ЗАО, с 1 сентября 2014 г. к закрытым акционерным обществам применяются нормы главы 4 Гражданского кодекса РФ (в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ) об акционерных обществах. Положения же действующего Закона об АО о закрытых акционерных обществах будут применяться к таким обществам впредь до первого изменения их уставов. При этом перерегистрация ранее созданных ЗАО не требуется (п. 9 и 10 Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ, вносящего изменения в ГК РФ).

Единственным учредительным документом АО является устав, который определяет правовой статус общества (п. 4 ст. 52, п. 3 ст. 98 ГК РФ). Устав должен содержать сведения о

¹ СЗ РФ от 28 июля 2014 г. № 30 (ч. I) ст. 4219 (вступил в силу по истечении десяти дней после дня его официального опубликования, за исключением положений, для которых установлены иные сроки вступления их в силу).

фирменном наименовании общества и месте его нахождения, условия о категориях выпускаемых обществом акций, об их номинальной стоимости и количестве, о размере уставного капитала общества, правах акционеров, составе, компетенции органов общества, порядке принятия ими решений, в том числе по вопросам, решения по которым принимаются единогласно или квалифицированным большинством голосов. В уставе акционерного общества также должны содержаться иные сведения, предусмотренные законом (п. 3 ст. 98 ГК РФ). Уставом публичного акционерного общества не может быть отнесено к исключительной компетенции общего собрания акционеров решение вопросов, не относящихся к ней в соответствии с настоящим Кодексом и законом об акционерных обществах (п. 5 ст. 97 ГК РФ).

Вместе с тем на этапе создания АО учредители акционерного общества заключают между собой договор, определяющий порядок осуществления ими совместной деятельности по созданию общества, размер уставного капитала общества, категории выпускаемых акций и порядок их размещения, а также иные условия, предусмотренные законом об акционерных обществах. Такой договор заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами (п. 1 ст. 98 ГК РФ). Данный договор не является учредительным документом общества, поскольку в момент государственной регистрации АО договор теряет силу¹.

Минимальный размер уставного капитала АО остался без изменений².

Общество вправе создавать филиалы и представительства, которые не являются юридическими лицами и осуществляют

¹ *Мецержакова А.А.* Особенности правового положения юридических лиц России, Китая и Монголии // Трансграничье в изменяющемся мире. – 2010. – № 1. – С. 116–124.

² О спорах по этому вопросу см.: *Диордиева Н.* Цит. соч.; *Дружинина Ю.И., Горлова П.И.* Отмена ЗАО и ОАО – революционные изменения ГК РФ // Вестник – Экономист (Забайкальский государственный университет: Электронный научный журнал. – 2012. – № 4. – С. 1–9. URL: http://vseup.ru/static/articles/DRUZhININA_GTOVO_2.pdf (дата обращения: 02.08.2014).

функции представительства и защиты интересов юридического лица. Представительства и филиалы должны быть указаны в едином государственном реестре юридических лиц, а не как раньше в учредительных документах создавшего их юридического лица (ст. 55 ГК РФ, ст. 5 Закона об АО).

Федеральным законом от 6 апреля 2015 г. № 82-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части отмены обязательности печати хозяйственных обществ»¹ отменена обязательность печати хозяйственных обществ (п. 5 ст. 2 ФЗ об ООО в нов. ред. и т. д.). Теперь общества вправе иметь печать, штампы и бланки со своим наименованием, собственную эмблему, а также зарегистрированный в установленном порядке товарный знак и другие средства индивидуализации. Федеральным законом может быть предусмотрена обязанность общества использовать печать. Сведения о наличии печати должны содержаться в уставе общества.

Ст. 53.2. ГК РФ вводит *понятие «аффилированность»*, говоря, что в случаях, если ГК или другой закон ставит наступление правовых последствий в зависимость от наличия между лицами отношений связанности (аффилированности), наличие или отсутствие таких отношений определяется в соответствии с законом. Отметим в этой связи, что Закон об АО говорит о том, что общества могут создать дочерние и зависимые общества, которые наделяются статусом юридического лица и несут самостоятельную ответственность по своим обязательствам, тогда как по обязательствам материнского общества не отвечают. Последнее отвечает по долгам дочернего общества лишь в исключительных случаях (ст. 6 Закона об АО)².

Права и обязанности участников АО следует рассматривать сквозь призму положений ст. 65.2 о правах и обязанностях

¹ СЗ РФ от 6 апреля 2015 г. № 14 ст. 2022 (за исключением ст. 14 этого ФЗ, он вступает в силу 17 мая 2015 г.).

² Подробнее об этом см.: *Нанаева Э.А.* Гражданско-правовая ответственность основного общества (товарищества) по обязательствам дочернего общества в праве России и Германии: дис. ... к.ю.н.: 12.00.03. – М., 2008. – 258 с.

участников корпорации, а также положений п. 3 ст. 96 ГК РФ, согласно которым права и обязанности акционеров определяются в соответствии с ГК РФ и Законом об АО. Так, участники корпорации (участники, члены, акционеры и т. п.) вправе участвовать в управлении делами корпорации. В этом формате, например, в п. 3 ст. 97 ГК РФ говорится о том, что в публичном акционерном обществе образуется коллегиальный орган управления общества (п. 4 ст. 65.3), число членов которого не может быть менее пяти. Порядок образования и компетенция указанного коллегиального органа управления определяются Законом об АО и уставом публичного акционерного общества. А также, что важно для вопроса управления, – уставом публичного акционерного общества не может быть отнесено к исключительной компетенции общего собрания акционеров решение вопросов, не относящихся к ней в соответствии с ГК и Законом об АО (абз. 2 п. 5 ст. 97 ГК РФ).

Каждый из акционеров имеет целый набор прав. Назовем некоторые из них. Каждый акционер обладает правом на получение прибыли (дивидендов). Однако, согласно ГК РФ, АО не вправе объявлять и выплачивать дивиденды:

- 1) до полной оплаты всего уставного капитала;
- 2) если стоимость чистых активов акционерного общества меньше его уставного капитала и резервного фонда либо станет меньше их размера в результате выплаты дивидендов;
- 3) в иных случаях, предусмотренных законом об акционерных обществах (п. 3 ст. 102 ГК РФ). Такие случаи предусматриваются ст. 43 Закона об АО.

Акционеры вправе получать информацию о деятельности корпорации и знакомиться с ее бухгалтерской и иной документацией (ст. 65.3 ГК РФ). Так, в этом плане ст. 52 Закона об АО говорит об информировании акционеров о проведении их общего собрания.

Лишь держатели привилегированных акций обладают правом на получение гарантированного дивиденда, но не имеют права голоса на общих собраниях. Все акции определенного типа имеют одинаковую номинальную стоимость, и, соответственно, наделяют их держателей равным объемом прав. При этом согласно последним изменениям в ГК доля привилегиро-

ванных акций в общем объеме уставного капитала акционерного общества не должна превышать 25%. При этом публичное акционерное общество не вправе размещать привилегированные акции, номинальная стоимость которых ниже номинальной стоимости обыкновенных акций (п. 1 ст. 102 ГК РФ).

Выход из АО осуществляется путем отчуждения акции другому лицу. Уставом публичного акционерного общества не может быть предусмотрена необходимость получения чье-либо согласия на отчуждение акций этого общества (п. 5 ст. 97 ГК РФ).

Что касается *управления в акционерном обществе*, то, как и в случае с ООО, этот вопрос до внесения недавних изменений регулировался ст. 103 ГК. Высшим органом управления акционерным обществом являлось общее собрание его акционеров. Исполнительный орган общества мог быть коллегиальным (правление, дирекция) и/или единоличным (директор, генеральный директор). Он осуществлял текущее руководство деятельностью общества и подотчетен совету директоров (наблюдательному совету) и общему собранию акционеров и т. д. Конкретизация этих положений производилась гл. VII и VIII Закона об АО, который продолжит свое действие таким образом, который уже описан нами выше. Его положения предусматривают структуру управления, в которой наряду с общим собранием акционеров действует совет директоров общества, а создание наблюдательного совета обязательно при количестве участников общества, превышающем 50 участников¹.

Исключительная компетенция общего собрания акционеров включает вопросы, не отличающиеся от компетенции общего собрания участников ООО. Это вопросы изменения устава, реорганизации и ликвидации общества, избрание наблюдательного совета, исполнительных органов и ревизионной комиссии, утверждение годовых отчетов. При этом общее собрание акционеров не вправе принимать решения по вопросам, прямо не отнесенным к их компетенции.

¹ *Скворцова Т.А.* Структура управления акционерным обществом // Сборник научных трудов SWORLD по материалам международной научно-практической конференции. – 2011. – № 4. – С. 23–32.

Закон об АО предусматривает проведение годовых и внеочередных общих собраний акционеров. Годовые собрания в соответствии с законом должны проводиться обязательно раз в год – не ранее чем через 2 и не позднее чем через 6 месяцев после окончания финансового года. Внеочередные собрания проводятся в любое время при наличии необходимости решения срочных вопросов, но не позднее 50 дней с момента представления требования о проведении внеочередного общего собрания акционеров.

Инициаторами проведения внеочередного собрания могут выступать совет директоров, ревизионная комиссия, аудитор общества, акционеры – держатели не менее чем 10% голосующих акций. Кворум общего собрания акционеров – участие акционеров, обладающих в совокупности более, чем половиной размещенных голосующих акций общества. Одна голосующая акция дает акционеру один голос. Голосующей акцией является обыкновенная акция или привилегированная, предоставляющая право голоса.

Компетенция совета директоров заключается в осуществлении общего руководства, определении приоритетных направлений деятельности общества¹. Члены совета директоров избираются на общем собрании акционеров на срок до следующего годового собрания. Закон устанавливает минимальное количество состава совета директоров не менее 5. Исполнительные органы руководят текущей деятельностью, прежде всего, это волеизъявляющий орган общества. Поскольку именно исполнительный орган реализует решения общего собрания акционеров и совета директоров общества. Уставом может быть предусмотрено создание и коллегиального, и единоличного органа или только единоличного. При этом необходимо четко разграничить компетенцию между ними. Единоличный орган представляет интересы общества, заключает сделки с третьими лицами. При этом членами коллегиального и единоличного органов могут быть только физические лица. Кроме этого, законом предусмотрены ограничения и запреты совмещения должностей в

¹ Мозолин В.П. Гражданское право: в 2 ч. – Ч. 1. – М.: Юристъ, 2005. – С. 70.

органах одного общества. Так, единоличный исполнительный орган не может быть одновременно председателем совета директоров.

Реорганизация и ликвидация акционерного общества может быть добровольной по решению общего собрания акционеров. Иные основания и порядок реорганизации и ликвидации акционерного общества определяются законом. Так, общие положения о реорганизации ГК говорят, например, о возможности реорганизации юридического лица в форме его разделения или выделения из его состава одного или нескольких юридических лиц в случаях, установленных законом, по решению уполномоченных государственных органов или по решению суда. То есть введена возможность смешанной реорганизации и одновременной реорганизации нескольких юридических лиц; а также изменено регулирование прав кредиторов реорганизуемого лица¹. При этом если учредители (участники) юридического лица, уполномоченный ими орган или орган юридического лица, уполномоченный на реорганизацию его учредительным документом, не осуществляют реорганизацию юридического лица в срок, определенный в решении уполномоченного государственного органа, суд по иску указанного государственного органа назначает в установленном законом порядке арбитражного (а не внешнего, как в предыдущей редакции ГК) управляющего юридическим лицом и поручает ему осуществить реорганизацию юридического лица. С момента назначения арбитражного управляющего к нему переходят полномочия по управлению делами юридического лица. Арбитражный управляющий выступает от имени юридического лица в суде, составляет передаточ-

¹ Подробнее см.: Консультант Плюс: Правовые новости. Специальный выпуск «Изменения положений Гражданского Кодекса РФ о юридических лицах (Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ)». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_140912/ (дата обращения: 06.08.2014).

Ст. 19.1. Закона об АО «Особенности разделения или выделения общества, осуществляемых одновременно со слиянием или с присоединением» давала возможность такой реорганизации с 2006 г.

ный акт и передает его на рассмотрение суда вместе с учредительными документами юридических лиц, создаваемых в результате реорганизации. Решение суда об утверждении указанных документов является основанием для государственной регистрации вновь создаваемых юридических лиц (п. 2 ст. 57 ГК РФ).

Равным образом в случаях, установленных законом, реорганизация юридических лиц в форме слияния, присоединения или преобразования может быть осуществлена лишь с согласия уполномоченных государственных органов (п. 3 ст. 57 ГК РФ).

При этом Закон об АО, в свою очередь, говорит о том, что общество может быть добровольно реорганизовано в порядке, предусмотренном Законом об АО. Особенности реорганизации общества – субъекта естественной монополии, более 25% акций которого закреплено в федеральной собственности, определяются федеральным законом, устанавливающим основания и порядок реорганизации такого общества. Другие основания и порядок реорганизации общества определяются ГК РФ и иными федеральными законами (п. 1 ст. 15 Закона об АО).

Преобразоваться акционерное общество вправе в общество с ограниченной ответственностью, хозяйственное товарищество или производственный кооператив, в предыдущей редакции ГК преобразование в товарищество было невозможно (ст. 104 ГК РФ).

В процессе реорганизации в РФ (как и в других странах БРИКС) можно выделить несколько основных этапов:

1) вопрос о реорганизации должен быть вынесен уполномоченными органами юридических лиц, участвующих в реорганизации, на рассмотрение общих собраний участников этих обществ;

2) участвующими в реорганизации юридическими лицами должен быть заключен договор, например, о слиянии (присоединении и пр.), подлежащий утверждению участниками товариществ, участвующих в операции. Договору о слиянии отведена важная роль при осуществлении реорганизации, поскольку это основной после закона документ, призванный регламентировать порядок и условия проведения реорганизации в части,

оставшейся за пределами соответствующего законодательного регулирования;

3) при слиянии вновь возникшее юридическое лицо подлежит государственной регистрации, а прекратившееся юридическое лицо исключается из государственного реестра¹.

Что касается *ликвидации*, в результате реформы уточнены основания ликвидации организации в судебном и внесудебном порядке; установлена норма об исключении из государственного реестра недействующего юридического лица. Так, как уже отмечалось во внесудебном порядке ликвидация АО может быть по решению его общего собрания акционеров. По решению суда в случаях: признания его государственной регистрации недействительной, в том числе в связи с допущенными при его создании грубыми нарушениями закона, если эти нарушения носят неустранимый характер; осуществления деятельности без надлежащего разрешения (лицензии), при несоблюдении условия об обязательном членстве в СРО или при отсутствии необходимого в силу закона свидетельства о допуске к определенному виду работ, выданного СРО (напр., для строительных организаций, которые нередко действуют в форме АО); осуществления деятельности, запрещенной законом; осуществления деятельности с нарушением Конституции РФ либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов и др.; в иных случаях, предусмотренных законом (п. 3 ст. 61 ГК РФ в редакции Закона № 99-ФЗ).

Кроме того, согласно ст. п. 2 ст. 64.2 ГК РФ, фактически прекратившим свою деятельность (недействующим) признается юридическое лицо (в том числе и АО), которое в течение последних 12 месяцев не представляло отчетность, предусмотренную законодательством о налогах и сборах, и не осуществляло операций хотя бы по одному банковскому счету. Такое лицо исключается из ЕГРЮЛ, что влечет правовые последствия, ус-

¹ См., напр.: Гражданское право: в 4 т. – Т. 1: Общая часть / отв. ред. Е.А. Суханов. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 297 и сл.; *Воронин М.М.* Общие процедуры государственной регистрации создания, реорганизации и ликвидации юридических лиц по российскому законодательству // Перспективы науки. – 2012. – № 34. – С. 120–124.

тановленные для ликвидации организаций. Ликвидация как процесс, как и реорганизация, состоит из нескольких этапов¹.

Далее. Нововведением гражданского законодательства России является, как отмечалось выше, *хозяйственное партнерство*. Разработчики закона хотели «предусмотреть в российском праве такой вид юридического лица, который соответствовал бы зарубежным аналогам ведения инновационной (в том числе венчурной) деятельности (к примеру, *limited partnership*)»².

Закон определяет хозяйственное партнерство как созданную двумя или более лицами коммерческую организацию, в управлении деятельностью которой принимают участие участники партнерства, а также иные лица в пределах и в объеме, которые предусмотрены в соглашении об управлении партнерством (п. 1 ст. 2 Закона о хозяйственных партнерствах).

Хозяйственное партнерство обладает общей правоспособностью, однако законодателем определены некоторые исключения: эмиссия облигаций и иных ценных бумаг, реклама своей деятельности, учреждение юридических лиц или участие в них (только в ассоциациях и союзах). Закон прямо устанавливает количество участников от 2 до 50 участников.

Права и обязанности участников хозяйственного партнерства по своему содержанию сходны с правами и обязанностями участников общества с ограниченной ответственностью. Так, участники вправе принимать участие в управлении партнерством, получать информацию о деятельности партнерства, продать свою долю и выйти из партнерства. При отчуждении доли одного из участников другие участники обладают правом преимущественной покупки. Кроме того, участники несут обязанность по внесению вклада в складочный капитал, а также по

¹ Подробнее см.: *Беликова К.М.* Основы гражданского права // Правовое обеспечение профессиональной деятельности: учебное пособие для бакалавров / под ред. проф. А.Я. Капустина. – 2-е изд., перераб. и доп. Серия: Бакалавр. Базовый курс. – М.: Юрайт, 2013. – С. 159–162 (382 с.); и др.

² Аналитический обзор: документ недели 20.12.2011 г. Федеральный закон от 03.12.2011 № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // СПС «Консультант Плюс». URL: <http://www.consultant.ru/law/review/1270855.html> (дата обращения: 31.03.2013).

неразглашению конфиденциальной информации. Важно отметить, что большая часть прав и обязанностей может быть установлена и ограничена соглашением об управлении партнерством, кроме права на ознакомление со всей документацией.

Учредительным документом хозяйственного партнерства является устав, подписываемый всеми учредителями партнерства. Таким образом, хозяйственное партнерство создается по решению его учредителей, – законодатель прямо устанавливает невозможность создания партнерства путем реорганизации юридического лица. Принятие решения о создании партнерства принимается единогласно, учредители избирают органы управления, аудитора, а также заключают соглашение об управлении партнерством.

Устав партнерства подлежит государственной регистрации. В уставе необходимо определить полное фирменное наименование партнерства, сведения о целях и видах деятельности, о месте нахождения, о размере складочного капитала, о порядке хранения документов партнерства, порядок и сроки избрания единоличного исполнительного органа, а также о наличии или отсутствии соглашения об управлении партнерством. Что касается фирменного наименования, законодатель предусматривает общие правила, в частности указание на наименование партнерства и слова «хозяйственное партнерство».

Кроме устава действует также соглашение об управлении партнерством, заключаемое между всеми его участниками при учреждении партнерства. Соглашение не подлежит государственной регистрации, но должно быть нотариально заверено и храниться у нотариуса. Соглашением могут быть урегулированы вопросы относительно прав и обязанностей участников, управления, а также распределения прибыли и расходов партнерства¹. При этом в отношениях с третьими лицами участники партнерства не вправе ссылаться на положения соглашения, если только не докажут, что в момент совершения сделки третье лицо знало и должно было знать о содержании этого соглашения.

¹ Бычко М.А., Комаревцева И.А. Хозяйственное партнерство: новеллы российского гражданского законодательства // Вестник Ставропольского государственного университета. – 2012. – № 2. – С. 62–65.

Минимальный размер складочного капитала законом не определен. Кроме того, порядок внесения вкладов регулируется соглашением о партнерстве. Таким образом, складочный капитал может вноситься по частям в различные сроки. Партнерство обязано также вести реестр участников, где указывается размер их долей. При этом третьи лица могут получить информацию лишь об участниках, но не о размере их долей. Необходимо подчеркнуть, что информация о лицах, являющихся сторонами по соглашению об управлении, но не являющихся участниками партнерства, не вносится в реестр. Тем самым такие лица могут анонимно участвовать в хозяйственном обороте, не отвечая при этом по своим обязательствам перед кредиторами.

Участники партнерства несут риск убытков в пределах суммы внесенных вкладов. Партнерство, в свою очередь, отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом. Однако существуют и особенности хозяйственных партнерств относительно регулирования ответственности. Во-первых, в случае обращения взыскания на исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, один или несколько участников вправе исполнить обязательства партнерства перед кредиторами. Во-вторых, в договоре с кредиторами-предпринимателями можно предусмотреть условие о полном или частичном прекращении обязательств партнерства перед ними в определенных случаях.

Структура управления хозяйственным партнерством определяется в соглашении об управлении партнерством. Законодатель лишь обязывает создать единоличный исполнительный орган из числа участников партнерства¹. Иные органы управления могут быть предусмотрены соглашением об управлении партнерством. Кроме того, правила голосования, право вето и порядок принятия решений также регулируются данным соглашением. Участники партнерства вправе обжаловать решения органов управления в суде в течение трех месяцев, после того как участнику стало известно о таком решении. По общему правилу единоличный исполнительный орган и члены органов управления несут ответственность перед кредиторами в случае

¹ *Гавришин М.П.* Особенности правового статуса хозяйственного партнерства // Российское правосудие. – 2012. – № 10. – С. 29–38.

совершения неправомерного действия или бездействия. Важно отметить, что указанная ответственность может быть ограничена соглашением об управлении.

Главной особенностью данной коммерческой организации является то, что партнерство может быть реорганизовано только путем преобразования в акционерное общество. С момента государственной регистрации акционерного общества, реорганизуемое хозяйственное партнерство прекращает свое существование. Особенности ликвидации хозяйственных партнерств, согласно закону, заключаются в том, что помимо общего правила, предусмотренного ГК, партнерство может быть ликвидировано в добровольном порядке также в случаях, предусмотренных соглашением об управлении. Кроме того, если в партнерстве остается только один участник, то такое партнерство должно быть ликвидировано или преобразовано в акционерное общество.

В Индии ранее действовавший Закон о компаниях 1956 г. выделял следующие их виды: публичные компании (*public companies*) и частные компании (*private companies*). Они могли быть и компаниями с единственным участником, – так называемыми «*one man company*»¹.

К числу частных относились: компании с ограниченной ответственностью (*limited liability companies*), компании с ответственностью, гарантированной в твердой сумме (*companies limited by guarantee*), и компании с ответственностью, ограниченной стоимостью акций (*companies limited by shares*)². При создании компании с гарантированной ответственностью в уставе (меморандуме) компании необходимо было отметить конкретный размер суммы, в пределах которой будет нести ответственность участ-

¹ См. решение Высшего суда Бомбея по делу *T.P. Pratt (Bombay) Ltd. v. E. D. Sassoon and Co. Ltd.* URL: <http://indiankanoon.org/doc/1022949> (дата обращения: 01.09.2014); Шиткина И.С. Особенности управления в «компаниях одного лица» // Корпоративное право. URL: <http://uristinfo.net/korporativnoe-pravo/128-isshtkina-korporativnoe-pravo.html> (дата обращения: 01.09.2014).

² Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 175.

ник компании. Именно эта сумма и предопределяла пределы ответственности. Следует отметить, что оба вида компаний могли функционировать и без акционерного капитала, т. е. их капитал мог и не делиться на акции, быть неделимым. Ныне действующий и уже упоминавшийся выше Закон о компаниях от 29 августа 2013 г. продолжает своими положениями следовать приведенной выше классификации компаний (п. 71 и 68 ст. 1).

Основные характерные признаки *публичных компаний* в соответствии с Законом 1956 г. состояли в следующих требованиях: минимальное число учредителей должно было быть не менее 7, а акционеров – не менее 50; акции имели свободное обращение, предусматривающее возможность их отчуждения и передачи третьим лицам; обязательной публикацией годовой отчетности о финансовом состоянии дел компании. Кроме того, в отличие от частных, публичные компании были подвержены большему вмешательству со стороны государства.

Законом 2013 г. определен минимальный размер уставного капитала для публичных компаний – 500 тыс. рупий, и говорится о том, что публичная компания это такая компания, которая не является частной (п. 71 ст. 1 Закона 2013 г.).

Кроме того, публичные компании, владеющие капиталом в 5 млрд рупий и более, или с оборотом, равным 10 млрд рупий и более, или получающие чистую прибыль в размере, равном 50 млн рупий и более в течение финансового года, должны каждый год направлять не менее 2% от средней чистой прибыли, полученной в течение 3 финансовых лет, на программы социального обеспечения¹.

Отличительные черты *частных компаний* согласно Закону 1956 г. заключались в следующем: ограниченный круг лиц – не более 50 членов; ограничение на отчуждение акции участником; запрет публичной подписки на акции – акции распределяются только среди учредителей или заранее определенного круга лиц; не требуется публичная отчетность компании. Новый закон – закон 2013 г. трактует понятие частной компании сле-

¹ См.: *Tripti Lahiri and Sean McLain*. New corporate law, what you need to know. URL: <http://blogs.wsj.com/indiarealtime/2013/08/12/new-corporate-law-what-you-need-to-know> (дата обращения: 01.09.2014).

дующим образом: «Частная компания – компания, созданная двумя и более лицами, минимальный уставный капитал которой составляет 100 тыс. рупий» (п. 68 ст. 1 Закона о компаниях 2013 г.). При этом устав (меморандум) такой компании содержит ограничение на право передавать ее акции и, кроме случаев, когда речь идет о компании одного лица (one person company), ограничивает число участников 200.

Привлекательность компании как таковой (кроме названных особенностей, которые могут быть выгодными в том или ином случае) выражается в так называемом принципе «раздельной ответственности компании и акционеров», согласно которому акционеры несут риск убытков, связанных с деятельностью компании, лишь в пределах стоимости акций. Никакой личной имущественной ответственности по долгам компании акционеры не несут (исключение – случай наступления ответственности в объеме неоплаченной цены по приобретенным акциям, а также игнорирование юридической личности компании в ряде случаев, например, в делах компаний, созданных с целью уклонения от налогов государства; компаний, преследующих незаконные цели и т. п.). Компания же также не отвечает по обязательствам своих акционеров и более того, – существует независимо от смены состава ее акционеров.

В Индии действует явочно-нормативный способ образования *компаний*: учредители сами принимают решение об учреждении, государство лишь регистрирует компанию. Так, компания согласно п. 1 ст. 3 Закона о компаниях 2013 г. может быть учреждена с любой законной целью:

а) семью или более лицами, – при этом создаваемая компания будет публичной;

б) двумя или более лицами, – при этом создаваемая компания будет частной;

в) одним лицом, – при этом создаваемая компания будет компанией одного лица – путем внесения имен этих лиц или лица в меморандум и выполнения иных требований настоящего Закона в части регистрации.

Компания, созданная согласно положениям п. 1 ст. 3 Закона 2013 г., может быть:

а) компанией, ответственность в которой ограничена стоимостью акций (a company limited by shares);

б) компанией, ответственность в которой ограничена твердой суммой (a company limited by guarantee);

в) компанией с неограниченной ответственностью (an unlimited company – п. 2 ст. 3)¹.

Учредители должны предоставить Регистратору (Registrar), в пределах юрисдикции которого предполагается нахождение зарегистрированного офиса компании следующие документы:

– меморандум компании (memorandum),

– внутренний регламент компании (articles of association);

– декларацию о том, что все требования настоящего Закона и иные правила относительно регистрации выполнены (a declaration that all the requirements of this Act have been complied with).

В соответствии с Законом 1956 г. Декларацию мог подписать адвокат Верховного суда Индии, адвокат высшего суда штата, атторней или один из руководителей компании². Согласно Закону 2013 г., подписывать Декларацию вправе: адвокат, дипломированный бухгалтер, главный бухгалтер по учету издержек производства или секретарь компании, участвующий в процессе создания компании, а равно лицо, названное во внутреннем регламенте первым директором, управляющим или секретарем компании (п. б п. 1 ст. 7 Закона 2013 г.);

– аффидевит³ каждого из лиц, подписывающих меморандум и лиц, называемых первыми директорами во внутреннем

¹ Для сравнения см.: *Кирсанов А.Н.* Англия: право компаний // Сравнительное право. Частноправовое регулирование имущественного оборота в разно-системных правовых порядках / под ред. В.В. Безбаха, В.П. Серегина, Т.П. Данько. – М.: РЭА им. Г.В. Плеханова, 2009. – С. 296–306.

² См.: *Мозолин В.П.* Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 181.

³ Affidavit (лат. термин «присягнул на верность») – письменный документ, подписанный и юридически заверенный нотариусом, уполномоченным, консулом или другим чиновником, имеющим право заверять документы. Термин применяется в некоторых странах (например, во Франции) к налоговой декларации, выдаваемой под присягой временно проживающим за границей владельцам иностранных ценных бумаг, с целью избежать двойного налогообложения доходов в стране своего постоянного проживания в случае, если между странами подписано соглашение об избежании двойного налогообложения. См.: *Внешнеэкономический толковый словарь / под ред. И.П. Фаминского.* – М.: ИНФРА-М, Термика, 2001.

регламенте (если таковые имеются) о том, что они не подозреваются в каких-либо правонарушениях в связи с созданием, развитием или управлением какой-либо компании; адреса для направления корреспонденции до момента начала действия зарегистрированного офиса;

– полные имена, местожительства, национальность и иные подробности, характеризующие личность лиц, подписывающих меморандум, включая удостоверения их личности и др. (п. 1 ст. 7 Закона 2013 г.).¹

Меморандум компании должен в числе прочего содержать:

– имя компании с добавлением слов «Limited» в случае создания публичной компании с ограниченной ответственностью или слов «Private Limited» в случае создания частной компании с ограниченной ответственностью.

Слово «Limited» может быть опущено только по особому разрешению Министерства по делам компаний (Ministry of corporate affairs²) при условии некоммерческой цели деятельности компании, такой, например, как развитие искусства, науки, благотворительного дела. Изменение наименования компании допускается при условии последующего одобрения такой перемены со стороны данного Министерства;

– Штат, в котором будет располагаться зарегистрированный офис (registered office) компании. Важность информирования Регистратора о местонахождении зарегистрированного офиса компании объясняется несколькими причинами, в том числе: соображениями, связанными с получением властями Штата налогов, предоставлением работы населению, что важно в условиях возможной массовой безработицы³ и др.;

– цель инкорпорации компании и иные сведения, которые необходимы для обозначения последней; пределы ответствен-

¹ Для сравнения см. порядок создания компаний в Англии, напр., в кн.: *Формы ведения предпринимательской деятельности по законодательству зарубежных государств* / под ред. В.В. Залесского. – М.: Юрист, 2005. – С. 86–93.

² См. по адресу <http://www.mca.gov.in> (дата обращения: 05.01.2014).

³ См., напр.: *Мозолин В.П.* Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 182.

ности участников компании как с ограниченной ответственностью, так и с неограниченной ответственностью.

Раздел о цели инкорпорации, главным образом, – о предмете деятельности компании, предопределяет объем правоспособности компании и те правовые средства, которые компания может использовать для достижения заявленных целей. Особую важность эти положения приобретают в связи с тем, что уже с XIX в. в зарубежных странах наблюдается тенденция к расширению объема правоспособности юридических лиц. Так, на практике принцип специальной правоспособности обходят различными путями. Обычно предмет деятельности, цели юридического лица формулируются в уставе настолько широко, что самые разнообразные виды деятельности, весьма отдаленные от основной цели предприятия, могут быть подведены под уставную. Тем более что в уставах, как правило, оговаривается, что наряду с основными видами деятельности компания вправе заниматься любой иной деятельностью, которая разумно содействует достижению перечисленных в уставе целей¹. Не является эта тенденция чуждой и Индии. Так, компании *Industrial Cables (India) Ltd.*, выпускавшей телефонные кабели, в 1973 г. было разрешено открыть гостиницы для населения²; а также

– указание на то, что:

i) в компаниях с ответственностью, ограниченной стоимостью акций ответственность участников ограничена размером

¹ См., напр.: *Echaiz Moreno D.* Fusiones empresariales, control y libre competencia // Diario Oficial «El Peruano». Lima. – 19 de diciembre del 2000. – P. 28.

² Company Overview of Industrial Cables (India) Ltd. February 02. URL: <http://investing.businessweek.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=21766884> (дата обращения: 01.09.2014).

Такова же, например, международная корпорация *ITT Corporation*, сфера деятельности которой включает такие направления, как промышленное производство, финансы, гостиничный бизнес: в ней представлены группы предприятий по производству продукции для автомобилестроения, работающие в области электронной и оборонной промышленности, а также несколько крупнейших страховых компаний и сеть отелей «Shepton». См.: History of ITT. URL: <http://www.itt.com/about/history> (дата обращения: 03.08.10).

невыплаченной ими стоимости акции, держателем которых являются такие участники, если такая невыплата имеется;

ii) в компаниях с ответственностью, ограниченной твердой суммой ответственность участников ограничена суммой, которую предполагает внести каждый из участников:

а) в имущество компании, находящейся в трудном финансовом положении (*wound-up*) в период его участия в деятельности компании или в течение года после того, как он прекратил такое участие, для цели выплаты долгов и возложения на него иной ответственности, равным образом, если оплата долгов и иные меры ответственности были оговорены с ним (*contracted*) до прекращения участия в компании;

б) в оплату издержек, расходов и пр. компании, находящейся в трудном финансовом положении, связанных с урегулированием прав учредителей компании между собой и т. д. (п. 1 ст. 4).

Когда компания меняет свое местонахождение с одного Штата на другой, требуется изменение меморандума, подтвержденное решением суда.

Внутренний регламент компании должен содержать:

– положения, регулирующие порядок управления в компании (п. 1 ст. 5);

– иные положения, предписанные настоящим Законом. При этом ничто в настоящем разделе не может рассматриваться как направленное на создание препятствий включению во внутренний регламент дополнительных положений, необходимых для управления компанией (п. 2 ст. 5);

– внутренний регламент может содержать положения, направленные на «бронирование»¹ (*entrenchment*) определенных его положений от изменений (п. 3 ст. 5).

По получении всей обозначенной выше документации Регистратор регистрирует ее и выдает сертификат об инкорпорации (*a certificate of incorporation*) в предписанной Законом 2013 г. форме. С этого момента компания считается инкорпорированной согласно положениям настоящего Закона и вправе начать

¹ Обычно имеется в виду требование квалифицированного большинства или особой процедуры для изменения какой-либо нормы.

свою деятельность. Таким образом, сертификат об инкорпорации предопределяет момент образования компании. В этот момент Регистратор выдает компании корпоративный идентификационный номер (corporate identity number – CIN), который свидетельствует о самостоятельности и особой идентичности компании и также включается в сертификат об инкорпорации¹.

Компания, имеющая акционерный капитал (a company having a share capital), не вправе начинать бизнес или осуществлять заем средств (заемный капитал компании находится на особом правовом режиме) до тех пор, пока:

а) директор такой компании не предоставит Регистратору декларацию по установленной форме и установленным образом о том, что каждый из лиц, подписавших меморандум, оплатил согласованную стоимость полагающихся ему акций и что после этого оплаченный капитал компании (paid-up share capital of the company) составляет не менее 500 тыс. рупий для публичных компаний и не менее 100 тыс. рупий для частных компаний на момент подачи такой декларации;

б) компания не предоставит Регистратору подтверждение того, что ею организован зарегистрированный офис (registered office) как это предписывается положениями п. 2 ст. 12 настоящего Закона 2013 г.

Вместе с большим объемом диспозитивных предписаний на стадии создания компании в период ее действия мы можем наблюдать значительное, на наш взгляд, вмешательство государства, поскольку согласно пп. (i) п. 4 ст. 8 Закона 2013 г. компания, зарегистрированная согласно положениям разд. 1 (Sec. 1) не вправе вносить изменения в положения ее меморандума или внутреннего регламента иначе как с предварительного разрешения Центрального Правительства. В этой связи следует отметить, что такая система не является неограниченной возможностью правительства решать произвольно вопрос о том, могут ли быть внесены соответствующие изменения; она лишь сред-

¹ О значении современных электронных средств коммуникации в процессе создания компании см.: Steps to register a new company. URL: <http://www.mca.gov.in/MCA21/RegisterNewComp.html> (дата обращения: 01.09.2014).

ство контролировать надлежащее их внесение. И с этой точки зрения направлена, на наш взгляд, на стабилизацию торгового оборота, устранение правовой неопределенности последствий тех или иных действий участников рынка.

Далее. Акционеры являются собственниками имеющихся у них акций, в свою очередь, имущество компании является собственностью данной компании¹.

Важнейшим имущественным правом акционеров является получение дивиденда, выплачиваемого за счет чистой прибыли. Размер дивидендов зависит от вида и количества акций.

Что касается *типов и видов акций*, то, например, применительно к компаниям с ответственностью, ограниченной стоимостью акций, согласно ст. 43 Закона 2013 г. их капитал надлежит формировать из двух видов акций (shares of two kinds):

а) *обыкновенных* (equity share capital):

i) дающих право голоса (with voting rights);

ii) дающих различные права в отношении дивиденда, права голоса или иные права в соответствии с правилами, которые могут быть установлены на этот счет (with differential rights as to dividend, voting, etc.);

б) *привилегированных* (preference share capital).

Привилегированными считаются акции компании, являющиеся частью выпущенного капитала компании (issued share capital of the company), дающие их держателю привилегии относительно:

а) выплаты дивиденда – в виде определенной (фиксированной – a fixed amount) или определенной (an amount calculated at a fixed rate) суммы, которая может либо облагаться, либо не облагаться подоходным налогом;

б) выплаты ликвидационной доли (winding up or repayment of capital) – в виде определенной (any fixed premium) или определенной в меморандуме или внутреннем регламенте суммы (premium on any fixed scale, specified in the memorandum or articles) от размера оплаченного капитала (или того, который

¹ Решение Верховного суда Индии по делу *Mrs. Bacha F. Gudzar v. The Commissioner of Income – Tax, Bombay*. URL: <http://judis.nic.in/supremecourt/disppdfjud.asp> (дата обращения: 24.02.2013).

предполагался оплаченным – вне зависимости от того оплачен он фактически или нет – пп. ii п. b) ст. 43 Закона 2013 г.).

Согласно закону 1956 г. В.П. Мозолин выделял также следующие разновидности (типы) привилегированных акций: кумулятивные и некумулятивные. «Кумулятивные акции дают право на получение дивидендов и за те годы, в которые компания не имела прибыли», – писал он¹; некумулятивные подобно-го права не подразумевают. Согласно Закону 1956 г. типы привилегированных акций компании определялись в меморандуме. Закон 2013 г. предусматривает также, например, «*sweat equity shares*», являющиеся обыкновенными акциями, выпускаемыми компанией для ее директоров или работников и предлагаемыми им по сниженной стоимости (at a discount) или в качестве встречного удовлетворения (for consideration), иного, чем наличные, за предоставляемые ими ноу-хау или права на объекты интеллектуальной собственности или прирост основного капитала (независимо от наименования последних – п. 88 ст. 2 Закона 2013 г.). По нашему мнению, такие ценные бумаги напоминают «учредительские акции» и «пользовательские акции», известные правопорядкам европейских стран², а также бонусы участия (bonos de participación para el personal) пользовательские бонусы (bonos de goce), известные правопорядкам латиноамериканских стран³.

Таким образом, к числу прав акционеров относятся: право на получение дивидендов – при этом львиная доля прибыли в виде возрастающих дивидендов течет в карман собственников обыкновенных акций, тогда как собственники привилегированных акций имеют право на получение привилегированных дивидендов; на получение уплаченной стоимости акций при ликвидации компании после удовлетворения требований кредиторов – при этом собственники привилегированных акций опять-

¹ Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 185.

² См.: Гражданское и торговое право капиталистических стран / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 75, 76.

³ См.: Беликова К.М. Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 224–226.

таки имеют право на первоочередной возврат; право на участие в управлении компанией, выражающееся в праве голоса («voting right»), состоящем в возможности акционера голосовать на любом собрании компании очно или посредством почтового сообщения (by means of postal ballot – п. 93 ст. 2, ст. 50–56 Закона 2013 г.) и др.

Кроме того, компания вправе выпускать облигации (п. 81 ст. 2 Закона 2013 г., securities, в том числе bonds, debentures, debenture stock), устанавливающие наличие долга компании и обязанность периодической выплаты процентов ее держателю согласно положениям п. (h) ст. 2 Закона о ценных бумагах 1965 г. Securities Contracts (Regulation) Act, 1956) и деривативы (п. 33 Закона 2013 г., п. (ac) ст. 2 Закона 1956 г.)¹. Правовое положение облигационеров отличается от положения акционеров, в частности, тем, что облигационеры не обладают правом голоса на общих собраниях, но вправе при невыплате им процентов ставить вопрос о несостоятельности компании.

Важнейшим нововведением в Закона о компаниях 2013 г. является право акционеров на подачу *коллективных исков против управленцев*. Такие иски акционеры могут подавать в Национальный трибунал по делам компаний (National Company Law Tribunal), где процесс проходит намного быстрее, чем в судах². На наш взгляд, внедрение коллективных исков имеет огромное значение, особенно для миноритарных акционеров – держателей голосующих акций.

Как уже отмечалось, права акционеров тесно связаны с *управлением компанией*. Так, согласно Закону 1956 г. управление осуществлялось двумя основными органами: общим собранием акционеров и советом директоров. Однако Закон 1956 г. не отдавал приоритет ни одному из этих органов управления, нарушая традицию, сложившуюся (хотя бы формально) в зна-

¹ Подробнее о различиях акций и облигаций в Индии см.: *Мозолин В.П.* Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 184–190.

² См., напр.: *Malik Aman.* New company law finally approved. Aug 09 2013. URL: <http://www.livemint.com/politics/9AbwwdbxYBhvyOoI8WEy5H/Companies-Bill-passed-by-Rajya-Sabha.html> (дата обращения: 01.09.2014).

чительном числе зарубежных стран¹. Совет директоров был вправе осуществлять все права и совершать все действия, необходимые для функционирования компании; вопросы, отнесенные законом и меморандумом к исключительной компетенции общего собрания акционеров, не могли рассматриваться советом директоров (ст. 291). Обратный принцип действовал в отношении общего собрания акционеров. Контроль за деятельностью компании осуществляли избираемые общим собранием акционеров ревизоры компании. Кроме того, в определенных сферах право контроля принадлежало и государству.

В целом подход к определению компетенции общего собрания акционеров таков: акционеры вправе избрать и переизбрать директоров компании, ревизоров, объявлять о выплате дивидендов, рассматривать отчеты о состоянии финансовой деятельности компании (ст. 102 Закона 2013 г. и др.).

Согласно и Закону 1956 г., и Закону 2013 г. участники компании – собственники обыкновенных акций должны были принимать участие в общих собраниях акционеров. При этом различаются следующие виды общих собраний: статутные, ежегодные (annual general meeting – ст. 42, 44 и др.) и экстраординарные (extraordinary general meeting – ст. 42, 43 и др.). *Статутное собрание* – это первое собрание, проводимое после образования компании. *Годовые общие собрания* созывались правлением раз в год; *экстраординарные*, – по инициативе правления; акционеров, обладающих не менее 10% акций оплаченного уставного капитала; по решению государства в лице его уполномоченных органов для разрешения вопросов, не терпящих отлагательства.

Кворум для принятия решений в публичных компаниях по прежнему закону – присутствие не менее пяти акционеров, в

¹ См., напр.: *Беликова К.М.* Некоторые проблемы защиты прав акционеров в «группах предприятий» в странах Латинской Америки // *Право и политика.* – 2011. – № 11 (143). – С. 1947–1955; *Она же.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 157–161, 181–236 (480 с.); *Она же.* Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединении в праве стран МЕРКОСУР // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.* – 2009. – Вып. 2. – № 17. – С. 47–55.

частных – двух. По новому Закону кворум распределяется следующим образом: если число акционеров составляет не более 1 тыс. участников – 5 акционеров; от 1 тыс. до 5 тыс. – 15 акционеров; более 5 тыс. – 30 акционеров. Для частной компании прежнее предписание остается в силе – 2 участника – ст. 103 Закона 2013 г.).

Для принятия обычной резолюции (ordinary resolution) ранее достаточно было простого большинства голосов акционеров; при принятии специальной (special resolution) – квалифицированного большинства, равного $\frac{3}{4}$ голосов¹. Специальные резолюции принимались по особо важным вопросам, например, по вопросу об объявлении и выплате дивидендов и др.

В каждой компании должен создаваться *Совет директоров* (Board of Directors) из числа физических лиц (ст. 149 Закона 2013 г.) в составе: минимум 3 директоров в публичной компании, 2 директоров в частной компании и 1 директора в компании одного лица при максимуме в 15 директоров. Более 15 директоров может быть назначено на основании специальной резолюции. При этом минимум одним из директоров должна быть женщина (п. (a), (b) ст. 149). Директор считается назначенным с момента получения им так называемого идентификационного номера директора (director identity number – DIN). Функции Совета директоров заключаются в определении общей политики компании. Так, согласно положениям ст. 179, Совету директоров компании надлежит быть уполномоченным на осуществление всех таких полномочий (to exercise all such powers) и совершение всех таких деяний (to do all such acts and things), которые разрешены компании при условии, что Совет директоров не будет осуществлять никаких полномочий и совершать действий, относимых в компетенции общего собрания акционеров, в том числе:

- 1) созывать акционеров для выплаты причитающихся им дивидендов,
- 2) выпускать ценные бумаги, включая облигации, в Индии или за ее пределами,
- 3) диверсифицировать бизнес компании и пр.

¹ См.: Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 191.

При этом директора несут личную ответственность за все решения, принятые Правлением.

Согласно Закону 1956 г. один тот же человек мог выполнять функции директора максимум только в 20 компаниях. Директорами компании, как правило, выступали «лица, представляющие определенные финансовые группы, банки и лица, имеющие связи в государственном аппарате»¹. Кроме того, треть директоров от общего числа членов избиралось без указания срока их деятельности. Срок полномочий остальных директоров должен был быть определен в меморандуме. В качестве одного из требований, предъявляемых к кандидатам, выступал факт обладания акциями, общая стоимость которых не должна превышать 5 тыс. рупий. Подобное положение обычно закреплялось во внутренних регламентах.

Закон 2013 г. ввел более строгие правила, касающиеся квалификации директоров. Теперь треть Совета директоров компании должны быть независимой, то есть не должна иметь какую-либо финансовую заинтересованность в деятельности компании. Такие директора могут находиться на службе не более двух последовательных пятилетних сроков. Данное положение, на наш взгляд, играет огромную роль в плане решения проблемы с заинтересованностью, влекущей за собой возможные мошенничества и нечестное управление, однако, с другой стороны, директор, зная, что покинет свой пост через определенное время, наоборот заинтересован в быстрой наживе.

В соответствии и с предыдущим, и с нынешним Законом к исключительной компетенции Совета директоров относятся вопросы, связанные с выпуском акций, получением и предоставлением займов, инвестированием капитала, назначением директоров.

По отдельным вопросам – распоряжения имуществом компании, пожертвований на сумму свыше 25 тыс. рупий, реорганизации и ликвидации, – согласно ранее действовавшему Закону требовалось последующее одобрение общего собрания акционеров, что служило одним из элементов системы «сдержек и противовесов», практикуемой при управлении акционерными

¹ Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 194.

обществами в зарубежных странах¹. Закон 2013 г. продолжает эту линию, вводя новые ограничения в полномочия Совета директоров. Так, Правление, например, теперь не вправе продавать, сдавать в аренду или иным образом распоряжаться имуществом предприятия не иначе как в соответствии со специальной резолюцией общего собрания акционеров.

Согласно Закону 1956 г. Директора имели право вознаграждения за свою работу. Общая сумма вознаграждений не должна была превышать 11% ежегодной чистой прибыли компании. Согласно Закону 2013 г. вознаграждение директоров утверждается на общем собрании акционеров.

Текущее руководство компанией осуществлялось специально назначаемыми Советом директоров *Управляющими директорами* или *Управляющими* (managing directors or managers). В случае первого назначения требовалось одобрение Комитета по делам компаний. Управляющий в своей деятельности целиком подотчетен Совету директоров. Закон 2013 г. предусматривает, что *Управляющий директор* – это директор, который на основании положений внутреннего регламента или соглашения с компанией либо резолюции общего собрания акционеров или Совета директоров наиболее полным образом уполномочен управлять делами компании (entrusted with substantial powers of management of the affairs of the company – п. 54 ст. 2 Закона 2013 г.); *Управляющий* – это физическое лицо, которое под надзором, контролем или руководством Совета директоров осуществляет управление всеми или практически всеми делами компании (has the management to the whole, or substantially the whole, of the affairs of a company – п. 53 ст. 2 Закона 2013 г.).

Финансовое состояние компании должно регулярно подвергаться проверкам аудиторов, в отношении которых установлен принцип обязательной ротации, а в отношении лиц, отвечающих за финансы компании, установлена ответственность за отражение правдивого, достоверного и пр. содержания финансовой отчетности.

¹ См., напр.: Акционерное право Европейского Союза: Программа курса и Учебно-методический комплекс к семинарским занятиям и индивидуальной работе по курсу / сост. К.М. Беликова. – М.: РУДН, 2011. – 40 с.

Реорганизация компаний по Закону 1956 г. была возможна путем преобразования и объединения. При преобразовании происходило передача всех прав и обязанностей, имущества одной компании другой, образуемой на ее основе компании. Объединение происходило либо путем слияния, либо путем присоединения. При слиянии несколько компаний образовывали одну новую компанию, а при присоединении – поглощение одной компании другой компанией. Решение о реорганизации должно было быть одобрено акционерами, сосредоточившими в своих руках не менее $\frac{9}{10}$ уставного капитала. Только в таком случае был возможен принудительный выкуп акций несогласного меньшинства компанией, приобретающей акции. На приобретение таким образом акций публичной компании необходимо было разрешение Комитета по праву компаний¹.

Что касается нового законодательного регулирования, Закон 2013 г. выделяет *следующие формы реорганизации*: слияние (merger), присоединений (amalgamation) и преобразование (reconstruction – п. 3 ст. 179, 180, 232 и др. Закона 2013 г.).

При слиянии и присоединении – все имущество сливающихся компаний или часть имущества присоединяемой компании, включая имущественные права (обязательства), переходят к вновь созданной компании.

При этом с учетом положений ст. 230 и 232 Закона 2013 г. также допустимы при соблюдении иных требований, установленных положениями ст. 233, слияние и присоединение двух и более мелких компаний (small companies) или холдинговых компаний между собой и с их полностью подчиненными им дочерними компаниями (wholly-owned subsidiary company).

Преобразование чаще всего происходит в форме продажи акций, бизнеса и предприятий, путем реформирования капитала и продажи имущества с роспуском самой компании². В случае продажи бизнеса и предприятия к новой или уже су-

¹ Подробнее см.: Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 200–202.

² Kumar R. Corporate Restructuring in India. Feb. 16, 2013. URL: <http://taxguru.in/corporate-law/corporate-restructuring-india.html> (дата обращения: 24.03.2013).

существующей компании переходят все права и обязанности, после чего старая компания прекращает свое существование. При реформировании капитала изменяются взаимоотношения между различными категориями акций и их стоимости и др.

Ранее действовавший закон 1956 г. предусматривал два способа *ликвидации компаний*: принудительную ликвидацию по решению суда (winding up by the Tribunal) и добровольную ликвидацию (voluntary winding up) по решению участников или акционеров (ст. 270).

Основания для принудительной ликвидации согласно Закону 1956 г. заключались в непроведении первого статутного собрания акционеров; отсутствии начала деятельности компании в течение года со дня ее учреждения; сокращении числа акционеров в публичной компании ниже 7, в частной – ниже 2; неспособности оплачивать долги. Акционеры (на основании специальной резолюции) и кредиторы были вправе обратиться в суд для проведения принудительной ликвидации компании.

По закону 2013 г. *основаниями для принудительной ликвидации компании* служит: невозможность оплачивать свои долги; решение в специальной резолюции о ликвидации по решению суда; осуществление компанией деятельности вопреки интересам суверенитета и целостности Республики Индия, безопасности штата, дружественных отношений с иностранными государствами, общественного порядка и морали; в случае занятия компанией мошенничеством и незаконной деятельностью; предоставление некорректной финансовой документации или ежегодного отчета в регистрирующий орган и др. (ст. 271 Закона 2013 г.).

Добровольная ликвидация в соответствии с прежним законом осуществлялась на основании решения общего собрания его участников (акционеров). По инициативе акционеров ликвидация проводилась лишь в отношении платежеспособной компании. Назначался ликвидатор общим собранием, к которому переходили все права по управлению делами и имуществом компании. Кроме того, на собрании кредиторов компании могло быть принято решение о ее ликвидации, если же сама компания не возражала против роспуска. Ликвидаторы назначались совместно кредиторами и акционерами. В первую очередь лик-

ликвидатор определял активы и пассивы компании, достаточность имущества для удовлетворения требований кредиторов. Для этого ликвидатор получал дебиторскую задолженность. После этого ликвидатор распределял имущество компании между кредиторами в порядке очередности. Прежде всего, покрывались все расходы, связанные с ликвидацией, оплатой налогов, выплатой заработной платы рабочим, обязательными страховыми взносами, платежами по возмещению производственных увечий рабочим и служащим. Только после этого осуществлялось погашение долгов кредиторам. Оставшееся имущество распределялось между участниками¹.

Согласно Закону 2013 г., решение о ликвидации принимается на общем собрании участников в случае истечения срока деятельности компании или наступления определенного события, указанного в законе. Согласно ст. 273 этого Закона, Трибунал по делам компаний вправе в течение 90 дней с момента подачи заявления кредитора начать процедуру ликвидации компании, не способной удовлетворить требования кредиторов. Компания-должник может в течение 30–60 дней предоставить документы, подтверждающие ее платежеспособность, а иначе компания теряет право выступать против проведения ликвидации.

Основной причиной, способствующей внесению таких изменений, послужила необходимость в ускорении процесса ликвидации, поскольку, как отмечают исследователи², длительность ликвидационных процедур в Индии предопределяется моментом полного удовлетворения требования кредиторов, а это могло занимать в среднем до 4,3 лет. В то время как в странах Южной Азии процесс ликвидации длится в среднем 3 года, а в развитых странах – 1,7 года.

¹ *Lubinisha Saha, Rohit Kumar*. The Concept of Liquidation/Winding Up in India // *International Corporate Rescue*. – 2006. – Vol. 6. – Is. 6. URL: <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=64> (дата обращения: 04.02.2014); *Мозолин В.П.* Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 202–204.

² *Lahiri Tripti, McLain Sean*. New Corporate Law, What You Need to Know // *The Wall Street Journal*. – India. – August 12, 2013. URL: <http://blogs.wsj.com/indiarealtime/2013/08/12/new-corporate-law-what-you-need-to-know> (дата обращения: 05.09.2013).

Что касается общей направленности введенных новым законом преобразований, отметим, что законодатель теперь также устанавливает основы корпоративной социальной культуры для компаний, которая реализовывается посредством введения «корпоративной социальной ответственности» (corporate social responsibility). Так, компании с чистой прибылью в размере 50 млн рупий в финансовом году и более должны, как указывалось выше, выделять 2% от этой прибыли на различные программы социального характера (ст. 135 Закона 2013 г.). С другой стороны, как отмечает Кристофер Кришнамурти, член партнерства *Majmudar & Partners*, – «детальный анализ норм нового закона позволяет выявить лазейки, которые позволяют компании не выплачивать 2% от чистой прибыли на социальные программы»¹.

В Китае по данным на 2008 г. компании составляли довольно значительную часть – 66,03% – предприятий². Под компанией понимается «предприятие со статусом юридического лица, которое имеет собственное имущество и пользуется имущественными правами в отношении данного имущества» (ст. 3 Закона о компаниях КНР 1993 г.).

Как уже отмечалось выше, Закон КНР «О компаниях» 1993 г. (в ред. 2013 г.) устанавливает следующие формы компаний, которые могут быть созданы на территории КНР: компании с ограниченной ответственностью (limited liability companies – LLC) и компании с ответственностью, ограниченной стоимостью акций (companies limited by shares – Ltd. by shares).

Участники компании с ограниченной ответственностью несут ответственность в пределах внесенного вклада, а акцио-

¹ *Amrutha Gayathri*. India's New Companies Bill Expected to Boost Mergers with Foreign Firms, Mandates Social Welfare Spending. – August 13 2013. URL: <http://www.ibtimes.com/indias-new-companies-bill-expected-boost-mergers-foreign-firms-mandates-social-welfare-spending> (дата обращения: 21.09.2013).

² *Галихайдоров Е.В.* Сравнительно-правовое исследование коммерческих организации в КНР и России // Современное право. – 2010. – № 6. – С. 133.

неры компании с ответственностью, ограниченной стоимостью акций – в пределах стоимости акции (ст. 3 Закона КНР 1993 г.). Они имеют право на получение дивиденда, участие в принятии решений компании и выбор ее органов управления (ст. 4 Закона 1993 г.). Фирменное наименование LLC должно включать в себя слова «limited liability company» или «company limited»; фирменное наименование Ltd. by shares – слова «company limited by shares» или «joint stock company» (ст. 8 Закона 1993 г.). Если эти компании решат преобразоваться из одной в другую, они должны соответствовать требованиям, предъявляемым Законом 1993 г. к такой компании, в которую они хотят преобразоваться. При этом компания, преобразовавшаяся в новую организационно-правовую форму, становится универсальным правопреемником преобразуемой компании (ст. 9 Закона 1993 г.).

Согласно предыдущей редакции Закона, устанавливался следующий минимальный размер уставного капитала: для LLC с более чем одним участником – 30 тыс. юаней; для LLC с одним участником – 100 тыс. юаней; для компании, обозначавшейся в предыдущей редакции как *joint stock limited company* – не менее 5 млн юаней (ст. 26 и др. Закона 1993 г.). В настоящее время ст. 26 и 80 Закона 1993 г. гласят, что, когда законом административным актом или решением Государственного совета предписывается определенный размер оплаченного зарегистрированного капитала, отличающийся от установленного минимального зарегистрированного капитала LLC или Ltd. by shares, размер оплаченного капитала является превалирующим. При этом Закон 1993 г. в ред. 2005 г. обязывал компанию на момент регистрации оплатить не менее 20% уставного капитала. Остальная часть капитала должны была быть внесена в течение 2 лет после создания компании (ст. 26, 81 Закона КНР 1993 г. в ред. 2005 г.). Предписаний о необходимом минимуме, который должен быть внесен до регистрации, Закон в редакции 2013 г. не содержит.

Устав (articles of association) является учредительным документом компании (ст. 11 Закона). Согласно положениями ст. 25 Закона 1993 г. устав LLC должен содержать: сведения о наименовании (оно должно включать в себя собственно наименование и указание на организационно-правовую форму компании) и месте нахождения компании, сфере хозяйственной дея-

тельности, размере зарегистрированного капитала, об участниках компании (их имена/наименования и место жительства (нахождения), способе, размере и времени внесения участником вклада в капитал компании, компетенции органов управления и др., законном представителе компании и иных сведениях, необходимость установления которых признается общим собранием участников. Участники компании подписывают устав и заверяют печатями. Для компаний, ответственность в которых ограничена стоимостью акций, закон устанавливает помимо вышеприведенного списка положений, внесение также сведений о способе создания такой компании (путем подписки на акции учредителей компании («establishment by means of promotion») и путем открытой подписки, когда учредители компании подписываются на часть акций, тогда как их основная масса предлагается к публичной подписке или специальным субъектам, напр., крупным банкам и пр. («establishment by means of share-offer») – ст. 77 Закона 1993 г. в ред. 2013 г.); об общем количестве акций компании, стоимости каждой акции и размере зарегистрированного капитала; составе совета директоров (board of directors) и ревизионной комиссии (board of supervisors), их компетенции и процедуре принятия им решений; способе распределения прибыли компании и др. (ст. 81 Закона 1993 г.).

В качестве вкладов участников могли выступать деньги: китайский законодатель также четко устанавливал, что оплата не менее 30% уставного капитала должна была быть произведена денежными средствами, а также материальные ценности, права интеллектуальной собственности, права пользования землей и иные виды имущества в неденежной форме, которое могло быть оценено в денежной форме и согласно закону передано хозяйственным обществам. Однако в отношении имущества, переданного в данном случае, следовало проводить оценку его стоимости (ст. 27 Закона КНР 1993 г. в ред. 2005 г.). Теперь также допускается внесение как денег, так и неденежных взносов, которые могут быть оценены в деньгах: физических объектов, объектов интеллектуальной собственности, прав на землю за исключением такой собственности, которая не может быть внесена в капитал компании согласно закону или административным актам. Денежная оценка таких взносов должна стро-

го проверяться, пере- или недооценка не допускается. Если законом или административными актами устанавливаются методики и правила оценки, они подлежат применению (ст. 27 и 82 Закона 1993 г. в ред. 2013 г. – далее Закона 1993 г.). При этом закон закрепляет положение, согласно которому в компаниях с ответственностью, ограниченной стоимостью акций, создаваемых путем публичной подписки на акции (established by means of share offer), учредители должны подписаться на не менее чем 35% акций, если иные предписания не содержатся в законах и административных актах (ст. 84 Закона 1993 г.). В этом случае также должен составляться проспект эмиссии акций, который должен включать в себя в том числе: обозначение цели, для достижения которой делается эмиссия, права и обязанности подписчиков и т. д. (ст. 85, 86 Закона 1993 г.). Действия, совершение которых предписывается согласно закону компании, начавшей публичную подписку на акции, обозначены в ст. 87–91 Закона 1993 г.

При создании компании любого вида необходимо в установленном законодательством порядке обратиться в орган регистрации компаний с заявлением о регистрации. При условии соблюдения положений Закона 1993 г. орган регистрации компаний производит регистрацию компании в качестве одной из разрешенных разновидностей компаний; если положения этого Закона не соблюдены – регистрация не производится. Если на деятельность компании необходимо разрешение (approval), его необходимо получить до регистрации компании (ст. 6).

Ранее ст. 11 Закона 1993 г. устанавливала обязанность прохождения до регистрации проверки созданной согласно закону структурой подтверждения внесения вкладов участниками. После этой проверки представитель компании или агент, избранный всеми участниками, обращался с заявлением о регистрации в регистрирующий орган, предоставляя в него свидетельство о проверке внесения вкладов и иные необходимые для регистрации документы. Теперь, в редакции 2013 г., эту процедуру отменили.

Сфера хозяйственной деятельности компании должна быть отражена в уставе и зарегистрирована в установленном законодательством порядке. Компания может внести изменения в устав и изменить сферу хозяйственной деятельности, зарегистрировав внесенные изменения. пройдя при этом процедуру внесе-

ния изменений в регистрационные данные. В случае, если сфера хозяйственной деятельности компании в соответствии с законами и административными актами относится к той, на занятие которой необходимо разрешение (approval), его необходимо получить (ст. 12 Закона 1993 г.).

Регистрирующий орган (registration authority) выдает компаниям, созданным в установленном законодательством порядке, Свидетельство о праве хозяйственной деятельности (business license). Дата выдачи компании Свидетельства о праве хозяйственной деятельности является датой создания компании.

Свидетельство о праве хозяйственной деятельности должно содержать сведения о наименовании компании, местонахождении, уставном капитале, фактически оплаченном капитале, сфере хозяйственной деятельности, а также имя и фамилию законного представителя.

Если в сведениях, содержащихся в Свидетельстве о праве хозяйственной деятельности, происходят изменения, компания должна в установленном законом порядке пройти в органе регистрации компаний процедуру регистрации изменений в сведения и процедуру замены Свидетельства о праве ведения хозяйственной деятельности (ст. 7 Закона 1993 г.).

Кроме того, в предыдущей редакции на Совете директоров, который по закону представлял *joint stock limited company* (ст. 13 Закона 1993 г.), лежала обязанность по регистрации компании, в силу которой он был обязан по истечении 30 дней со дня проведения учредительного собрания направить в орган регистрации соответствующий перечень документов, включающий устав компании и свидетельство подтверждения проверки внесения капитала. При публичном размещении акций необходимо было также предоставить «утверждающие документы, выдаваемые ведомством по контролю над ценными бумагами при Государственном Совете КНР»¹. В настоящее время

¹ Мещерякова А.А. Особенности правового положения юридических лиц России, Китая и Монголии // Мат-лы Международной научно-практической конференции «Трансграничье в изменяющемся мире: Россия–Китай–Монголия (политика, экономика, право, культура, экология, образование)» (18 октября 2006 г.). – Чита, 2006. – С. 119, 120.

это положение также не нашло отражения в новой редакции закона.

Количество участников (пайщиков) компании с ограниченной ответственностью не должно превышать 50 (такое же правило относительно количества участников существует в действующем российском законодательстве в отношении ООО), что касается компании с ответственностью, ограниченной стоимостью акций, то она создается не менее чем 2 и не более чем 200 учредителями, причем более половины учредителей должны иметь постоянное место жительства/нахождения (domicile) на территории КНР (ст. 24, 78 Закона КНР 1993 г.).

В соответствии с уставом компании также вправе создавать филиалы (branches) и дочерние компании (subsidiaries). Филиалы не являются юридическими лицами, и материнская компания несет ответственность за действия своих филиалов. В свою очередь, дочерние компании обладают статусом юридического лица и самостоятельно отвечают по своим обязательствам (ст. 14 Закона 1993 г.).

Поскольку в КНР, как отмечалось выше, идеи социализма внедрены во все виды правоотношений, включая и гражданско-правовые, в компаниях должна быть создана организация Коммунистической партии Китая и разворачиваться партийная деятельность. При этом компании обязаны обеспечивать необходимые условия для деятельности КПК (ст. 19 Закона КНР 1993 г.).

То же касается и деятельности профсоюзной организации на предприятиях КНР. Согласно ст. 18 Закона 1993 г. работники компании в соответствии с Законом КНР «О профсоюзах» создают профсоюзную организацию, занимаются профсоюзной деятельностью, защищают свои законные права и интересы. Компания должна обеспечить профсоюзам условия для их деятельности.

Профсоюзу компании согласно новым изменениям в Закон о компаниях 1993 г. надлежит, согласно закону, заключать от имени работников коллективные договоры с компанией по таким вопросам как оплата труда, рабочее время, безопасность труда и охрана здоровья работников, социальное обеспечение и страхование работников.

Компания также должна проводить в жизнь идеи демократического управления посредством общего собрания представителей трудового коллектива (employees' representative congress) или иным образом согласно положениям Конституции и соответствующих законов.

В этой связи стоит отметить, что преобладающее в литературе мнение, в известной мере базирующееся на законодательстве, заключается в том, что профсоюзы осуществляют, прежде всего, и главным образом, защитные функции, используя для этих целей коллективные переговоры и стачки, тогда как инструментом соучастия работников в управлении выступают, по преимуществу, органы представительства коллективов предприятий, избираемые всеми работниками независимо от профсоюзного членства. Они налаживают сотрудничество с администрацией, действуя на предприятиях наряду с профсоюзами¹. Рассматривая полномочия профсоюзов в Китае, однако, можно сделать вывод о том, что их роль не столько односторонняя, поскольку они участвуют в рассмотрении и решении компанией вопросов о реорганизации и важным вопросам хозяйственной деятельности, выработки важнейших правил внутреннего распорядка. По обозначенным вопросам Закон 1993 г. устанавливает обязанность остальных органов управления заслушивать мнения профсоюза компании, а также мнения и предложения работников посредством общего собрания представителей трудового коллектива или иных форм их участия в решении этих вопросов (ст. 18). Одной из таких форм участия, как мы увидим ниже, является привлечение представителей трудового коллектива к участию в совете директоров компании.

Управление в компаниях с ограниченной ответственностью (разд. 2 гл. II Закона 1993 г.) и компаниях с ответственностью, ограниченной стоимостью акций (разд. 2–4 гл. IV Закона 1993 г.)

¹ *Киселев И.Я.* Зарубежное трудовое право: учебник для вузов. – М.: НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000. – С. 142, 143; *Vida Soria José.* Acción sindical en la empresa // Diálogos sobre la empresa. – 1972. – P. 164; *Беликова К.М.* Защита прав работников предприятий, входящих в группу, в странах Латинской Америки // Законодательство. – 2011. – № 9. – С. 75–80.

при наличии ряда сходств в общих чертах имеет и некоторые особенности. Так, в LLC главный орган управления – собрание пайщиков (board of shareholders – ст. 36–43 Закона 1993 г.) а в Ltd. by shares это общее собрание акционеров (general meeting – ст. 98–107 того же закона). Предусматривается наличие совета директоров (исполнительного органа – board of directors, – в составе от 3 до 13 членов в LLC – ст. 44–48 Закона 1993 г. и от 5 до 19 членов в Ltd. by shares – ст. 108–116 того же закона). В LLC может, а в Ltd. by shares должен создаваться единоличный исполнительный орган – управляющий (подотчетный совету директоров, – manager – ст. 49 и 113 Закона 1993 г.), в LLC со сравнительно небольшим числом участников вместо коллегиального исполнительного органа может действовать один исполнительный директор (executive director – ст. 50 Закона 1993 г.). Также необходимо наличие в обеих разновидностях компаний ревизионной комиссии (board of supervisors в составе не менее 3 членов, а при сравнительно небольшой численности LLC – 1 или 2 члена, при этом директора и высшие должностные лица компании (senior officers) не могут быть ревизорами (ст. 51–56; 117–119 Закона 1993 г.).

Пайщики (акционеры) обеих разновидностей компаний обладают правом на получение дивиденда (пропорционально размеру вноса в капитал компании – напр., ст. 34 Закона 1993 г.), участие в управлении компанией, в том числе на участие в выборах руководителей компании (ст. 4 Закона 1993 г.). После того как компания создана пайщики не могут забрать свой взнос (напр., ст. 35 Закона 1993 г.). Собрание участников (пайщиков/акционеров) компаний состоит из всех участников (напр., ст. 36 Закона 1993 г.). Право голоса реализуется участниками общего собрания пропорционально размеру их взносов в капитал компании, если иное не установлено ее уставом (ст. 42 Закона 1993 г.).

В компаниях с ограниченной ответственностью собрание участников определяет основные направления деятельности и утверждает инвестиционный план компании; избирает исполнительные органы и ревизоров, кроме тех, которые назначаются из числа рабочих и служащих компании, решает вопрос вознаграждения исполнительных органов и ревизоров; рассматривает и утверждает отчеты совета директоров и ревизионной комис-

сии или ревизоров; рассматривает и утверждает проект ежегодного финансового плана компании и итогового (годового) отчета о деятельности компании и проект распределения прибыли и покрытия убытков; решает вопрос о выпуске корпоративных ценных бумаг; принимает решения об увеличении или уменьшении размера зарегистрированного капитала, о внесении изменений в устав, о слиянии, разделении, изменении организационно-правовой формы компании, о внесении изменений в устав компании и др. (ст. 37 Закона 1993 г.).

Собрания подразделяются на внеочередные и очередные. Периодичность созыва очередного собрания устанавливаются уставом. Инициаторами проведения внеочередного собрания могут выступать $\frac{1}{3}$ членов совета директоров, ревизионной комиссии (в ее отсутствие – ревизоров) и участники, обладающими 10 и более процентами голосов (ст. 39 Закона 1993 г.). В предыдущей редакции этой же статьи предусматривалось также, что по вопросам увеличения или уменьшения уставного капитала, слияния, раздела и прекращения компании решения должны приниматься участниками, представляющими не менее $\frac{2}{3}$ голосов¹.

Срок полномочий *совета директоров* устанавливается уставом, но не может превышать трех лет. В LLC, в которой имеются инвестиции государства или которая создана двумя или более государственными предприятиями либо двумя или более предприятиями с участием государства, совет директоров должен включать представителей работников компании (staff and workers). В остальных LLC такое участие возможно, но не обязательно. Такие представители работников должны избираться на демократической основе самими работниками на общем собрании/конгрессе представителей трудового коллектива или иным образом (ст. 44 Закона 1993 г.). Так же, как и в других рассматриваемых странах, совет директоров подотчетен собранию участников (ст. 46 Закона 1993 г.). Он правомочен созывать общее собрание пайщиков (general meeting) и предостав-

¹ Подробнее об этом см.: *Sonja Oppper, Sonia M.L. Wong, Ruyin Hu. The power structure in China's listed companies: the company law and its enforcement.* URL: http://www.hiebs.hku.hk/working_paper_updates/pdf/wp1039.pdf (дата обращения: 03.03.2013).

лять отчет совету пайщиков (board of shareholders); проводить в жизнь решения общего собрания пайщиков, назначать управляющего (как и в Индии) и, по его рекомендации его заместителя (-ей) и лицо (лица), отвечающих за решение финансовых вопросов деятельности компании, определять их вознаграждение и др. (ст. 46 Закона 1993 г.).

В Китае существуют и свои ограничения в отношении лиц, которые могут становиться членами совета директоров и акционерами компаний. Так, директорами и акционерами LLC могут быть только граждане континентального Китая (исключаются, таким образом, жители Гонконга, Макао, Тайваня и китайцы, имеющие гражданство других государств)¹.

Относительно *ревизионной комиссии (ревизоров)* в дополнение к сказанному добавим, что срок полномочий ревизора составляет 3 года, возможно повторное избрание на непосредственно следующий срок. Ревизионная комиссия должна включать в себя представителей пайщиков компании и, в соответствующей пропорции (appropriate ratio), представителей трудового коллектива компании; при этом количество представителей трудового коллектива компании не должно быть менее $\frac{1}{3}$ от числа членов ревизионной комиссии. Порядок избрания этих членов комиссии аналогичен порядку избрания работников в совет директоров (ст. 51, 52 Закона 1993 г.). Комиссия правомочна проводить проверку финансового состояния компании; осуществлять надзор и контроль за выполнением директорами и высшими служащими компании своих обязанностей и рекомендовать смещение с должности тех из них, кто действует в нарушение закона, административных актов, устава компании или решений общих собраний пайщиков; когда действия указанных лиц вредят компании, требовать от них устранения последствий своих действий и т. д. (ст. 53 Закона 1993 г.).

Пайщик LLC вправе уступить свою долю в капитале (equity interests) компании иному, чем другой пайщик компании, лицу. Для этого ему необходимо согласие более половины пайщиков компании. Такой пайщик должен уведомить остальных о желании уступить свою долю третьему лицу в письмен-

¹ Мещерякова А.А. Цит. соч.

ном виде. Если в течение 30 дней с даты получения такого письменного уведомления пайщики не ответят, их молчание считается согласием на уступку доли. Если более половины пайщиков выразили несогласие с уступкой доли, они должны купить указанную долю. Если они ее не покупают, отказ купить считается согласием на уступку третьему лицу. Если пайщики выражают согласие на уступку доли, все они при прочих равных условиях пользуются правом ее преимущественной покупки (the priority purchase right for the equity interests). Если желание реализовать такое право высказали 2 и более пайщиков, соотношение покупаемых частей доли определяется по результатам консультаций (upon consultation). Если консультации не достигают результата, каждый из пайщиков может рассчитывать на часть доли, пропорциональную части его вклада в капитал компании на время уступки доли. Если устав предусматривает на этот счет иные положения, применяется порядок, предусмотренный в уставе (ст. 71 Закона 1993 г.). В некоторых случаях (ст. 74 Закона 1993 г.) пайщик, голосовавший против решения совета пайщиков может требовать от компании купить его долю в капитале компании по разумной цене.

Общее собрание акционеров признается высшим полномочным органом компании с ответственностью, ограниченной стоимостью акций (ст. 98 Закона 1993 г.). Согласно ст. 99 Закона 1993 г. его полномочия аналогичны полномочиям собрания пайщиков в LLC.

Общее собрание созывается один раз в год. Относительно внеочередного собрания закон устанавливает случаи, при которых возможно его проведение: если число совета директоров меньше установленного в законе или меньше $\frac{2}{3}$ от числа совета директоров, установленного уставом компании; если непокрытые убытки компании достигают $\frac{1}{3}$ общей суммы ее фактически оплаченного капитала; если акционеры, единолично или совместно обладающие 10 или более процентами акций компании, требуют проведения внеочередного собрания; по предложению ревизионной комиссии или совета директоров и др. (ст. 100). Акционер, который единолично или в совокупности с другими, владеет 3% акций, вправе за 10 дней до даты проведения общего собрания акционеров в письменном виде направить в совет

директоров чрезвычайную резолюцию (extraordinary resolution). Она должна быть в пределах полномочий общего собрания акционеров, быть понятной и содержать конкретные вопросы для разрешения на общем собрании акционеров (ст. 102 Закона 1993 г.).

Кворум для принятия решений на общем собрании акционеров – более половины акций, дающих право голоса. Но для решения вопросов по изменению устава, увеличению или уменьшению уставного капитала, слиянию, разделению, ликвидации или смены организационной формы компании должны приниматься $\frac{2}{3}$ или более голосов акционеров, присутствующих на собрании. При этом присутствующие на собрании акционеры голосуют по принципу «одна акция – один голос» (one vote for each share held), а акции компании, держателем которых выступает сама компания, не имеют права голоса (ст. 103). Возможно и голосование под доверенности (через представителя – ст. 106 Закона 1993 г.). Акционеры – держатели именных акций (holders of bearer shares) для участия в голосовании по повестке дня должны сдать свои акции в депозит компании за 5 дней до даты общего собрания акционеров (ст. 102 Закона 1993 г.).

Общее собрание акционеров, избирая членов совета директоров и ревизионной комиссии, вправе также использовать кумулятивную систему голосования (cumulative voting system) согласно предписаниям устава или решению общего собрания акционеров. Под кумулятивной системой китайский законодатель понимает «систему голосования акционеров для выборов директора или ревизора, согласно которой число голосов, даваемое акционеру каждой акцией равно (is the same as) числу директоров или ревизоров, которое предстоит избрать, при этом голоса акционеров могут отдаваться ими коллективно (may be exercised collectively)» (ст. 105 Закона 1993 г.)¹.

¹ О куммулятивном голосовании в других зарубежных странах, см., напр.: Глушецкий А. Куммулятивное голосование как средство восполнения недостатка инвестиционных корпоративных прав при формировании коллегиальных органов хозяйственных обществ // Хозяйство и право. – 2011. – № 3. URL: http://www.mirkin.ru/_docs/articles04-037.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

К сроку полномочий *совета директоров* применяются положения ст. 46 Закона 1993 г. о компаниях с ограниченной ответственностью, таким образом он также, как и в LLC составляет 3 года. Объем и содержание полномочий также не отличается, будучи определяемыми на основе положений ст. 47 Закона 1993 г. При этом в совет директоров допускается введение представителей трудового коллектива компании. Они избираются на демократической основе аналогично представителям работников в LLC с участием государства (ст. 108).¹

Совет директоров должен собираться не реже 2 раз в год. Все директора должны предупреждаться о заседании за 10 дней до его даты. Внеочередные заседания могут созываться по инициативе акционеров, имеющих 10 и более процентов голосующих акций, или по инициативе $\frac{1}{3}$ или большего числа директоров или ревизионной комиссии (ст. 110 Закона 1993 г.). Решения принимаются большинством голосов при условии присутствия на заседании более половины членов совета директоров. Каждый директор обладает одним голосом (ст. 111 Закона 1993 г.).

Директора должны лично посещать заседания совета директоров. Члены совета директоров несут ответственность за решения совета. В случае, если решения совета директоров противоречат законодательству, административным актам или уставу компании, решениям общего собрания акционеров, ведут к причинению серьезных убытков для компании, причастные к принятию решений члены совета директоров несут перед компанией ответственность по возмещению убытков. Однако если будет установлено, что при голосовании член совета директоров выступал с возражениями и это зафиксировано в протоколе,

¹ Об участии представителей работников в органах управления акционерными обществами в зарубежных странах см., напр.: *Кулагин М.И.* Привлечение трудящихся к «управлению» акционерным обществом. // Избранные труды по акционерному и торговому праву. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2004. – С. 124–133; об участии трудящихся в управлении социалистическими организациями см.: *Иоффе О.С.* Правосубъектность социалистических организаций // Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2003. – С. 297–333.

то он может быть освобожден от ответственности (ст. 112 Закона 1993 г.).

По решению совета директоров директор может совмещать свою работу в качестве директора с функциями управляющего компании (ст. 114).

Компания не вправе ни прямо, ни через дочерние компании давать займы своим директорам или высшим должностным лицам (ст. 115 Закона 1993 г.), и периодически обязана сообщать акционерам размеры вознаграждения директоров, ревизоров и высших должностных лиц компании (ст. 116 Закона 1993 г.).

В отношении *ревизионной комиссии* в Ltd. by shares действуют те же предписания, что и в отношении LLC. Заседания комиссии должны проводиться минимум каждые 6 месяцев; внеочередные заседания могут проводиться по инициативе ревизоров (ст. 117, 119 Закона 1993 г.).

В компаниях, размещающих акции на фондовом рынке (listed company), дополнительно создаются должности независимого директора (подробные правила на этот счет устанавливаются Государственным советом КНР – ст. 120 Закона 1993 г.) и Секретаря совета директоров, который несет ответственность за подготовку общих собраний акционеров и заседаний совета директоров, хранение документации, а также контроль материалов компании об акционерах, оформление раскрытия информации и другим вопросам (ст. 122, 123).

Капитал Ltd. by shares делится на акции равной стоимости. Для того чтобы получать дивиденд необходимо владеть акциями. Акции выпускаются на основе принципов справедливости и честности. Каждая акция одного типа дает ее держателям одинаковый набор прав и выгод. Акции одного типа в одном выпуске должны выпускаться на одинаковых условиях и по одинаковой цене. Цена, подлежащая уплате работниками или иными лицами, желающими их приобрести, должна быть одинаковой для всех. Выпускаемые компанией акции могут быть как именными, так и на предъявителя. Государственный совет КНР может отдельно установить правила выпуска компаниями акций иного вида, помимо тех, о которых говорится в настоящем Законе (ст. 125, 126, 129, 131 Закона 1993 г.). До-

пускается выпуск учредительских акций, которые должны содержать обозначение «promoters' share certificate» (ст. 128 Закона 1993 г.).

Реорганизация компании в КНР может происходить путем слияния (merger) или разделения (division – ст. 172), хотя само понятие «реорганизация» в законе не раскрывается. Слияние может проводиться в форме поглощения (присоединения – merger by absorption) либо образования новой компании (merger by new establishment).

В случае *присоединения* одна компания присоединяет к себе другую компанию, при этом последняя прекращает свое существование. В случае создания в результате слияния новой компании 2 и более компании сливаются, образуя новую компанию, к которой переходят права и обязанности обеих ранее существовавших компаний (ст. 172 Закона 1993 г.). При этом права требования, обязательства каждой из сторон переходят к компании, которая продолжает действовать после слияния, либо к компании, которая вновь образуется в результате такой операции (ст. 174)¹.

Решение о *слиянии* компаний оформляется соглашением между компаниями, участвующими в операции по укрупнению (merger agreement). Составляется баланс и опись имущества, кроме того, учредители должны в течение 10 дней уведомить о слиянии кредиторов и дать соответствующее объявление в газете. Кредиторы в течение 30 дней после получения письменного уведомления либо в течение 45 дней после объявления (если уведомление не получено) имеют право потребовать от компании погашения долгов, либо предоставления соответствующих гарантий их кредитов от вновь образованной компании (компа-

¹ Для сравнения с подходами стран Латинской Америки и ЕС см.: *Беликова К.М.* Слияния и присоединения в ЕС // Конкуренция и рынок. – Март 2011. – № 1 (49). – С. 8–13; *Беликова К.М., Иншакова А.О.* Роль директивного метода ЕС в регулировании вопросов слияния, поглощения и разделения компаний // Современное право. – 2010. – № 11. – С. 140–144; *Беликова К.М.* Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединении в праве стран МЕРКОСУР // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – Вып. 2. – № 17. – С. 47–55.

нии, укрупнившейся в результате операции по поглощению (присоединению – ст. 173)¹.

При *разделении* компании образуется 2 и более компании. При этом составляется баланс и описание имущества, которое распределяется между вновь образующимися компаниями в соответствующей пропорции (*correspondingly*). Компания также в течение 10 дней после принятия решения о разделении должна уведомить кредиторов и в течение 30 дней дать объявление в газете (ст. 175). Компании, образовавшиеся после разделения, несут солидарную ответственность по обязательствам, возникшим до разделения компании, если иное не установлено письменным соглашением о погашении долга, достигнутым между компанией до ее разделения и ее кредиторами (ст. 176).

Слияние или разделение компаний завершается государственной регистрацией всех изменений в органах регистрации компаний. В случае создания новых компаний необходима регистрация вновь образованных компаний. При этом в качестве одного из оснований прекращения компании в законе говорится о прекращении, при необходимости, в результате слияния или разделения (п. (iii) ст. 180 Закона 1993 г.).

Порядок прекращения (dissolution) и ликвидации (liquidation) компаний регламентируется положениями гл. X Закона КНР о компаниях. Закон предусматривает добровольный порядок ликвидации – по решению акционеров (п. (ii) ст. 180) и принудительный – по решению народного суда (п. (v) ст. 180) и в случае отзыва лицензии (разрешения) на деятельность прекращения деятельности на основании положений закона (п. (iv) ст. 180 Закона 1993 г.). При ликвидации по основаниям, обозначенным в п. (i), (ii), (iv), или (v) ст. 180, в течение 15 дней после

¹ О других гарантиях кредиторов и иных лиц при реорганизации юридических лиц см.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ – 2010. – С. 181–203; *Безбах В.В., Беликова К.М.* Реорганизация юридических лиц посредством слияний и присоединений в контексте антимонопольного регулирования в странах Латинской Америки // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». – 2009. – № 5. – С. 150–156.

возникновения оснований для ликвидации формируется ликвидационная комиссия (liquidation group). В LLC из числа пайщиков, в Ltd. by shares – из числа директоров компании или лиц, определенных на общем собрании акционеров. Если же этот срок нарушен, то кредиторы вправе обратиться в народный суд, который и определяет состав ликвидационной комиссии (ст. 183 Закона 1993 г.).

В период ликвидации ликвидационная комиссия осуществляет управление делами компании, в том числе составляет описание имущества и баланс компании, уведомляет кредиторов в индивидуальном или в общем порядке, разбирает и завершает незаконченные дела компании, выплачивает задолженности по налогам и ликвидационные расходы и издержки, предъявляет требования и погашает задолженности, управляет имуществом компании, оставшимся после погашения задолженностей, представляет компанию в гражданском процессе (ст. 184 Закона 1993 г.)¹.

Согласно ст. 185 Закона 1993 г. в течение 10 дней после образования ликвидационная комиссия обязана уведомить всех кредиторов о ликвидации и сделать официальное объявление (announcement) в СМИ в течение 60 дней. Кредиторы в течение 45 дней с даты размещения такого объявления (если они не получали специального письменного уведомления (written notification) и в течение 30 дней, с даты получения письменного уведомления, – обращаются к ликвидационной комиссии.

После составления описи имущества и баланса компании ликвидационная комиссия должна разработать план ликвидации (liquidation plan), и представить его на утверждение пайщиков, общего собрания акционеров или народного суда. Имущество компании затем распределяется на покрытие расходов, связанных с ликвидацией, выплату заработной платы рабочим и служащим; страхового возмещения в рамках социального страхования; полагающихся по закону увольняемым работникам выходных пособий; погашение задолженности по налогам; выплату долгов компании. Оставшееся имущество распределяется

¹ Liquidating Chinese Companies (International PwC). URL: http://www.pwccn.com/home/eng/brs_insolvency.html (дата обращения: 01.09.2014).

между его пайщиками пропорционально вкладам в компаниях с ограниченной ответственностью, а также между акционерами в соответствии со стоимостью принадлежащих им акций – в компании с ответственностью, ограниченной стоимостью акций (ст. 186 Закона 1993 г.). Если же в ходе составления описи имущества ликвидационная комиссия установит, что имущества компании недостаточно, она должна обратиться в народный суд с заявлением о признании компании несостоятельной (*declaration of insolvency* – ст. 187 Закона 1993 г.). В этом случае начинают действовать положения Закона о несостоятельности предприятий (ст. 190). После удовлетворения требований всех кредиторов ликвидационная комиссия составляет баланс и отчет и представляет его на ознакомление пайщикам, общему собранию акционеров или на утверждение (*for confirmation*) в народный суд, а также в регистрирующий орган. Также ликвидационная комиссия обращается с просьбой об исключении компании из реестра, отображающего регистрацию, и объявляет о прекращении деятельности компании (ст. 188 Закона 1993 г.).

Упомянутый выше Закон **Южно-Африканской Республики** о компаниях 2008 г. подразделяет все *компании* на две категории: *предпринимательские* (*profit*) и *непредпринимательские* компании (*non-profit companies*).

Предпринимательские компании, в свою очередь, делятся на 4 вида:

- 1) государственные компании (*state-owned companies*);
- 2) частные компании (*private companies*);
- 3) компании с неограниченной ответственностью (*personal liability companies*);
- 4) публичные компании (*public companies* – ст. 8 Закона ЮАР 2008 г.).

К предпринимательским компаниям, согласно также упомянутому выше Закону ЮАР о закрытых корпорациях» 1984 г. относятся и закрытые корпорации (*close corporations*). Эти юридические лица являются субъектами, способными осуществлять предпринимательскую деятельность.

Частные компании – это те, которые не являются государственными и меморандум которых прямо запрещает публичное

размещение ценных бумаг и ограничивает обращение их ценных бумаг. Кроме того, частная компания характеризуется ограниченным числом участников, – их может быть не более 50. При этом акционеры обладают правом преимущественной покупки при отчуждении акции одним из участников.

Плюсы выбора частной компании для ведения бизнеса таковы: это бессрочный период деятельности такой компании; ограниченность риска, который несут акционеры; допустимость возложения персональной ответственности на руководителей компании, которые незаконным и обманным путем вели дела компании (на основании применения доктрины *piercing the corporate veil*); эффективность управления; практичность и легкость использования для ведения малого и среднего бизнеса; недоступность сведений о финансовой деятельности компании широкой публике.

Что касается минусов частной компании, они таковы: ограниченный круг участников; ограничение свободного отчуждения акции в виде запрета публичной подписки на акции такой компании; недопустимость обращения ее акций на фондовых биржах; недопустимость выпуска акций на предъявителя.

Публичные компании – это такие, которые преследуя цель извлечения прибыли, не являются государственными, частными или компаниями с неограниченной ответственностью (ст. 1 Закона 2008 г.). В качестве признаков публичной компании можно назвать следующее: формирование уставного капитала путем публичной подписки, при этом акционеры не обладают правом преимущественной покупки акции; неограниченное число акционеров; публичная ежегодная отчетность об экономическом состоянии дел. Только публичные компании вправе регистрироваться на фондовой бирже Йоханнесбурга.

Публичная компания может быть создана также и одним лицом. В общем как организационно-правовая форма публичная компания обычно используется для реализации крупных экономических проектов.

Особенность *компаний с неограниченной ответственностью* заключается в личной солидарной ответственности, как бывших, так и настоящих директоров (членов правления) компании по ее договорным обязательствам. В остальном, в общих

чертах, правовой статус *personal liability companies* и *private companies*, на наш взгляд, совпадает.

Предпринимательские компании могут быть созданы одним или более лицами, путем подписания лично или через представителя меморандума о создании компании (п. 1 ст. 13 Закона ЮАР 2008 г.), являющегося учредительным документом компании. Внесение изменений в меморандум возможно только на общих собраниях акционеров; в исключительных случаях правление компании вправе внести изменения в меморандум в пределах своей компетенции.

Компании в ЮАР наделяются статусом юридического лица, приобретают все права и обязанности, предусмотренные законом для данного вида компаний и считаются созданными с момента государственной регистрации (ст. 19 Закона ЮАР 2008 г.). Факт создания компании удостоверяется (как и в Индии) Сертификатом об инкорпорации (*certificate of incorporation*), подтверждающим факт соблюдения всех требований закона, связанных с регистрацией компании¹.

Процедура регистрации состоит из нескольких шагов: резервирования фирменного наименования, подачи в орган регистрации компаний заявления, меморандума, внутреннего регламента компании и письменного подтверждения проверки аудиторов. Заявление о резервировании наименования подается в соответствующую комиссию регистрирующего органа. Комиссия резервирует наименование, если оно не совпадает с наименованиями существующих компаний, иностранных компаний или уже не зарезервировано на срок не более чем шесть месяцев с даты подачи заявления (ст. 11 Закона 2008 г.). В течение 3 недель после принятия заявления о регистрации комиссия, приняв решение о регистрации, присваивает компании индивидуальный регистрационный номер (как и в Индии) и вносит сведения о компании в реестр. Процесс регистрации завершается выдачей компании Сертификата о регистрации. С этого момента компания вправе начать свою деятельность.

¹ См., напр.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. 1. – М.: Международные отношения, 2006. – С. 259–263.

Закон относительно фирменных наименований предусматривает, что наименование коммерческих организаций может включать регистрационный номер и словосочетание «South Africa». Как и в других странах¹, наименование компании не должно нарушать права третьих лиц, должно соответствовать закону. Для отдельных видов компаний законодательством установлено, что в наименовании должно содержаться слово или аббревиатура, например, для *personal liability company* – «Incorporated» или «Inc.»; для *private company* – «Proprietary limited» или «(Pty) Ltd.»; для *public company* – «Limited» или «Ltd.»².

Закон 2008 г. наделяет все компании общей правоспособностью, более того, компании считаются созданными на бессрочный период. В меморандуме компании (Memorandum of Incorporation) утверждается размер уставного капитала, количество и тип выпущенных акций, их номинальная стоимость.

Так, согласно ст. 36 Закона 2008 г. акции компаний в ЮАР могут быть разделены на 3 категории (класса – class of shares):

1) простые акции (without specifying the associated preferences, rights, limitations or other terms of that class);

2) привилегированные акции (for which the board of the company must determine the associated preferences, rights, limitations or other terms);

3) ограниченно привилегированные (условия их выдачи, а также права и обязанности их держателей определяются советом директоров компании – which must not be issued until the board of the company has determined the associated preferences, rights, limitations or other terms).

Держатели того или иного вида акций обладают правом голосовать при решении вопросов относительно изменения их прав, привилегий, ограничений и других условий, затрагиваю-

¹ См. подробнее, напр.: *Беликова К.М.* Недобросовестная конкуренция в свете законодательства Испании // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. – 2012. – № 2. – С. 50–56; № 3. – С. 56–65; *Гражданское и торговое право зарубежных государств* / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. 1. – М.: Международные отношения, 2006. – С. 188–192.

² South African Registrations. URL: <http://www.registercompany.co.za/> (дата обращения: 01.09.2014).

щих их права. Таким образом, акционеры вправе участвовать в управлении компанией, оспаривать решения директоров, противоречащих меморандуму компании и закону и пр.

Закон ЮАР так же, как и в Индии выделяет кумулятивные и некумулятивные акции, конвертируемые акции, опционы и облигации¹.

В ЮАР действует двухзвенная *структура управления компаниями*, следующая традициям английского права: управление компаниями в ЮАР осуществляется общим собранием его участников (ст. 61 Закона ЮАР 2008 г.) и советом директоров компании (ст. 66 Закона ЮАР 2008 г.). Исполнительный орган также может быть единоличным (ст. 74 Закона ЮАР 2008 г.); в необходимых случаях может создаваться ревизионная комиссия (ст. 90 Закона ЮАР 2008 г.).

Общее собрание акционеров – волеобразующий орган компании, в котором принимают участие все акционеры. При этом два и более акционеров, имеющих право голоса, вправе определять вынесение того или иного вопроса на рассмотрение общего собрания акционеров. Принятые по итогам общего собрания акционеров документы должны быть обнародованы в течение 10 рабочих дней.

Закон выделяет годовые общие собрания акционеров и внеочередные. Годовые собрания созываются по инициативе совета директоров или акционеров в предусмотренных меморандумом случаях. Так, Совет директоров компании может созывать собрание акционеров в любое время.

Однако обязанность проведения собрания акционеров может возникнуть только в строго определенных Законом 2008 г. случаях, а именно:

- 1) при разрешении вопросов, прямо предусмотренных законом или уставом компании;
- 2) при избрании членов правления компании.

В любом случае первое собрание акционеров должно быть проведено не позднее, чем за 18 месяцев с момента ее регистрации (п. 7 ст. 61 Закона 2008 г.).

¹ См.: Doing Business in South Africa. January 2011. Deneys & Reitz Attorneys. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/za-doing-business-in-south-africa-2011-44291.pdf> (дата обращения: 16.08.2014).

При созыве очередного собрания акционеров, извещение о таком собрании должно быть доведено до его участников надлежащим образом за 10 дней до его проведения (п. 1 ст. 62 Закона ЮАР 2008 г.).

Извещение должно быть оформлено в письменном виде и содержать сведения:

- 1) о дате, времени и месте проведения собрания;
- 2) основных вопросах, которые будут обсуждаться на собрании;
- 3) копии документов, исходящих от компании и которые станут предметом рассмотрения на собрании (п. 3 ст. 62 Закона ЮАР 2008 г.)¹.

Публичная компания должна провести годовое общее собрание акционеров не позднее 18 месяцев после создания компании. На общих собраниях рассматривается отчет директоров компании, финансовая отчетность аудиторов за предыдущий финансовый год, отчет ревизионной комиссии, избрание членов совета директоров, назначение аудиторов на следующий финансовый год.

В Законе ЮАР о компаниях также предусмотрена возможность проведения заседаний посредством электронных средств связи. Кворум для принятия решений на общих собраниях – присутствие акционеров, обладающих не более 25% голосующих акций (ст. 64 Закона ЮАР 2008 г.). На общих собраниях, так же, как и в Индии, принимаются обычные и специальные резолюции. Для одобрения обычных резолюций необходимо наличие более 50% голосов, для специальных резолюций – более 75%.

В руках *Совета директоров* сосредоточено руководство деятельностью компании и определение общей стратегии развития и направлений деятельности компании. В частных компаниях и компаниях с неограниченной ответственностью необходимо наличие минимум одного директора, в публичных компаниях, – 3 директоров. Директора назначаются решением общего собрания акционеров. В меморандуме компании можно обозначить сумму вознаграждения, которая будет выплачиваться

¹ См.: *Ифраимов В.Ю.* Хозяйственные товарищества и общества в странах БРИКС: опыт России, Китая и Южной Африки // Адвокат. – 2013. – № 10. – С. 44–51.

ся директорам за их деятельность, а также расширить необходимое количество членов Совета директоров.

В компетенцию Совета директоров входят все вопросы, связанные с деятельностью и нормальным функционированием компании, но не отнесенные к исключительной компетенции общего собрания акционеров¹. Совет директоров вправе определять судьбу вынесения любого вопроса на рассмотрение общего собрания акционеров, так и определять процедуру принятия решения по ним (п. 2 ст. 65 Закона ЮАР 2008 г.).

За незаконные действия, злоупотребления полномочиями члены Совета директоров, как уже отмечалось выше, несут ответственность по возмещению ущерба компании, нанесенного в результате таких действий. Так, например, Законом 2008 г. в императивном порядке установлено, что Директор должен осознавать те обстоятельства и ситуации, в которых он будет нести персональную ответственность по долгам компании, и поэтому он должен на постоянной основе производить мониторинг платежеспособности компании. Ст. 76 (3) Закона устанавливает, что Директор должен выполнять свои обязанности добросовестно (*in good faith*) и таким образом, чтобы надлежащим образом достигать заявленных компанией целей; действовать в интересах компании; с такой степенью заботы (*care*)², умения (*skill*) и осмотрительности (*diligence*), которой можно разумно ожидать от лиц такого рода занятий и положения, аналогичного положению Директора рассматриваемой компании³; основыва-

¹ Forms of Business in South Africa. URL: <http://www.jumpstarthandbook.co.za/HandbookPdfs/5c.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

² Отметим, что понятие «стандарта заботы» является довольно распространенным в праве стран «общего» права и применяется не только к корпоративным отношениям, но и к отношениям другого рода, напр., к отношениям из причинения вреда. См.: Румянцев М.Б. Правовое регулирование отношений из причинения вреда источником повышенной опасности в РФ и США: дис. ... к.ю.н. – М., 2013. – 224 с.

³ Здесь применяется абстрактный критерий заботы, используемый во многих правовых порядках при оценке добросовестности и разумности действий коммерсантов. См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. 1. – М.: Международные отношения, 2006. – С. 467, 468.

ясь на общих знаниях, навыках и опыте, какие должны быть у Директоров такого рода.

Закон 2008 г. предусматривает положение об установлении единого финансового года для всех компаний (ст. 27 Закона 2008 г.). Бухгалтерские документы компании должны быть полными и точными, а также должны храниться в установленном порядке и форме.

Этим Законом рассматривается и регламентируется возможность так называемых *значительных сделок* (операций – *fundamental transactions* – ч. А гл. 5), связанных с распоряжением значительными частями имущества компании, которые могут быть совершены в форме *слияния* (*merger*) или *присоединения* (*amalgamation*) компаний (ст. 113 Закона 2008 г.). Так, две и более компании, включая материнскую и дочерние, могут объединиться в одну новую компанию, или одна компания может поглотиться другой, к которой и переходят права и обязанности поглощаемой компании. При этом компании заключают между собой соглашение с изложением условий и средств осуществления слияния или поглощения, в том числе и порядок конвертации ценных бумаг компании. Ценные бумаги конвертируются либо в ценные бумаги новой компании, либо обмениваются на другое имущество¹. Кроме того, утверждается меморандум вновь создаваемой компании. Стороны также должны урегулировать вопросы порядка оплаты ценных бумаг, распределения активов и обязательств компании, стоимость имущества.

Порядок *ликвидации* компаний также регулируется Законом 2008 г. о компаниях. Так, этот Закон предусматривает добровольный порядок ликвидации – по решению кредиторов компании или самой компании путем специальной резолюции (*voluntary winding-up* – ст. 79) и принудительный – по решению суда (*winding-up and liquidation by court order* – ст. 79)². Для

¹ *Buchholz R.* Corporate Restructure in South Africa. July. 2006. URL: <http://tma-sa.com> www.tma-a.com%2Finfo-centre%2Fknowledge-base%2Fdoc_download%2F14-corporate-restructure-in-south-africa.html (дата обращения: 21.02.2014).

² См. подробнее: Liquidation South Africa. URL: <http://liquidationsouthafrica.co.za> (дата обращения: 01.09.2014).

проведения процедуры ликвидации назначается ликвидатор, который осуществляет управление делами компании. Деятельность компании, как видим, не прекращается, но должна быть направлена на удовлетворение требований всех кредиторов. Процесс ликвидации завершается подачей заявления в регистрирующий орган о ликвидации и удалением компании из реестра¹. Ответственность директоров компании или акционеров при этом не прекращается, они несут ответственность за любые действия или бездействия, которые имели место до внесения соответствующей записи в реестр².

Таким образом, анализ вышеизложенных положений законов свидетельствует о том, что система юридических лиц, занятых в предпринимательской деятельности, в праве рассматриваемых стран состоит из ограниченного круга юридических лиц, имеющих однотипный – унифицированный – характер.

1. Выявлено общепринятое для стран БРИКС (кроме РФ) разделение предпринимательских юридических лиц на частные и публичные и применение для них термина – «компания». Национальные особенности проявляются в том, что в РФ и в Бразилии (дополнительно к термину «*companhia*») они именуется обществами (*sociedade*); в РФ введена новая форма деятельности, – хозяйственное партнерство.

2. Установлено, что независимо от применяемого термина – «компания» или «общество» – законы стран БРИКС разделяют их по степени ответственности участников на таковые с:

а) ограниченной ответственностью: общества с ограниченной ответственностью (ООО в РФ), *sociedade limitada* (в Бразилии), *limited liability company* (LLC в КНР, Индии);

б) ответственностью, ограниченной стоимостью акций – публичное акционерное общество и непубличное акционерное

¹ Achieving Stability through Insolvency. Insolvency in South Africa. URL: https://www.findanaccountant.co.za/content_insolvency-south-africa (дата обращения: 01.09.2014).

² По вопросу деятельности хозяйственных товариществ и обществ в БРИКС см. также: *Ифраимов В.Ю.* Хозяйственные товарищества и общества в странах БРИКС: опыт России, Китая и Южной Африки // Адвокат. – 2013. – № 10. – С. 44–51.

общество; хозяйственное партнерство (в РФ), *sociedade anónima* в виде *companhia aberta* и *companhia* (в Бразилии), *company limited by shares* (Ltd. by shares – в КНР, Индии), публичные компании – *public* и *private company* («Limited» или «Ltd.» и («Proprietary limited» или «(Pty) Ltd.» соответственно в ЮАР);

в) ответственностью, ограниченной твердой суммой: *company limited by guarantee* (Ltd. by guarantee в КНР и Индии). При этом законы всех стран требуют указания меры ответственности участников в наименовании (названии) компании.

3. Выявлено, что, несмотря на различную терминологию, уставный капитал компаний (обществ) с ответственностью, ограниченной стоимостью акций (б), формируется путем публичной подписки, а для компаний (обществ) с ограниченной ответственностью (а) или с ответственностью, ограниченной твердой суммой (в) – закрытой, когда уставный капитал просто разделен на доли.

Согласно праву всех рассматриваемых стран, выпуск акций обязательно должен быть зарегистрирован (в Бразильской комиссии по рынку ценных бумаг; в Федеральной службе РФ по финансовым рынкам; в Бюро по регистрации акционерных компаний штата Индии; в Ведомстве по контролю над ценными бумагами при Государственном Совете КНР; на фондовой бирже Йоханнесбурга, ЮАР).

4. Показано, что право всех стран БРИКС наделяет все компании (общества) общей правоспособностью, возникающей с момента государственной регистрации в качестве юридического лица. Процедура регистрации и требования к необходимым для этого документам довольно единообразны. Учредительным документом во всех случаях выступает устав (меморандум).

Национальные особенности правового регулирования деятельности компаний (обществ) проявляются в различных условиях формирования уставного капитала (сроках, объемах и видах оплаты, в том числе на момент регистрации), в круге разрешенных законом участников.

Согласно правопорядкам стран БРИКС число участников компаний можно считать унифицированным, поскольку во всех странах для некоторых (непубличных и т. п.) компаний типов (а, б, в) число участников не должно превышать 50, а некото-

рых (публичных, открытых) компаний типа (б) – не должно быть менее 50.

5. Показано, что в соответствии с законами стран БРИКС права участников (акционеры, пайщики) всех компаний унифицированы: они вправе участвовать в управлении компаниями (обществами), получать прибыль (дивиденды) от их деятельности и информацию о ней, знакомиться со всей документацией, продавать (передавать) свою долю (акции). При этом степень участия определяется количеством акций или долей пайщика.

6. Определено, что двухзвенная структура управления хозяйственных субъектов (общее собрание и совет директоров) характерна для всех типов компаний (а, б, в) Индии и ЮАР и для компаний типа (а, в) России, Китая и Бразилии. Для некоторых (публичных, открытых и т. п.) компаний типа (б) России, Китая и Бразилии характерна трехзвенная структура управления (общее собрание, совет директоров и наблюдательный совет).

Замечено, что к национальным особенностям относится определение законами кворума общих собраний и количества голосов для принятия ими решений; состава, компетенции и ответственности совета директоров, состава наблюдательного совета.

К национальным особенностям можно также отнести требование законодательства КНР создавать в компаниях и обеспечивать работу организации Коммунистической партии и профсоюза.

7. Показано, что реорганизация юридических лиц в странах БРИКС осуществляется путем слияния (присоединения), преобразования и разделения. Решение о реорганизации принимается учредителями или уполномоченным на то органом.

8. Установлено, что в целом процедура ликвидации хозяйственных субъектов во всех странах БРИКС предусматривает осуществление единообразных этапов: от назначения управляющего (ликвидатора), составляющего промежуточный баланс для выявления всех задолженностей, – до их получения по дебету, проведения всех выплат кредиторам и составления ликвидационного баланса, позволяющего распределить оставшееся имущество между участниками и внести запись о ликвидации в Государственный реестр. Более того, можно говорить об унификации порядка очередности проведения выплат задолженнос-

тей ликвидируемых хозяйственных субъектов правопорядками всех стран БРИКС.

9. Выявлено, что в настоящее время институт юридического лица в праве этих стран подвергается постоянному развитию и модернизации с точки зрения его законодательного регулирования. Например, в России в ходе реформы гражданского законодательства появилась новая форма юридического лица – хозяйственное партнерство; в Китае, законодательство повышает требования к условиям создания предприятий в виде увеличения размера уставного капитала; в Южной Африке – принятие нового законодательства в 2008 г. в связи с изменением социально-экономических отношений в стране и с необходимостью более развернутого регулирования отношений с участием субъектов, способных вести предпринимательскую деятельность и др.

Таким образом, в рассматриваемых странах наблюдается развитие правовых механизмов регулирования экономической деятельности за счет увеличения роли хозяйственных товариществ и обществ. Концентрация внимания законодателя к хозяйственным товариществам и обществам говорит о единой тенденции стран БРИКС по сближению гражданского законодательства к единообразным стандартам правового регулирования хозяйственной деятельности.

Непреложным фактом общественной жизни является участие в экономическом обороте государственных предприятий. Поэтому основы их деятельности довольно подробно регулируются в законодательстве рассматриваемых государств. Особенностью государственных предприятий является то, что они целиком или частично принадлежат государству или финансируются им. При этом они также как коммерческие (хозяйственные, торговые, предпринимательские) товарищества и общества могут участвовать в предпринимательской деятельности. Так, например, ГК РФ в редакции, действующей с 1 сентября 2014 г., гласит, что: «Некоммерческие организации *могут* осуществлять приносящую доход деятельность, *если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и, если это соответствует таким целям*». Рассмотрим их подробнее.

1.4. Государственные предприятия в странах БРИКС¹

В **Бразилии** проведенное в начале 1980-х гг. исследование зафиксировало наличие 500 государственных компаний².

В 1990-е гг. в Бразилии была запущена программа приватизации предприятий с целью борьбы с гиперинфляцией, сокращением дефицита бюджета и повышением их эффективности. Например, были полностью переданы в частные руки компании Telebrás, CSN и Usiminas. Однако позднее начался обратный процесс: государство стало финансировать компании, главным образом, в сфере природных ресурсов и телекоммуникаций. История государственных предприятий в Бразилии началась с создания в 1808 г. Банка Бразилии (Banco do Brasil). В 1939 г. был учрежден Институт перестрахования Бразилии (Instituto de Resseguros do Brasil), в 1941 г. – Государственная металлургическая компания (Companhia Siderúrgica Nacional), в 1942 г. Компания Vale в Рио-Доце (Companhia do Vale do Rio Doce), в 1945 г. Гидроэлектрическая компания Сан-Франциско (Companhia Hidrelétrica do S. Francisco), в 1953 г. – Бразильская нефть (Petróleo Brasileiro – Petrobrás); в 1961 г. холдинг предприятий федеральной электросети – Eletrobrás – Centrais Elétricas Brasileiras³. В настоящее время Banco do Brasil, Petrobras и Eletrobras – это предприятия смешанной экономики.

Согласно ст. декрету-закону 200/67⁴, устанавливающему организацию федеральной системы управления, закреплена пра-

¹ Правовое положение государственных предприятий в *Индии* подробно рассмотрено в работе В.П. Мозолина «Личность, право, экономика современной Индии». – Разд. «Правовое положение государственных предприятий». – М.: Наука, 1979. – С. 205–222.

² *Кондратьев В.Б.* Государственный капитализм на марше. 24/08/2012 // Перспективы. Сетевое издание. URL: http://www.perspektivy.info/table/gosudarstvennyj_kapitalizm_na_marshе_2012-08-24.htm (дата обращения: 30.07.2014).

³ *Robertônio Santos Pessoa.* Empresas públicas à luz das recentes reformas (EC 19/98) // Revista Jus Navigandi. – Teresina. – 1 jul. 1999. – Ano 4. – № 33. URL: <http://jus.com.br/revista/texto/384> (дата обращения: 01.09.2014).

⁴ Decreto-lei № 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Texto compilado // DOU de 27.2.1967 e retificado em 17.7.1967. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm (дата обращения: 01.09.2014).

вовая концепция государственных предприятий (*empresas estatais*) и предприятий смешанной экономики (*sociedade de economia mista*); автаркий – государственных автономных единиц (*autarquias*) и государственных фондов (*fundações públicas*).

Empresas estatais – это предприятие, финансируемое из бюджета (дотационное), являющееся юридическим лицом частного права, имеющее собственное имущество и капитал, находящийся в собственности Союза [штатов, муниципалитетов и Федерального округа¹] или его учреждений, отправляющих функции публичной администрации косвенным образом (*entidades da Administração Indireta*²), создаваемые на основании закона для выполнения функций предпринимательского характера, которые правительству желательно будет реализовать по мотивам административной потребности или необходимости. При этом такое предприятие может принимать любые формы, допустимые законом.

Как полагает бразильский правовед Цельсо Антонио Бандейра де Мело³, *empresas estatais* – верные помощники публичной администрации. В них сочетается два признака, определяющих двойственную природу таких предприятий: они являются юридическими лицами частного права, но им придан характер вспомогательных субъектов государства. Будучи лицом частного права, оно действует в рамках положений, установленных для функционирования публичной администрации в

¹ См. ст. 1 Конституции Федеративной Республики Бразилия (5 октября 1988 г.) // Конституции зарубежных государств: учебное пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2001. – С. 405.

К публичной администрации, отправляющей свои функции непосредственно (*administração direta*) относятся услуги, оказываемые государством и включенные в структуру администрации Президента Республики и министерств. См. для сравнения портал государственных услуг РФ по адресу: <http://www.gosuslugi.ru> (дата обращения: 03.04.2013).

² См. ст. 37–41 Конституции Бразилии. – Конституции зарубежных государств: учебное пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2001. – С. 433–436.

³ *Celso Antônio Bandeira de Melo*. Curso de Direito Administrativo, Malheiros. – 7ª ed. – São Paulo: Malheiros. – P. 101.

части особого режима, касающегося закупок и продажи, производимых на публичных торгах, реализации права на объединение в профсоюз и права на забастовку, режима труда его работников в качестве гражданских служащих органов публичной администрации и пр.

Sociedade de economia mista – это предприятие, финансируемое из бюджета (дотационное), являющееся юридическим лицом частного права, создаваемое на основании закона для выполнения функций предпринимательского характера в форме акционерного общества, большинство акций, дающих право голоса которого принадлежит Союзу или его учреждениям, отправляющим функции непрямой администрации.

В Гражданском кодексе Бразилии 2002 г. *акционерным обществам смешанной экономики* посвящены положения ст. 235–240, предусматривающие для создания таких компаний разрешительный порядок (ст. 236). В таких компаниях обязательно создается Административный совет, в котором акционерное меньшинство вправе назначить двух членов (ст. 239) и постоянно действующий Наблюдательный совет, двоих членов которого и их заместителя назначают миноритарии – держатели простых акций, остальных, – держатели привилегированных акций (ст. 240).

Autarquia – это автономная служба, создаваемая на основе закона, являющаяся юридическим лицом, обладающая собственным имуществом для выполнения типичных функций (*atividades típicas*) публичной администрации, которые могут потребоваться для улучшения функционирования административного управления и финансовой децентрализации.

Согласно п. XIX ст. 37 Конституции Бразилии указанные единицы могут образовываться только специальным законом. Создание их вспомогательных органов и участие их в частных предприятиях требует законодательного разрешения (п. XX ст. 37 Конституции).

Согласно положениям Конституции, *государственные предприятия и предприятия смешанной экономики вправе:*

– осуществлять экономическую и финансовую деятельность (*podem ser exploradoras de atividade econômica ou financeira*) и тогда они пользуются тем же статусом, что и частные предприятия,

включая обязательства из трудового и налогового законодательства (§ 1 ст. 173);

– предоставлять публичные услуги (обеспечивать работу публичных служб – *podem ser prestadoras de serviço públicos*) – либо непосредственно, либо на основании концессии или в разрешительном порядке, но всегда посредством предоставления конкурирующих предложений (ст. 175). Режим управления такими предприятиями и условия действительности, надзора и отзыва соответствующей концессии или разрешения определяет специальный закон. Такие предприятия, как правило, являются юридическими лицами публичного права¹.

Система, практикуемая Бразилией в настоящее время, состоит в смещении акцента с прямого контроля и мажоритарного владения собственностью (полного – в случае с ГУПами и МУПами в РФ) на *миноритарное владение в качестве миноритарного акционера и контроля через бразильский Банк национального развития (BNDES – empresa estatal) и его инвестиционный филиал BNDESPAR*. К преимуществам миноритарного участия относятся, во-первых, возможность оказывать влияние на большее число компаний. С другой стороны, миноритарное участие ограничивает возможности государства использовать компании в качестве инструмента социальной политики, поскольку (частные акционеры могут заблокировать такие решения государства), что делает их привлекательными для частного бизнеса.

Однако государство способно оказывать необходимое ему влияние на крупные предприятия с помощью государственных инвесторов. Например, когда в 2009 г. президент Луис де Сильва публично предложил компании *Vale* (третьей в мире по величине горнодобывающей корпорации) осуществлять инвестиции в бразильское производство, частные инвесторы стали сопротивляться. В этой ситуации Бразильский банк развития и государственные пенсионные фонды, владеющие миноритарными пакетами акций *Vale* (которые в совокупности составляют более 50%) способствовали проведению публичных дебатов, после чего частные акционеры компании были вынуждены уступить.

¹ Celso Antônio Bandeira de Melo. Op. cit. – P. 105.

В России специфика гражданско-правовых отношений с участием государства заключается в возможности участия в них множественности субъектов со стороны государства, включающих Российскую Федерацию и ее отдельные субъекты. Городские и сельские поселения, включая муниципальные образования, не относятся к числу государственных образований, поскольку в них осуществляются функции местного самоуправления¹.

Плановая экономика, существовавшая в советский период на территории РФ, предусматривала наиболее активное участие государственных предприятий в экономической деятельности государства. В результате чего, государство обладало практически монопольным участием в хозяйственной деятельности². После принятия Конституции 1993 г. была признана частная собственность, а также гарантирована свобода экономической деятельности (ст. 8, 34, 35)³. Начиная с этого времени, частный капитал получил более широкие возможности по участию в экономической деятельности, а государство расширило правовые границы для развития предпринимательства. Вместе с тем и сейчас в России, как и в других странах БРИКС, есть государственные предприятия. Рассмотрим те правовые формы, в которые облекается деятельность государства в РФ. Их нельзя рассматривать в отрыве от деления юридических лиц на:

1) унитарные и корпоративные, основанные на праве членства его участников (п. 1 ст. 65.1 ГК РФ), появившегося в результате реформы гражданского законодательства РФ, о результатах которой уже говорилось выше;

2) коммерческие и некоммерческие.

Учитывая эти критерии и проведя соответствующий анализ действующего законодательства, можно сказать, что из числа унитарных предприятий *государство вправе участвовать в государственных унитарных*, в том числе *казенных предприятиях*,

¹ См.: Гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов: в 4 т. – Т. 1: Общая часть. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 373–374.

² См. подробнее, напр.: Венедиктов А.В. Правовая природа государственных предприятий // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. – Т. I. – М.: Статут, 2004. – С. 217–393.

³ Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 (ред. 30.12.2008) // Российская газета. – 21.01.2009. – № 7.

являющихся коммерческими, а также создавать не имеющие членства некоммерческие государственные корпорации и компании, фонды, учреждения и публично-правовые компании. Государство также может участвовать в предпринимательской деятельности корпоративных юридических лиц – акционерных обществ, а также передавать свое имущество в концессию¹.

Так, с момента принятия ГК РФ в 1994 г. в форме унитарных предприятий могли создаваться только государственные и муниципальные предприятия, которые могли функционировать на праве хозяйственного ведения или на праве оперативного управления. Создание унитарных предприятий на праве оперативного управления, т. е. казенных, могло происходить только на базе федерального имущества. Принципиальное их отличие от унитарных предприятий на праве хозяйственного ведения заключалось в том, что государство обязано нести субсидиарную ответственность по обязательствам казенных предприятий, и те соответственно не могут быть признаны несостоятельными.

В настоящее время:

1) *государственные унитарные предприятия* (например, государственное унитарное предприятие «Мосводосток»²);

2) *казенные предприятия* (например, казенное предприятие «Большая спортивная арена «Лужники»³) могут дейст-

¹ *Радыгин А.* (науч. рук.), *Мальгинов Г., Симачев Ю., Гонтмахер А., Газетов А., Шилкин М.* Реформирование унитарных предприятий в российской экономике: отраслевой и региональный аспекты. Научные труды № 81Р. – М.: Институт экономики переходного периода. – С. 255, 256. URL: http://www.iep.ru/files/text/working_papers/81.pdf (дата обращения: 17.08.2014). Для сравнения с зарубежными странами см.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ – 2010. – С. 175–181 (480 с.); *Она же.* Государственные предприятия в странах Латинской Америки: перспективы развития // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». – 2011. – № 3. – С. 56–58. URL: <http://electronic.ruzh.org> (дата обращения: 01.09.2014); *Гражданское и торговое право капиталистических стран* / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 87–93.

² Подробнее см.: <http://www.mosvodostok.com/company/> (дата обращения: 02.08.2014).

³ Подробнее см. по адресу <http://ds.mos.ru/about/subordinate/37361> (дата обращения: 02.08.2014).

вывать в форме коммерческих унитарных юридических лиц (п. 1 ст. 113 ГК РФ). Деятельность таких унитарных предприятий регулируется положениями ГК РФ, который предусматривает основные положения об унитарном предприятии (ст. 113, 114) и отсылает к Федеральному закону «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» 2002 г. (далее – ФЗ 2002 г.)¹.

Согласно этому закону унитарным предприятием признается коммерческая организация, не наделенная правом собственности на имущество, закрепленное за ней собственником. Имущество любого унитарного предприятия принадлежит на праве собственности Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию (п. 1 ст. 2 ФЗ 2002 г.). Согласно п. 2 ст. 113 ГК РФ имущество государственного унитарного предприятия находится в государственной собственности и принадлежит такому предприятию на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. Таким образом на имущество учредителя предприятие получает лишь ограниченное вещное право, что и позволяет говорить о наличии у него определенной имущественной обособленности – главного признака юридического лица². Учредители такого предприятия сохраняют за собой свое право собственности на переданное в хозяйственное ведение или оперативное управление имущество, и при ликвидации получают весь остаток имущества юридического лица, а при реорганизации остаются его собственником.

Унитарным предприятиям присуща специальная (ограниченная, целевая) правоспособность – дающая возможность участвовать лишь в ограниченном круге таких правоотношений, поскольку их участие в предпринимательской деятельности, например, изначально ограничено содействием достижению заявляемых в учредительных документах целей (ст. 49 ГК РФ).

¹ Федеральный закон от 14.11.2002 № 161-ФЗ (ред. от 05.05.2014) «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // Парламентская газета. – 03.12.2002. – № 230.

² Гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов: в 4 т. – Т. 1: Общая часть. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 318.

Решение об учреждении унитарных предприятий принимается Правительством РФ или федеральным органом исполнительной власти.

Учредительным документом унитарного предприятия является его устав, утверждаемый уполномоченным государственным органом (п. 3 ст. 113 ГК РФ). В течение 3 месяцев со дня регистрации унитарного предприятия должен быть сформирован его уставный фонд путем начисления денежных средств на его банковский счет (ст. 13 ФЗ 2002 г.). Руководитель унитарного предприятия назначается его собственником и подотчетен ему.

Особенности коммерческих унитарных юридических лиц заключаются в специфике и цели их деятельности. В связи с этим необходимо еще раз выделить некоторые отличия казенных предприятий от государственных и муниципальных предприятий.

Так, во-первых, казенные предприятия основаны на праве оперативного управления, тогда как государственные и муниципальные предприятия – на праве хозяйственного ведения. Данное обстоятельство говорит о том, что казенные предприятия не вправе распоряжаться не только недвижимым, но даже и движимым имуществом.

Во-вторых, в случае недостаточности имущества казенного предприятия, государство несет дополнительную ответственность по их обязательствам (п. 3 ст. 7 ФЗ 2002 г.).

Для государственных и муниципальных унитарных предприятий подобная ответственность государства может возникнуть только в случае, если несостоятельность (банкротство) данного предприятия вызвана его собственником (п. 2 ст. 7 ФЗ 2002 г.).

В связи с этим также стоит отметить, что казенные предприятия не могут быть признаны несостоятельными (банкротами).

Унитарными же по сути по причине отсутствия в них членства учредителя являются некоммерческие государственные предприятия, деятельность которых регулируется Федеральным законом «О некоммерческих организациях» 1996 г. (далее – ФЗ

1996 г.)¹, который выделяет *две формы государственных некоммерческих организаций*²:

1) *государственная корпорация* – не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций (например, государственная корпорация по атомной энергии «Росатом»³).

Отметим в этом связи, например, что «Росатом», имея определенный портфель зарубежных заказов на строительство блоков АЭС, начав с Турции в рамках инвестпроекта по строительству АЭС Аккую, предлагает миру пакет Build–Own–Operate («строй–владей–эксплуатируй»⁴), где российская госмонопо-

¹ Федеральный закон от 12.01.1996 № 7-ФЗ (ред. от 21.07.2014) «О некоммерческих организациях» // Российская газета. – 24.01.1996. – № 14.

² Согласно п. 6 ФЗ от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в гл. 4 ч. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации...», которые вступили в силу с 1 сентября 2014 г., «к Государственной корпорации по атомной энергии “Росатом”, Государственной корпорации по содействию разработке, производству и экспорту высокотехнологичной промышленной продукции “Ростехнологии”, Агентству по страхованию вкладов, государственной корпорации – Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства, государственной корпорации “Банк развития и внешнеэкономической деятельности (Внешэкономбанк)”, Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта, Государственной компании “Российские автомобильные дороги”, а также к иным юридическим лицам, создаваемым Российской Федерацией на основании специальных федеральных законов, положения Гражданского кодекса Российской Федерации о юридических лицах применяются постольку, поскольку иное не предусмотрено специальным федеральным законом о соответствующем юридическом лице».

³ См.: Федеральный закон от 01.12.2007 № 317-ФЗ (ред. от 25.06.2012) «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» // Российская газета. – 05.12.2007. – № 272. О компании см.: <http://www.rosatom.ru> (дата обращения: 02.08.2014).

⁴ Строящиеся АЭС за рубежом. URL: http://www.rosatom.ru/aboutcorporation/bild_npp_2 (дата обращения: 03.04.2015); АЭС «Аккую» (Турция). URL: <http://www.akkunpp.com> (дата обращения: 03.04.2015).

лия будет владеть и управлять АЭС, получая прибыль от ее деятельности. Чтобы окупить инвестиции в таких случаях Росатом как инвестор смотрит на то, какие условия готово предоставить правительство страны, для которой строится станция. Применительно к проекту в Турции, «Росатом» строит 4 блока типа ВВЭР-1200 стоимостью около 20 млрд долл. под гарантии государства выкупить до 70% электроэнергии по фиксированной цене¹;

2) *государственная компания* – не имеющая членства и созданная Российской Федерацией на основе имущественных взносов для оказания государственных услуг и выполнения иных функций с использованием государственного имущества на основе доверительного управления (например, государственная компания «Российские автомобильные дороги»²).

Государственные корпорации и компании в РФ создаются на основании федерального закона (ст. 7.1 и 7.2 ФЗ 1996 г.). Так, например, государственная корпорация по атомной энергии «Росатом» была создана на основании ФЗ «О государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» 2007 г., а государственная компания «Российские автомобильные дороги» на основании ФЗ «О государственной компании «Российские автомобильные дороги» и с учетом внесения изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» 2009 г. Положения этих законов регулируют как порядок деятельности названных в них государственных предприятий, так и порядок их создания, реорганизации и ликвидации.

Государственные корпорации и компании отличаются от коммерческих и некоторых некоммерческих унитарных юриди-

¹ Росатом готов побороться за право строить в Британии. 4.08.2013. URL: <http://www.rosatom.ru/journalist/atomicsphere/0138be8040b83a39abd1ef4c1b6ef43e> (дата обращения: 03.04.2015).

² См.: Федеральный закон от 17.07.2009 № 145-ФЗ (ред. от 25.04.2012) «О Государственной компании «Российские автомобильные дороги» и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Российская газета. – 20.07.2009. – № 131п. О компании см.: <http://www.russianhighways.ru> (дата обращения: 02.08.2014).

ческих лиц (о них будет сказано ниже). Так, имущество, переданное государственным корпорациям и компаниям учредителем (государством), переходит в их собственность, тогда как коммерческие унитарные юридические лица (унитарные предприятия) и некоммерческие (например, учреждения) имеют только право оперативного управления на переданное им государством имущество.

Другое отличие государственных корпораций и компаний от унитарных юридических лиц заключается в порядке предоставления ими отчетности о своей деятельности. Он устанавливается законами, в соответствии с которыми такие организации создаются.

При этом следует отметить, что подобные законы могут свести порядок предоставления отчета о деятельности государственных корпораций и компаний практически к нулю. Тогда как унитарные предприятия, а также государственные и муниципальные учреждения должны представлять отчет о своей деятельности высшим органами управления не менее чем раз в год (п. 1 ст. 123.19 ГК РФ, ст. 20 ФЗ 2002 г.).

Необходимо отметить также, что с момента своего появления, государственные корпорации и компании были объектами доктринальной критики.

Так, по мнению А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого появление данных организационно-правовых форм некоммерческих организаций является показателем того, что законодатель последовательно отказывается от каких-либо классификационных критериев системы юридических лиц. Положения ст. 7.1 и 7.2 ФЗ 1996 г., по мнению данных авторов, отличается своей изрядной лаконичностью, что делает ее толкование практически лишенным смысла¹.

Еще одним *подвидом государственных некоммерческих организаций*, в которых государство выступает учредителем, яв-

¹ Подробнее о государственных корпорациях и компаниях см.: Саркисов А. Государственные корпорации и государственные компании. (Адвокатское бюро «СТАТУС-КВО»). URL: http://www.sqlaw.ru/mainpartners/851/article_977.html (дата обращения: 17.08.2014); Гражданское право: учебник / под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К. – Т. 3. – Изд. 6. – М.: Проспект, 2008. – С. 210.

ляются фонды, учреждения и публично-правовые компании (п. 1 ст. 65.1 ГК РФ)¹.

Согласно ст. 123.22 ГК РФ, государственные учреждения могут быть автономными (например, ГАУ МО «Московская областная государственная экспертиза»²), бюджетными (например, ГБУ Москвы «Малый бизнес Москвы»³) и казенными (например, ГКУ МО «Московская областная противопожарно-спасательная служба»⁴). Они имеют сходства и различия, однако основным объединяющим началом для них служит то, что все они создаются РФ, ее субъектами для выполнения работ и оказания услуг с целью обеспечения реализации государственных полномочий в определенных сферах общественной деятельности (науке, образовании, культуре, здравоохранении и

¹ В настоящее время в результате реформы гражданского законодательства РФ в ГК закреплён закрытый перечень некоммерческих организаций (как унитарных, так и корпоративных).

² См.: Постановление Правительства МО от 22.06.2001 № 188/21 (ред. от 11.01.2005) «О создании государственного учреждения Московской области «Центр государственной вневедомственной экспертизы и ценообразования в строительстве» // Информационный вестник Правительства МО. – 23.08.2001. – № 9; Постановление Правительства МО от 26.02.2010 № 99/6 (ред. от 01.04.2011) «О государственном автономном учреждении Московской области «Московская областная государственная экспертиза» (вместе с «Уставом государственного автономного учреждения Московской области «Московская государственная экспертиза») // Информационный вестник Правительства МО. – 31.03.2010. – № 3. Об автономном учреждении см. по адресу <http://www.moex.ru/glavnaa> (дата обращения: 02.08.2014).

³ См.: Распоряжение Правительства Москвы от 07.03.2012 № 105-РП «О создании Государственного бюджетного учреждения г. Москвы “Малый бизнес Москвы”» // Вестник Мэра и Правительства Москвы. – 15.03.2012. – № 16. О бюджетном учреждении см.: <http://www.mbm.ru/about> (дата обращения: 02.08.2014).

⁴ См.: Постановление Правительства МО от 17.10.2007 № 787/37 (ред. от 29.03.2011) «О создании государственного учреждения Московской области «Московская областная противопожарно-спасательная служба» // Информационный вестник Правительства МО. – 26.11.2007. – № 11; Постановление Правительства МО от 08.09.2011 № 974/35 «О создании Государственного казенного учреждения Московской области «Московская областная противопожарно-спасательная служба» путем изменения типа» // Информационный вестник Правительства МО. – 30.12.2011. – № 12. – Ч. 1. О казенном учреждении см.: <http://www.mosoblspas.ru/index.html> (дата обращения: 02.08.2014).

т. д.)¹. Учреждения могут владеть, пользоваться и распоряжаться своим имуществом только на праве оперативного управления (п. 1 ст. 123.21 ГК РФ), тогда как *фонды* (например, Государственный фонд развития северо-запада²) имеют право собственности на передаваемое ему учредителем имущество. Цель деятельности *учреждений*, создаваемых собственником в единственном лице для осуществления управленческих, социально-культурных, образовательных и иных функций, отлична от цели деятельности *фондов*, которые формируются из добровольных имущественных взносов для осуществления благотворительных, культурных, образовательных и иных социально значимых полезных целей. Кроме того, ГК РФ допускает, что учредителями *фонда* могут быть 1 и более лиц, однако не допускается соучредительство при создании *учреждения* (п. 2 ст. 123.21 ГК РФ).

Интересным представляется сравнение упомянутых выше государственной корпорации и компании с *публично-правовой компанией*, являющейся одной из новелл ГК РФ. В настоящее время ГК не раскрывает содержание публично-правовой компании, а лишь упоминает о такой форме некоммерческой унитарной организации. Возможно, отсутствие закрепленных на уровне ГК положений о публично-правовой компании будет восполнено принятием отдельного федерального закона, полностью посвященного регулированию статуса данного юридического лица. В этой связи необходимо отметить, что в настоящее время на рассмотрении Государственной Думы РФ находится внесенный Правительством РФ Законопроект № 252441-6 «О публично-правовых компаниях в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» 2013 г. (далее – Законопроект № 252441-6)³.

¹ См.: Федеральный закон от 03.11.2006 № 174-ФЗ (ред. от 03.12.2012) «Об автономных учреждениях» // Российская газета. – 08.11.2006. – № 250. Подробнее о сходствах и различиях государственных и муниципальных учреждений см.: *Жигалов Д.В.* Автономные учреждения: актуальные вопросы деятельности. – М.: Фонд «Институт экономики города», 2010. – С. 100–108.

² Подробнее об этом см.: <http://www.gosfond.org> (дата обращения: 02.08.2014).

³ См.: Официальный сайт Государственной Думы РФ: Законопроекты. URL: [http://asozd2c.duma.gov.ru/addwork/scans.nsf/ID/B10008935CBD922243257B4300512DFC/\\$FILE/252441-6.PDF?OpenElement](http://asozd2c.duma.gov.ru/addwork/scans.nsf/ID/B10008935CBD922243257B4300512DFC/$FILE/252441-6.PDF?OpenElement) (дата обращения: 16.08.2014).

Именно этот законопроект предлагает внести в РФ новую организационно-правовую форму некоммерческой унитарной организации – публично-правовую компанию, создание которой будет возможно по двум основаниям:

1) издания отдельного федерального закона, регулирующего деятельность конкретной публично-правовой компании;

2) принятия соответствующего решения Правительством РФ.

В настоящее время государственные корпорации и компании согласно ФЗ 1996 г. могут быть созданы исключительно отдельным федеральным законом. Законопроект № 252441-6 предлагает наделить публично-правовую компанию специальной правоспособностью, унифицировать систему его органов управления, распространить на работников публично-правовых компаний ряд запретов, предусмотренных законодательством для государственных гражданских служащих, а также наделить публично-правовую компанию отдельными государственно-властными полномочиями. Безусловно, в настоящее время государственные корпорации и компании, действующие на основании ФЗ 1996 г., не имеют вышеперечисленных особенностей.

Как утверждают создатели Законопроекта № 252441-6, его положения не направлены на преобразование вопроса о преобразовании существующих государственных корпораций и компаний, а также акционерных обществ со стопроцентным участием государства в публично-правовые компании, однако в то же время создают необходимые законодательные предпосылки для такого преобразования¹.

Далее. Примером участия государства в коммерческих корпоративных юридических лицах могут служить акционер-

¹ См.: Официальный сайт Государственной Думы Российской Федерации: Лента новостей. URL: http://www.duma.gov.ru/news/273/325782/?sphrase_id=1376963 (дата обращения: 16.08.2014). Е.А. Суханов отмечает в этой связи, что «...государственные корпорации и пока остающуюся в единственном числе государственную компанию... предлагается объединить в общей категории «публично-правовые компании». См.: *Суханов Е.А.* Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. – С. 43. См. также: *Новак А.* Законопроект о публично-правовых компаниях: госкорпорации наносят ответный удар. 12.08.2011. URL: http://zakon.ru/Blogs/zakonoproekt_o_publichnopravovykh_kompaniyax_goskorporacii_Novak_A (дата обращения: 17.08.2014).

ные общества с частичным или 100%-ным участием государства при условии, что более 50% акций таких АО принадлежат соответственно РФ, ее субъектам, муниципальным образованиям. В уставные капиталы ОАО также не может быть внесено имущество, которое в соответствии с федеральными законами не подлежит отчуждению из государственной собственности (имущество, изъятое из гражданского оборота)¹. Как правило, государство участвует в экономической деятельности в тех отраслях, которые представляют большую общественную значимость и удовлетворяют потребность всего национального хозяйства (энергетика, транспорт, нефтяная промышленность и т. д.). Примерами подобных акционерных обществ в РФ могут служить ОАО «Российские железные дороги»² или ОАО «Газпром»³, ОАО «Российский сельскохозяйственный банк (РоссельхозБанк)»,⁴ ОАО «Газпромбанк»⁵ и др.

¹ *Радыгин А.* (науч. рук.), *Мальгинов Г., Симачев Ю., Гонтмахер А., Газетов А., Шилкин М.* Цит. соч. Отметим в этой связи, что по общему правилу акционерные общества, созданные до дня вступления в силу Федерального закона от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в гл. 4 ч. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» (т. е. до 1 сентября 2014 г.) и отвечающие признакам публичных акционерных обществ (п. 1 ст. 66.3 ГК РФ), признаются публичными акционерными обществами вне зависимости от указания в их фирменном наименовании на то, что общество является публичным (ч. 11 ст. 3 Закона № 99-ФЗ).

² См.: Постановление Правительства РФ от 18.09.2003 № 585 (ред. от 19.12.2012) «О создании открытого акционерного общества «Российские железные дороги» // СЗ РФ, 29.09.2003, № 39, ст. 3766. О компании см. по адресу <http://rzd.ru> (дата обращения: 02.08.2014).

³ См.: Указ Президента РФ от 05.11.1992 № 1333 (ред. от 12.05.1997) «О преобразовании Государственного газового концерна «Газпром» в Российское акционерное общество «Газпром» // Вестник СНД и ВС РФ, 12.11.1992, № 45, ст. 2607; Постановление Правительства РФ от 17.02.1993 № 138 (ред. от 28.12.2005) «Об учреждении Российского акционерного общества «Газпром» // Собрание актов Президента и Правительства РФ, 01.03.1993, № 9, ст. 738. О компании см.: <http://www.gazprom.ru> (дата обращения: 02.08.2014).

⁴ Подробнее о банке см.: <http://www.rshb.ru> (дата обращения: 17.08.2014).

⁵ Подробнее о банке см.: <http://www.gazprombank.ru> (дата обращения: 17.08.2014).

В этой связи стоит отметить, что государство участвует в них непосредственно, как, например, в ОАО «Российский сельскохозяйственный банк (РоссельхозБанк)», где РФ в лице Федерального агентства по управлению государственным имуществом выступает единственным акционером со 100% акций, или опосредованно, как, например, в банке ОАО «Газпромбанк», где доля ОАО «Газпром» в уставном капитале составляет 35,54%, а доля государства (Правительства РФ в лице Федерального агентства по управлению государственным имуществом) – 38,37%¹. Стоит также сказать, что такой подход лежит в русле практической реализации идеи о том, что со дня вступления в силу Федерального закона РФ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» 2002 г. (далее – ФЗ 2002 г.)² принципиально не должно допускаться создание унитарных предприятий, основанных на праве хозяйственного ведения, как и передача государственного и муниципального имущества в уставные (складочные) капиталы коммерческих организаций (за исключением ОАО, отвечающих указанным выше требованиям) и уставные фонды некоммерческих организаций³.

Государство может участвовать в деятельности хозяйственных обществ также посредством созданных государственных унитарных предприятий (например, одним из соучредителей ОАО «Банк ВТБ» является ГУП «Московский торговый дом» при Правительстве РФ)⁴.

¹ Катаев В. Банки с государственным участием. URL: <http://odal.jivaidengi-gramotno.ru/obsuzhdaem-zakon/banki-s-gosudarstvennyim-uchastiem> (дата обращения: 17.08.2014).

² Федеральный закон от 14.11.2002 № 161-ФЗ (ред. от 05.05.2014) «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // Парламентская газета. – 03.12.2002. – № 230.

³ Радыгин А. (науч. рук.), Мальгинов Г., Симачев Ю., Гонтмахер А., Газетов А., Шилкин М. Цит. соч. – С. 255, 256.

⁴ См.: Официальный сайт Федеральной налоговой службы РФ: Сведения о государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, крестьянских (фермерских) хозяйств. URL: <http://egrul.nalog.ru> (дата обращения: 17.08.2014).

Другим способом участия государства в экономике является *государственно-частное партнерство*¹ в форме *концессии* и *соглашения о разделе продукции*.

Соглашение о разделе продукции – это договор, в соответствии с которым Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности (инвестору) на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. Соглашение определяет все необходимые условия, связанные с использованием недр, в том числе условия и порядок раздела произведенной продукции между сторонами соглашения в соответствии с положениями настоящего Федерального закона (п. 1 ст. 2 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»²).

Согласно *договору концессии* концессионер обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное концессионным соглашением имущество (недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать концеденту, осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения (например, передача земли сельскохозяйственного назначения во временное пользование частного предприятия), а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования

¹ Сазонов В.Е. Подробнее см., напр.: Государственно-частное партнерство: гражданско-правовые, административно-правовые и финансово-правовые аспекты / предисл.: Зеленцов А.Б. – М.: РУДН; Буки Веди, 2012. – 492 с.; Белицкая А.В. Государственно-частное партнерство как вид инвестиционной деятельности: правовые аспекты // Предпринимательское право. – М.: Юрист, 2011. – № 1. – С. 25–29.

² СЗ РФ от 1 января 1996 г. № 1, ст. 18.

объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности (п. 1 ст. 3 Закона 2005 г.).

Цель такой деятельности – привлечение инвестиций в экономику Российской Федерации, обеспечение эффективного использования имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на условиях концессионных соглашений и повышение качества товаров, работ, услуг, предоставляемых потребителям (п. 1 ст. 1 Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»¹).

Следует отметить, что концессию, как особую форму соглашения между государством и частными лицами, следует отличать от договора коммерческой концессии, установленного ГК РФ. Особенность концессионного соглашения заключается в том, что его объекты (автомобильные дороги, морские и речные порты, гидротехнические сооружения и т. д.) полностью находятся в монопольном обладании государства либо иного публично-правового образования. Другой стороной данного соглашения всегда является частное лицо, которое, в свою очередь, берет на себя ряд определенных обязательств в обмен на предоставление ему права на объект соглашения².

В доктрине отмечается, что в отличие от обычного гражданско-правового договора, по которому стороны просто обмениваются правами и обязанностями, концессионное соглашение скорее является актом наделения со стороны государства правами, которые недоступны либо ограниченно доступны в гражданском обороте³.

Таким образом, государство участвует в экономической деятельности не только посредством создания и осуществления контроля над деятельностью государственных предприятий, но и через развитую систему правовых механизмов, наделяющих его правом на участие в коммерческой деятельности совместно с частным капиталом.

¹ СЗ РФ от 25 июля 2005 г. № 30 (ч. II), ст. 3126.

² *Сосна С.А.* Концессионное соглашение – новый вид договора в российском праве // Журнал российского права. – 2003. – № 2. – С. 14–24.

³ Подробнее см.: *Сосна С.А.* Концессионные соглашения. Теория и практика. – М., 2002. – С. 27, 28.

Изложенное позволяет заключить, что, с одной стороны, проводится поэтапное сокращение избыточной части государственного сектора в виде унитарных предприятий, с другой, – идет развитие организационно-правового оформления способов участия государства в гражданском обороте на современном этапе развития. Как будут развиваться новые формы такого участия (напр., публично-правовые компании) покажет время.

В Китае с 1949 г., как и в Бразилии в начале XX в., все предприятия стали предприятиями государственными (предприятиями общенародной собственности – enterprises owned by all the people/state enterprises – по терминологии законодательства Китая¹). По мере того как государство стало отходить от жесткой централизации управления (начиная с Третьего пленума Одиннадцатого съезда ЦК Компартии в 1978 г.²), частное предпринимательство стало завоевывать все более прочные позиции в экономике.

К 1985 г. удельный вес государственных предприятий достиг 70,4% промышленных предприятий (или 90 700 предприятий), 40,4% розничных предприятий и предприятий, продающих товары первой необходимости, капитализация таких предприятий составила 737, 05 млрд юаней³.

С конца 80-ых гг. правительство начало реформирование госсектора: стала сокращаться доля государственных предприятий в производстве промышленной продукции (с 80% в 1978 г. до 34% в 1998 г.), а доля частных предприятий стала возрастать и в 1998 г., например, составила более 12%. В период 1990–2000 гг. множество средних и малых предприятий были приватизированы и стали частными.

¹ Wang Liming, Liu Zhaoniant (translated by Fu Xiaoshuang and Wu Yanlei). On the property rights system of the state enterprises in China // Law and contemporary problems. – Vol. 52: – № 3. – P. 19–42. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3998&context=lcp&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2F> (дата обращения: 01.09.2014).

² Guanyu Jingji Tizhi Gaige. Central committee of the Chinese communist party. Resolution on reform of the economic system.

³ Wang Liming, Liu Zhaoniant. Op. cit.

Рентабельность активов государственных предприятий возросла с 0,7% в 1998 г. до 6,3% в 2006 г., они стали более транснациональными. Стоимость активов 120 крупнейших государственных компаний возросла с 360 млрд долл. в 2002 г. до 3 трлн долл. в 2010 г., хотя доля их в ВВП страны за это время сократилась. В разгар кризиса в 2009 г. 85% всех банковских кредитов (это 1,4 трлн долл.) направлялось государственным компаниям¹.

До недавнего времени правовое регулирование деятельности государственных предприятий осуществлялось в основном отдельным Законом «О промышленных предприятиях общенародной собственности» 1988 г.² – о нем речь пойдет ниже, хотя упомянутые выше Общие положения гражданского права КНР 1986 г. также содержат нормативные предписания относительно правового регулирования деятельности государственных предприятий. В результате изменений, внесенных в Закон «О компаниях» КНР в 2013 г., в нем появились особые предписания (разд. 4 гл. 1) о государственных компаниях (*wholly state-owned companies*).

Стоит отметить в этой связи, что в Китае есть и большое число компаний формально частных, но получающих (прямо или косвенно), поддержку от государства. Так, китайская компания *Lenovo* считает себя частной компанией, однако Китайская академия наук предоставила ей в свое время стартовый капитал (и до сих пор владеет в ней крупным пакетом акций), а государство частенько оказывает помощь (в частности, в 2004 г.

¹ Кондратьев В. Новый взгляд на государственные предприятия // Перспективы. 28/05/2008. URL: http://www.perspektivy.info/book/novuj_vzglad_na_gosudarstvennyje_predprijatija_2008-05-28.htm (дата обращения: 26.10.2014).

² Law of the People's Republic of China on Industrial Enterprises Owned by the Whole People. Adopted at the First Session of the Seventh National People's Congress and promulgated by Order № 3 of the President of the People's Republic of China on April 13, 1988, and effective as of August 1, 1988. URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383921.htm (дата обращения: 10.08.2014) или Закон КНР от 13.04.1988 г. «О промышленных предприятиях общенародной собственности» // Законодательство Китая. Экономическое право. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_industrial_enterprises_national (дата обращения 01.09.2014).

помогло приобрести дивизион персональных компьютеров компании IBM за 1,25 млрд долл.)¹.

Согласно положениям Закона «О промышленных предприятиях общенародной собственности», под *промышленным предприятием общенародной собственности* понимают социалистическую организацию, производящую товары и самостоятельно ведущую хозяйственную деятельность согласно закону, самостоятельно отвечающую за прибыли и убытки, использующую самостоятельный хозяйственный расчет (ст. 2 Закона КНР 1988 г.). Имущество предприятия относится к общенародной собственности – по сути, согласно широко поддерживаемой доктрине китайского гражданского права, право собственности принадлежит в таких предприятиях единственному собственнику – государству², а государство предоставляет предприятию имущество в *хозяйственное управление* (как и в РФ). Основной задачей предприятия является развитие основных отраслей промышленности на основе государственного планового хозяйства. Контроль над деятельностью таких предприятий осуществляет структурное подразделение Компартии Китая. Одна из особенностей правового режима такого предприятия заключается в обязанности строгого соблюдения государственного плана и гарантировании его качества (ст. 35, 38 Закона КНР 1988 г.). Вместе с тем с 1979 г. с принятием пакета документов, направленных на либерализацию участия государственных предприятий в имущественном обороте³, предприятия,

¹ Кондратьев В. Цит. соч. Для сравнения с подходами права в этом вопросе в США, где также поддерживают частные предприятия похожим образом см.: Беликова К.М. «Консервация» ипотечных агентств в США: уроки кризиса // Законодательство и экономика. – 2012. – № 11. – С. 62–67; Гражданское и торговое право капиталистических стран / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 92, 93.

² Wang Liming, Liu Zhaoniant. Op. cit.; Tong Rou, Zhao Zongfu, Zheng Lichun, Minfa Gailun. Introduction to civil law. – 1982. – P. 97-98.

³ The Regulations on the Expansion of Operational Management Autonomy for State-Owned Industrial Enterprises; The Regulations on Retention of Profits by State-Owned Enterprises; The Provisional Regulations on Levying Fixed Capital Tax in State-Owned Enterprises; The Provisional Regulations on Acceleration of Depreciation of Fixed Capital for State-Owned Enterprises and Improvement of the Usage of the Depreciation Fund; The Provisional Regulations on Adoption of Loan and Credit Methods for Floating Capital in Industrial Enterprises. См.: Wang Liming, Liu Zhaoniant. Op. cit.

выполнившие государственный план, получили право планировать дополнительный выпуск производимой продукции при условии, если это позволяют энерго- и сырьевые ресурсы, и самостоятельно продавать произведенную продукцию по регулируемым государством ценам. Если позволяют производственные мощности, такие предприятия также могут кооперироваться с другими предприятиями, производя продукцию из предоставляемых ими (этими другими предприятиями) материалов.

Из заработанных таким образом денежных средств такие предприятия вправе оставлять себе часть, установленную актами, включенными в обозначенный выше пакет документов, и направлять ее в специально создаваемые фонды – производственного развития, коллективного благосостояния, бонусов работникам. И чем больше размер получаемых таким образом дополнительных доходов, тем большую часть вправе оставлять себе предприятие¹.

Эти положения нашли отражение в Законе 1988 г., согласно которому в ходе осуществления своей торгово-экономической деятельности предприятие может само реализовать часть сверхплановой продукции, либо ее плановую часть. Среди прав, имеющихся у предприятия, Закон КНР 1988 г. выделяет право определять цену продукции, распоряжаться своими денежными средствами и заключать внешнеторговые договоры по согласованию с Государственным советом КНР (ст. 26–28 Закона КНР 1988 г.). В этой связи отмечается, что, хотя с появлением права предприятий удерживать получаемые ими от сверхплановой продукции доходы, предприятия все же не получили прав собственности на средства производства.

Закон КНР 1988 г. указывает на то, что управление внутри предприятия осуществляется на демократической основе, а работники вправе объединяться в профсоюз, представляющий их интересы (ст. 10, 11 Закона КНР 1988 г.).

¹ The Regulations on the Expansion of Operational Management Autonomy for State-Owned Industrial Enterprises; The Regulations on Retention of Profits by State-Owned Enterprises; The Provisional Regulations on Levying Fixed Capital Tax in State-Owned Enterprises; The Provisional Regulations on Acceleration of Depreciation of Fixed Capital for State-Owned Enterprises and Improvement of the Usage of the Depreciation Fund; The Provisional Regulations on Adoption of Loan and Credit Methods for Floating Capital in Industrial Enterprises. См.: *Wang Liming, Liu Zhaoniant. Op. cit.*

Управление в предприятии осуществляется единолично директором, который назначается компетентным правительственным органом по согласованию с профсоюзом предприятия. Директор является законным представителем предприятия и несет ответственность за его деятельность (ст. 45 Закона КНР 1988 г.). Основные полномочия директора сводятся к выработке дальнейшего плана развития предприятия, осуществлению административного управления, контролированию процесса труда на предприятии.

На предприятии может быть создано правление, состоящее из компетентных лиц и рабочих предприятия, в основном помогающих директору в выполнении его полномочий. Директор в данном случае исполняет обязанности председателя правления.

Полномочия государства в лице компетентных правительственных ведомств в отношении предприятия сводятся к определению директивного плана, поставке материальных ресурсов, а также назначению на должность и освобождению от нее директора и других руководящих административных работников (ст. 55 Закона КНР 1988 г.). В случае, если предприятие нарушает основные принципы осуществления своей торгово-экономической деятельности (например, без получения соответствующего разрешения), производство на данном предприятии прекращается на основании распоряжения регистрирующего органа, а незаконно полученные в ходе осуществления данной деятельности доходы подлежат конфискации (изъятию – ст. 59 Закона КНР 1988 г.). За нарушение ряда положений Закона КНР 1988 г. руководящие работники и должностные лица предприятия могут нести административную (например, наложение штрафа за злоупотребление служебным положением) и уголовную (например, за действия в корыстных целях под прикрытием общественных интересов) ответственность (ст. 62 Закона КНР 1988 г.).

В 1985–1986 гг., до принятия Закона 1988 г. был принят ряд актов, в том числе Временный регламент о дальнейшем расширении автономии государственных предприятий и др.¹, которые внесли изменения в права собственности предприятий.

¹ Provisional Regulations Regarding Further Expansion of the State-Owned Enterprises' Autonomy (1985); Provisional Regulations to Enhance the Vigor of Large- and Medium-Size State-Owned Industrial Enterprises (1985); The Regulations Regarding Encouraging Horizontal Economic Cooperation (1986). См.: *Wang Liming, Liu Zhaoniant. Op. cit.*

Согласно этим изменениям права предприятия по распоряжению собственностью расширились в двух направлениях: во-первых: предприятия получили право распоряжаться *основным капиталом предприятия*, в случаях, когда в его состав входит современное оборудование, – с разрешения вышестоящего департамента; *оборотным капиталом предприятия* – доход, полученный от производства сверхплановой продукции и оставшийся после уплаты налогов, может использоваться по усмотрению предприятия (вкладываться в совместные предприятия и т. д.); *товарами* – кроме тех, что запрещены к продаже самими предприятиями. Предприятия также получили возможность за вознаграждение передавать свои изобретения, технологические улучшения и инновации другим действующим национальным предприятиям, а с разрешения Государственного совета обращаться за выдачей иностранного патента или экспортировать свои изобретения; во-вторых, предприятиям стало разрешено добровольно объединяться в ассоциации «горизонтального» экономического характера без различия принадлежности к разным отраслям промышленности, департаментам и нахождения в разных регионах страны, при этом различие в государственной и коллективной собственности состояло в том, что используемые такими ассоциациями в качестве имущественных взносов заводские здания, инфраструктура, технологии, патенты, товарные знаки перестали учитываться как часть основного капитала, разрешаемого государственным планом. Такие ассоциации получили и налоговые льготы, например, те из них, которые инвестировали в бедные, изолированные, сельские регионы, транспортную систему или энергетику, на 5 лет получали право платить половину процентной ставки налога на прибыль.

Для закрепления этих достижений в 1986 г. были приняты упомянутые выше Общие положения гражданского права КНР. Они закрепили положение, согласно которому предприятия общественной собственности как юридические лица несут гражданскую ответственность имуществом, предоставленным им государством в хозяйственное управление, а предприятия коллективной собственности как юридические лица несут гражданскую ответственность имуществом, находящимся в их собственности (ст. 48). Это фактически означает, что после того как государственное предприятие приобретает статус юридического лица, его собственность является отделенной от собственности государства и от собственности участ-

ников/управляющих. Оно получает право владеть, пользоваться, извлекать доходы и распоряжаться такой собственностью в порядке управления, но не как полноправной собственностью. Поэтому оно может быть легко ограничено разного рода предписаниями чиновников местного уровня и надзорными административными органами. Таким образом, качественные права юридического лица таким предприятиям все-таки и в настоящее время не гарантируются¹.

Следующим шагом на пути модернизации форм и способов участия государства в государственных предприятиях стало издание специальных предписаний, адресованных *компаниям, полностью принадлежащим государству* (wholly state-owned companies), сконцентрированных в разд. 4 гл. II Закона о компаниях 1993 г. (в ред. 2013 г.). По всем вопросам, не урегулированным этим разделом, следует обращаться к положениям разд. 1 и 2 гл. II о деятельности компаний с ограниченной ответственностью этого закона (ст. 64 Закона 1993 г.). Для целей настоящего закона под такой компанией понимается LLC, в которой государство выступает единственным инвестором или *Государственный совет* (State Council – правительство, осуществляющее административно-исполнительную власть в стране²) или *местные народные правительства* соответствующего уровня (local people's government – органы государственного управления разных уровней³), являющиеся важными звеньями государ-

¹ Wang Liming, Liu Zhaonian. Op. cit.

² Госсовет КНР – высший орган исполнительной власти и государственной администрации. – Подробнее см.: The central peoples government of the People's Republic of China. State Council. URL: http://english.gov.cn/2008-03/16/content_921792.htm (дата обращения: 14.08.2012).

³ Китай – унитарное государство с административными автономиями. Административно-территориальное устройство страны включает три уровня: верхний – провинции, автономные районы, города центрального подчинения; средний – уезды, автономные уезды, автономные округа и города; нижний – волости, национальные волости, поселки, городские районы. Например, провинция делится на уезды, уезды – на волости. См.: Саидов А.Х. Вступит. статья в пер. конституции КНР // Конституции государств Азии: в 3-х т. – Т. 1. Западная Азия / Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; под ред. Т.Я. Хабриевой. – М.: Норма, 2010. – С. 221–223; Административное деление Китая. По данным издания «Китай: факты и цифры 2011». Мультимедийный диск. China intercontinental press // Россия и Китай. URL: <http://www.ruchina.org/china-city-province.html> (дата обращения: 12.08.2014).

ственного механизма Китая наряду с собраниями народных представителей разных ступеней, судом и прокуратурой, *дают* Агентству по управлению и надзору за государственным имуществом (State-owned assets supervision and administration authority¹, далее – Агентство) разрешение исполнять функции инвестора (ст. 75 Закона 1993 г.). Устав такой компании разрабатывается или Агентством по управлению и надзору за государственным имуществом, или советом директоров, а затем предоставляется на утверждение Агентству (ст. 65).

Что касается управления в такой компании, она имеет свои особенности. В ней *не создается совета пайщиков*. Его функции выполняет *Агентство*. Оно может разрешить совету директоров выполнять часть функций и полномочий совета пайщиков и решать основные важные для компании вопросы. Однако решение о слиянии, разделении, прекращении деятельности или признании банкротом, увеличении или уменьшении размера зарегистрированного капитала принимает Агентство, а затем представляет его на одобрение народного правительства соответствующего уровня (ст. 66).

Члены *совета директоров* назначаются Агентством, исполняют свои обязанности в порядке статей 47 и 67 Закона 1993 г. о компаниях в течение не более трех лет. Совет директоров должен иметь в своем составе представителей работников предприятия. Несмотря на невыборный, а по назначению, характер совета директоров, представители работников предприятия избираются в него работниками предприятия (ст. 67).

В такой компании имеется *должность управляющего*, который назначается на должность и прекращает свои полномочия в должности по решению совета директоров, действует он в порядке положений статьи 50 Закона 1993 г. С одобрения Агентства эту должность может занимать и член совета директоров (ст. 68).

Устанавливается ряд ограничений на совмещение должностей. Так, председатель совета директоров, его заместитель, ос-

¹ Аналог российского Федерального агентства по управлению государственным имуществом (Росимущество). Подробнее об этом см.: <http://www.rosim.ru> (дата обращения: 12.08.2014).

тальные директора и высшие должностные лица такой компании не могут совмещать эти должности с должностями в LLC, Ltd. by shares и в любой другой бизнес-структуре без одобрения со стороны Агентства (ст. 69).

Ревизионная комиссия должна состоять не менее, чем из пяти членов, не менее, чем одна треть которых должна быть представлена работниками предприятия, если иное не установлено уставом компании. Члены ревизионной комиссии назначаются Агентством, несмотря на невыборный, а по назначению, характер ревизионной комиссии, как и в случае с советом директоров, представители работников предприятия избираются в него работниками предприятия. Председатель комиссии назначается Агентством, комиссия осуществляет функции, указанные в положениях (1) и (3) ст. 54 Закона 1993 г., и иные полномочия и функции, предписанные ей Государственным советом (ст. 70).

В целом, анализ этих предписаний позволяет заключить, что статус таких предприятий близок статусу публичных корпораций/ассоциаций в странах Европы и Латинской Америки (Франции, Колумбии, Эквадоре, Перу и др.)¹.

В Южно-Африканской Республике значительная часть ключевых отраслей инфраструктуры страны (железные дороги, порты, аэропорты, выработка и передача электроэнергии, коммунальное хозяйство, радио) находится в руках государства или государственных компаний. Государство – крупнейший акционер национального телекоммуникационного гиганта Telcom.

В 2002 г. в ЮАР была создана национальная нефтедобывающая (в стране и за рубежом) компания Petroleum, Oil and

¹ См.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 177–181 (480 с.); *Она же.* Государственные предприятия в странах Латинской Америки: перспективы развития // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». – 2011. – № 3. – С. 56–58. URL: <http://electronic.ruzh.org/> (дата обращения: 01.09.2014); *Гражданское и торговое право капиталистических стран* / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 87–93.

Gas Corporation of South Africa (Petro SA), которая также владеет и управляет крупнейшим в мире заводом по сжижению газа в Mossel Bay. В 2007 г. правительство ЮАР учредило African Exploration, Mining & Finance Corporation (АЕМФС) в качестве первого шага по созданию национальной горнодобывающей компании. Планируется, что компания станет ведущим производителем угля, хрома, алмазов, золота, железной руды, марганца, никеля, платины, титана и урана¹.

Деятельность государственных компаний регулируется в ЮАР Законом «О компаниях» 2008 г. и Законом «О государственном бюджете» 1999 г.², регламентирующем процедуру принятия и утверждения государственного бюджета и ряд вопросов, касающихся финансирования таких предприятий.

Эти законы предусматривают несколько разновидностей государственных предприятий.

Закон 1999 г. в числе государственных предприятий (*public entities*³) называет:

– «правительственное коммерческое предприятие» (*national government business enterprise*) – юридическое лицо, подконтрольное органам исполнительной власти (*under the ownership control*), занимающееся коммерческой деятельностью, состоящей, главным образом, в предоставлении товаров или услуг на основе обычных принципов ведения бизнеса, полностью или частично финансируемое из Национального фонда доходов или от отчислений от собираемых налогов, сборов или иных статутных денег;

– «национальное публичное предприятие» (*national public entity*) – совет, правление/коллегия (*board*), комиссия (*commis-*

¹ Кондратьев В.Б. Цит. соч.

² Public Finance Management Act № 1 of 1999 // Government gazette, 2 March of 1999. URL: <http://www.treasury.gov.za/legislation/PFMA/act.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

³ См. подробнее: Interim guide for creating public entities at the national sphere of government. Department of Public Service and Administration National Treasury. March 2002. URL: <http://www.treasury.gov.za/legislation/pfma/public%20entities/Interim%20Guide%20for%20creating%20public%20entities.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

sion), компания (company), корпорация (corporation), фонд (fund) либо иная структура (other entity), созданная на основании национального законодательства, полностью либо частично финансируемая государством и подотчетная парламенту (ст. 1 Закона ЮАР 1999 г.).

Подконтрольность органам государственной власти означает возможность последних осуществлять любые следующие полномочия в целях определения финансового и административного положения таких предприятий с тем, чтобы наилучшим образом извлекать прибыль из их деятельности:

1) назначать и смещать всех или большинство членов правления такого предприятия или аналогичных им членов правительственного органа;

2) назначать и смещать высших исполнительных лиц таких предприятий (chief executive officers, напр., секретарей компании);

3) не учитывать все или большинство голосов на собрании членов правления такого предприятия или аналогичных им членов правительственного органа;

4) контролировать все или большинство голосов на общем собрании участников таких предприятий, имеющих право голоса.

Как видим формат *public entities* предполагает различную степень их самостоятельности. Правительственные коммерческие предприятия, которые самостоятельно зарабатывают свои деньги обладают наиболее широкой автономией, поскольку призваны действовать в конкурентной рыночной среде в соответствии с практиками конкурентного рыночного поведения. Они, как правило, платят налоги и могут, если это вызывается необходимостью, выплачивать дивиденды. Национальные публичные предприятия, как правило, представляют собой структурные подразделения министерских департаментов, наделяемые полномочиями совершать особые действия, находящиеся в сфере экономической или социальной ответственности правительства. Они более тесно связаны с правительственными фондами и государственным финансированием (через Национальный фонд доходов или статутные деньги), что обуславливает

необходимость отчетности таких предприятий за получаемые средства перед правительством. Поэтому правительство в лице соответствующего министра ежегодно утверждает бюджет таких предприятий¹.

Закон о компаниях (2008 г.) закрепляет такую форму деятельности государственного предприятия, как *государственная компания (state-owned company)*.

Согласно его положениям *state-owned company* – это юридическое лицо, осуществляющее коммерческую деятельность и зарегистрированное на основании данного закона, а также подпадающее под действие и Закона «О системе органов местного самоуправления» 2000 г.². В таком качестве были созданы в рамках Закона о компаниях 1973 г. компании SAA, Transnet, Eskom, Safcol, Alexkor, Denel, PBM, Broadband Infraco, Aventura и SAX³. Все компании (кроме Denel) также действуют на основании специального закона, устанавливающего цели деятельности, полномочия и функции каждой из них⁴. По смыслу данного закона государственные компании, созданные на основе его положений, призваны заниматься предпринимательской деятельностью.

В государственной компании в обязательном порядке должны быть учреждены определенные *органы* (например, ревизионная комиссия – *audit committee*) и *должностные лица*:

¹ См. подробнее: Interim guide for creating public entities at the national sphere of government. Department of Public Service and Administration National Treasury. March 2002. URL: <http://www.treasury.gov.za/legislation/pfma/public%20entities/Interim%20Guide%20for%20creating%20public%20entities.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

² Municipal Systems Act 2000. См.: The local government system in South Africa. 31.7.2009. URL: <http://www.docstoc.com/docs/100530007/THE-LOCAL-GOVERNMENT-SYSTEM-IN-SOUTH-AFRICA> (дата обращения: 01.09.2014).

³ Подробнее об этих компаниях см. на сайте Департамента государственных предприятий ЮАР по адресу <http://www.dpe.gov.za/state-owned-companies> (дата обращения: 01.09.2014)

⁴ См. DPE 2011-2014. Department of public enterprises strategic plan. 23/01/2012. URL: <http://www.gov.za/documents/download.php?f=147567> (дата обращения: 01.09.2014).

секретарь компании (company secretary) и аудитор (auditor)¹, – каждый из которых обладает определенными полномочиями, необходимыми для внутреннего управления ее деятельностью. Что касается *общего собрания акционеров и правления*, в соответствующих статьях Закона 2008 г. (напр., ст. 57, 61, 66 и др.) говорится о том, что нормы о собрании акционеров и правлении не распространяются на *state-owned company*.

Рассмотрим этот вопрос на примере государственной компании *Alexkor*. Как отмечалось выше она действует на основании специального закона – *Alexkor Limited Act (№ 116 of 1992)*². Этот закон закрепляет положения, согласно которым правление (board of directors) означает правление согласно смыслу, вложенному с этот термин положениями раздела 5 *Alexander Bay Development Corporation Act, 1989 (Act № 46 of 1989 – пп. (i) п. 1 закона)*, держателем акций компании является государство (п. 4 (3) (a)). При этом министр по делам публичных предприятий (minister for public enterprise) с согласия министра финансов вправе продать любому лицу, либо иным образом распорядиться акциями, держателем которых является государство, при соблюдении следующих условий:

1) такая продажа или иное распоряжение будут иметь место только после предложения к продаже посредством проспекта эмиссии и непосредственно до листинга компании на фондовой бирже Йоханесбурга;

2) акции будут проданы по рыночной цене;

3) механизм распоряжения акциями будет таким, что акции смогут приобрести работники этого предприятия согласно Правилам торговли, действующим на фондовой бирже Йоханесбурга;

4) в Меморандуме и Статьях ассоциации будет закреплено требование о том, что:

а) никто не может прямо или косвенно владеть более чем 20% акций компании;

¹ См.: *Companies Act Guide*. URL: <http://www.bdo.co.za/documents/BDO%20CoAct08e.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

² № 116 of 1992: *Alexkor Limited Act, 1992 // Government Gazette*. Vol. 325. 8 July 1992 № 14120. URL: <http://www.gov.za/documents/download.php?f=122175> (дата обращения: 01.09.2014).

б) общий объем акций, принадлежащих иностранным акционерам, не превысит 20% выпущенного капитала компании.

Рассматривая требования к должности секретаря компании, аудитора и ревизионной комиссии, отметим, что основные полномочия секретаря компании сводятся к осуществлению управленческих полномочий по финансовым операциям компании, в том числе к подготовке годового финансового отчета компании (ст. 88 Закона ЮАР 2008 г.). Он может быть назначен как учредителем компании при ее создании, так и советом директоров или акционерами в течение сорока дней с момента регистрации компании (ст. 86 Закона ЮАР 2008 г.). Осуществление функции финансового директора может быть поручено также и юридическому лицу.

Должность аудитора создается при учреждении государственной компании, аудитор утверждается на ежегодном собрании акционеров. Основной обязанностью аудитора является проверка определенных финансовых операций компании. Аудитор имеет право доступа к любым документам бухгалтерского учета компании (ст. 93 Закона ЮАР 2008 г.).

На каждом ежегодном общем собрании акционеров утверждают состав ревизионной комиссии, состоящий как минимум из трех человек (ст. 94 Закона ЮАР 2008 г.). Порядок избрания членов ревизионной комиссии аналогичен порядку избрания аудитора. Полномочия ревизионной комиссии заключаются в представлении на должность аудитора компании, определении стоимости услуг аудитора, проведении внутреннего финансового контроля деятельности компании, а также представлении своих заключений по поводу финансовой отчетности компании¹.

Таким образом, изложенное позволяет сделать следующие общие выводы.

¹ О вопросах, раскрытых в этом разделе, см. также: *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Государственные предприятия в странах БРИКС: опыт Бразилии, России, Китая и Южной Африки // *Адвокат*. – 2013. – № 5. – С. 33–46; *Они же.* Государственные предприятия в странах БРИКС: опыт Бразилии, России, Китая и Южной Африки (некоторые аспекты) // *Нравственные императивы в праве*. – 2013. – № 1. – С. 23–29.

1. Установлено, что государственные предприятия всех изучаемых стран объединяет то, что их функциональное назначение обусловлено целью деятельности и направлено на решение политических, экономических либо социальных задач в тех отраслях, которые представляют большую общественную значимость и удовлетворяют потребность на национальном уровне или на уровне административного деления.

При этом госпредприятия могут учреждаться в виде коммерческих и некоммерческих предприятий как на основе постановлений органов исполнительной власти, так и на основе специальных законов, принятых законодательной властью (например, в ЮАР соответственно «правительственное коммерческое предприятие» и «национальное публичное предприятие»).

2. Показано, что в зависимости от решаемых задач статус государственных предприятий варьируется от юридических лиц частного права до юридических лиц публичного права.

Обычно статусом частных пользуются госпредприятия, осуществляющие коммерческую деятельность, а статусом публичных – осуществляющие отдельные государственно-властные управленческие полномочия. Например, в Бразилии, согласно Конституции, к первым относятся госпредприятия, осуществляющие экономическую и финансовую деятельность, а ко вторым – предоставляющие публичные услуги или обеспечивающие работу публичных служб (непосредственно, на основании концессии или в разрешительном порядке).

3. Выявлено, что в разных странах государственные предприятия имеют различное отношение к собственности. В Бразилии и ЮАР все госпредприятия наделяются при учреждении собственным имуществом, а их капитал находится в собственности учредителя. В РФ государство передает имущество в собственность только некоммерческим организациям: государственным корпорациям, компаниям и фондам. Коммерческие унитарные юридические лица РФ получают госсобственность в хозяйственное ведение (унитарные предприятия) или оперативное управление (казенные предприятия). В КНР государство предоставляет промышленным предприятиям общенародной собственности имущество в хозяйственное управление и наделяет эти предприятия правом самостоятельного распоряжения

оборотным капиталом и товарами, полученными от сверхплановой деятельности.

4. Продемонстрировано, что законодатели всех изучаемых стран предъявляют повышенные требования к административно-хозяйственной и финансовой отчетности госпредприятий и особому режиму лиц (органов), осуществляющих административно-финансовые функции на таких предприятиях. Это подтверждает, например, закрепление: обязательного аудита таких предприятий – в ЮАР, личной ответственности директоров предприятий – в Китае, производства закупок такими предприятиями на публичных торгах – в Бразилии и т. д.).

5. Выявлена тенденция (напр., Бразилия, Россия) на снижение объема участия государства в капитале предприятий частного сектора экономики (с мажоритарного на миноритарное), на расширение выдачи концессий частному сектору экономики в различных областях инфраструктуры и т. п.

1.5. Методические материалы

Хрестоматия

«Всякий субъект есть создание объективного права». (Г.Ф. Шершеневич)

«Юридическое лицо не есть нечто мертвое и безжизненное, оно является напротив, некоторой живой клеточкой социального организма». (И.А. Покровский)

«Юридическое лицо есть лишь фигурант, механизм; субъект же права никогда не есть этот фигурант, а всегда дестинаторы права, то есть те, у которых действительное (идеальное, юридическое пользование)». (Р. Иеринг)

«Корпорация – хитроумное изобретение для получения личной прибыли без личной ответственности». (А. Бирс)

«Обязанность без права есть рабство; право без обязанности – анархия». (Ф.Р. де Ламеннэ)

«К тому, что составляет предмет владения очень большого числа людей, прилагается наименьшая забота». (*Аристотель*)

«Юридическое лицо нашего права не есть малолетнее существо, нуждающееся в законном представителе, но самостоятельно вступающий во внешний мир субъект». (*О. фон Гирке*)

«Корпорация имеет своим субстратом союз лиц, воля которого есть соединенная воля всех членов корпорации». (*Н.С. Суворов*)

«Орган – это та часть целого, в котором проявляется деятельность целого». (*С.Н. Братусь*)

«Юридическое лицо – форма коллективного обладания». (*Ю.С. Гамбаров*)

«Соглашение есть одновременное объединение воли нескольких людей в одном предприятии». (*Латинское юридическое выражение*¹)

«Мир до сих пор оставался бы без железных дорог, если бы приходилось дожидаться, пока накопление не доведет некоторые отдельные капиталы до таких размеров, что они могли бы справиться с постройкой железной дороги. Напротив, централизация посредством акционерных обществ осуществила это в один миг. Усиливая и ускоряя таким путем действие накопления, централизация в то же время расширяет и ускоряет те перевороты в техническом строении капитала, которые увеличивают его постоянную часть за счет его переменной части и тем самым относительно уменьшают спрос на труд». (*Маркс К. Капитал. – Т. 1. – С. 642*)

«Конечная цель бизнеса – это не прибыль. Прибыль – это только средство, с помощью которого можно достичь конечной

¹ Здесь и далее латинские изречения взяты из кн.: *Ванян А.Б.* Афоризмы о юриспруденции. – М., 1999.

цели – укрепления здоровья и благосостояния людей и семей, поднятия общественного духа и укрепления здоровья, – одним словом, общего блага». (Т. Ченпел)

**Вопросы для самопроверки и обсуждения
на семинаре по теме**

1. Каковы причины развития законодательства стран БРИКС по регулированию отношений с участием хозяйственных товариществ и обществ?
2. Назовите и перечислите источники правового регулирования деятельности договорных объединений и юридических лиц в странах БРИКС.
3. Существуют ли различия в содержательном наполнении трактовки понятия «товарищество» («партнерство») в праве стран БРИКС?
4. Какие хозяйственные товарищества и общества известны российскому законодательству?
5. Каковы основные положения реформы гражданского права России в области правового регулирования деятельности хозяйственных товариществ и обществ?
6. Какими нормативно-правовыми актами регулируется деятельность хозяйственных товариществ и обществ в праве КНР?
7. В чем отличие между понятиями «юридическое лицо» и «предприятие» в праве КНР?
8. В русле какой правовой семьи развивается законодательство КНР о хозяйственных товариществах и обществах?
9. Какие категории и виды юридических лиц закреплены в Законе ЮАР «О компаниях» 2008 г.?
10. В каких случаях совет директоров предпринимательских компаний в ЮАР обязан провести собрание акционеров?
11. Товарищества в праве ЮАР: понятие и особенности?
12. Какие компании и партнерства присущи праву Индии?
13. Новый Закон Индии «О компаниях» 2013 г.: причины принятия и основные отличия от старого Закона «О компаниях» 1956 г.

14. Какие виды хозяйственных товариществ и обществ предусмотрены в праве Бразилии?

15. К чему сводятся основные положения о юридических лицах в ГК Бразилии?

16. Что представляет собой негласное товарищество (*anonymous partnership*)? В какой стране (БРИКС) можно встретить данную форму ведения предпринимательской деятельности?

17. Вправе ли участник с ограниченной ответственностью в *limited liability partnership* вести одновременно иную конкурирующую предпринимательскую деятельность?

18. Перечислите организационно-правовые формы хозяйственных товариществ, обладающих статусом юридического лица в Индии.

19. С какого момента возникает правоспособность юридических лиц в странах БРИКС?

20. Предъявляет ли законодательство стран БРИКС (каких стран) требование об оплате части уставного капитала юридического лица на момент государственной регистрации?

21. В чем проявляется гарантийная ответственность участника в *company limited by guarantee*?

22. В чем заключается особенность *personal liability companies* согласно праву ЮАР?

23. Какая структура управления характерна для юридических лиц во всех странах БРИКС?

24. Назовите основной способ создания торговых товариществ по праву стран БРИКС.

25. Охарактеризуйте процедуру резервирования фирменного наименования. Право какой страны предусматривает наличие института бронирования?

26. На основе какого учредительного документа действует хозяйственное партнерство в РФ?

27. Несет ли руководство компании материальную ответственность за принятые решения по праву стран БРИКС? Если да, то в каких случаях?

28. Назовите основные этапы процедуры ликвидации договорных объединений и юридических лиц в странах БРИКС.

29. Каково значение Этеквинской декларации и Этеквинского плана действий 2013 г. в регулировании вопросов, связанных с деятельностью государственных предприятий?

30. Какие виды государственных предприятий присущи праву Бразилии и в чем их отличие друг от друга?

31. В чем заключаются взгляды бразильского правоведа Цельсо Антонио Бандейра де Мело на государственные предприятия (empresas estatais)?

32. Каковы положения законодательства Российской Федерации о государственных предприятиях: понятие и виды?

33. В каких случаях государство в Российской Федерации может участвовать в экономической деятельности без создания государственных предприятий?

34. Положениями каких нормативно-правовых актов регулируется деятельность государственных предприятий в праве КНР?

35. За какие нарушения Закона КНР «О промышленных предприятиях общенародной собственности» 1988 г. руководящие должностные лица государственных предприятий могут быть привлечены к административной и уголовной ответственности?

36. Какие виды государственных предприятий существуют в праве ЮАР и в чем их отличие друг от друга?

37. Какими полномочиями обладают секретарь компании, аудитор и ревизионная комиссия по Закону ЮАР «О компаниях» 2008 г.?

38. В чем заключаются особенности индийского законодательства о государственных предприятиях?

Словарь (глоссарий)

Акционерное общество (компания с ответственностью, ограниченной стоимостью акций – company limited by shares) – это общество, капитал которого разделен на акции, стоимостью которых определяется размер ответственности акционеров.

Гарантийная ответственность – конкретный размер суммы, в пределах которой участник компании несет ответственность по обязательствам компании.

Договорное объединение – это организация, созданная и действующая на основе учредительного договора.

Коммандитное товарищество на акциях (акционерная коммандита) – это товарищество, участниками которого являются полные товарищи и коммандитисты (акционеры), а капитал товарищества разделен на акции.

Компания с ответственностью, гарантированной в твердой сумме (company limited by guarantee) – это компания, в уставе (меморандуме) которой отмечен конкретный размер суммы, в пределах которой будет нести ответственность участник компании.

Компания с неограниченной ответственностью (personal liability company) – это компания, особенность которой заключается в личной ответственности, как бывших, так и настоящих директоров (членов правления компании), которые несут солидарную ответственность по договорным обязательствам компании.

Кумулятивная акция – это акция, дающая право на получение дивидендов и за те годы, в которые компания не имела прибыли.

Меморандум – это учредительный документ (устав) компаний.

Негласное товарищество (anonymous partnership) – это товарищество, в котором предполагается существование двух видов участников: собственника предприятия (коммерсант или товарищество) и негласного товарища (вкладчика).

Общество с ограниченной ответственностью (limited liability company) – это общество, капитал которого разделен на доли, в пределах которых участники несут риск убытков.

Подразумеваемые полномочия (implied authority) – это полномочия агента действовать в соответствии с разумными обычаями и торговыми обыкновениями, не предусмотренные учредительным документом или иным документом (доверенностью).

Полное товарищество (партнерство с неограниченной ответственностью) – это такое партнерство, участники которого отвечают по обязательствам партнерства солидарно и неограниченно всем своим имуществом.

Предпринимательские компании (profit companies) – это компании, преследующие в своей деятельности цель извлечения прибыли.

Публичная компания (public company) – это акционерное общество, участники которого могут отчуждать принадлежащие им акции без согласия других акционеров.

Резервирование фирменного наименования – это процедура бронирования фирменного наименования коммерческих организаций государственным органом на срок не более 6 месяцев.

Резидент Индии (resident in India) – это лицо, которое находится на территории Индии в течение не менее 182 дней за прошедший год.

Сертификат об инкорпорации – это документ, свидетельствующий о создании и государственной регистрации юридического лица.

Товарищество на вере (партнерство с ограниченной ответственностью) – это такое товарищество, в котором наряду с участниками, отвечающим по обязательствам товарищества своим имуществом (полными товарищами), имеется один или несколько вкладчиков (коммандитистов), которые несут риск убытков, связанных с деятельностью товарищества, в пределах сумм внесенных ими вкладов и не принимают участия в осуществлении участником предпринимательской деятельности.

Хозяйственное товарищество – это коммерческая организация, основной целью деятельности которой является извлечение прибыли.

Хозяйственное партнерство – это созданная двумя или более лицами коммерческая организация, в управлении которой принимают участие участники партнерства, а также иные лица в пределах и в объеме, которые предусмотрены в соглашении об управлении партнерством.

Частная компания (private company) – это компания, акции которой распределяются только среди учредителей или заранее определенного круга лиц.

Задачи

Задача 1. Три архитектора – К., И. и Л. – образовали товарищество в целях совместного осуществления профессиональной деятельности в г. Натал (Бразилия). В договоре определено пра-

во выхода с извещением за 9 месяцев до конца календарного года. Каждый участник товарищества мог также быть исключен из него по требованию других, если он более чем 3 месяца не выполнял свою работу. Во всех случаях его доля в капитале товарищества должна была переходить остальным. В декабре 2006 г. архитекторы К. и Л. заявили, что не желают работать с И. в связи с тем, что он не выполняет свои обязанности, – т. е. не участвует в деятельности их предприятия. Этот вопрос не решился к моменту, когда И. уехал из города отдыхать, – в это время его исключили из числа участников товарищества. Когда он вернулся в январе 2007 г. и попросил предоставить ему отчет о прибыли общества, ему отказали. Он подал иск в суд на неправомерное исключение его из товарищества.

Вопрос. *Какое решение вынесет суд?*

Задача 2. Участник партнерства с ограниченной ответственностью Achara and Others (Индия) заключил сделку на покупку дорогостоящего офисного оборудования от имени партнерства. Однако другие участники партнерства не были осведомлены о заключенном договоре и, узнав о нем, посчитали, что сделка противоречит интересам их партнерства и учредительному договору. Свою позицию они обосновывали тем, что действия от имени партнерства согласно учредительному договору может совершать лишь назначенный ими агент. Соответственно сделка должна быть признана недействительной ввиду отсутствия полномочий у совершившего ее лица.

Заключивший сделку участник Achara and Others в свою защиту утверждает обратное и объясняет свои действия тем, что согласно Закону о партнерствах с ограниченной ответственностью агентов должно быть минимум двое, в ином случае каждый участник партнерства считается агентом. Назначен был лишь один агент, следовательно, все участники партнерства могут выступать в качестве агентов партнерства.

Вопрос. *При рассмотрении указанного спора в суде, в чью пользу будет принято решение?*

Задача 3. 23.09. 2013 г. к полному товариществу (партнерству – для Индии, КНР и ЮАР) А. со стороны торговой фирмы

В. был предъявлен иск. Руководство полного товарищества (партнерства) А. отказалось удовлетворить иск, мотивируя это тем, что деньги были взяты в долг без согласия всех участников полного товарищества.

Предшествующие обстоятельства таковы. 30.08.2013 г. руководство полного товарищества А. взяло в долг у торговой фирмы В. 200 тыс. условных единиц (национальная валюта каждой из стран БРИКС) для закупки садового инвентаря для выращивания рассады цветов на срок 5 месяцев. По истечении оговоренного срока полное товарищество (партнерство) А. сумму, взятую в долг, не вернуло. В связи с этим торговая фирма В. подала иск в суд.

Вопрос. *Правомерны ли действия руководства полного товарищества (партнерства) А.?*

Задача 4. Российский бизнесмен обратился за консультацией к юристу для того, чтобы определить наиболее оптимальную форму ведения предпринимательской деятельности в Бразилии, поскольку он заинтересован в расширении своего бизнеса. При этом бизнесмен высказал некоторые пожелания:

- 1) чтобы фирма могла вести любую не запрещенную законом коммерческую деятельность;
- 2) чтобы ответственность участников была ограничена размером вклада или стоимостью акции;
- 3) чтобы число участников не превышало пятидесяти человек;
- 4) чтобы была возможность осуществлять контроль за деятельностью руководства компании.

Бизнесмен также интересовался, можно ли при моделируемой компании создать дочернюю фирму, единственным участником которой будет являться другое юридическое лицо?

Задание. *Определите организационно-правовую форму ведения предпринимательской деятельности согласно пожеланиям клиента и дайте консультацию от имени юриста.*

Задача 5. В государственный орган, осуществляющий регистрацию юридических лиц, поступило заявление о регистрации в Гонконге General Partnership «China Mobile». Регистри-

рующий орган отказал в регистрации, указав на следующие нарушения требований законодательства:

а) учредительный договор не имеет юридической силы в связи с нарушением порядка его подписания (учредительный документ подписан лишь учредителями партнерства);

б) учредительный договор не содержит сведений о цели создания партнерства;

в) фирменное наименование не содержит указание на сферу деятельности партнерства;

г) место нахождения партнерства определено по месту нахождения его постоянно действующего органа управления.

Задание. *Оцените вышеизложенные замечания и определите, правомерны ли действия регистрирующего органа.*

Задача 6. Партнер китайского партнерства с ограниченной ответственностью (LLP) «Benjamin Luo & Sons, LLP» Сюй Лу намеревалась заключить сделку купли-продажи в пользу партнерства, однако в связи с необходимостью уладить свои собственные дела она должна была находиться в это время во Франции. Чтобы не нанести убытков партнерству она выдала доверенность на осуществление данной сделки г-ну Цзин Сину.

Вопрос. *Будет ли LLP нести ответственность за сделку, заключенную г-ном Цзин Сином, в том случае, если в ее заключении отпадет какая-либо надобность, а она уже будет заключена?*

Задача 6.1. Китайское партнерство с ограниченной ответственностью (LLP) «Benjamin Luo & Sons, LLP» выдало участнику-коммандитисту доверенность на действия в сфере внешнего управления для совершения определенных сделок. Впоследствии LLP не выполнило своих обязательств по этим сделкам. Кредиторы потребовали их исполнения.

Вопрос. *Кто будет отвечать за исполнение данных сделок и в каком объеме?*

Задача 7. Административный совет бразильской компании ABC заключил от имени анонимного общества сделку. Однако впоследствии общество заявило, что не связано такой сделкой, так как она не входит в предмет деятельности данного общества, о чем

кредитор с учетом всех обстоятельств не мог не знать. В качестве доказательства этого общество ссылалось на опубликование его устава. Кредитор соответственно потребовал исполнения сделки.

Вопрос. *Какое решение примет суд?*

Задача 8. На общем собрании акционеров «African Gold (Ltd.)» (ЮАР) было принято решение о досрочном прекращении полномочий исполнительного директора. На собрании присутствовали акционеры, обладающие 21% голосующих акций.

Причиной недовольства акционеров послужило последнее событие, когда по инициативе исполнительного директора на собрании совета директоров было принято решение об увеличении номинальной стоимости акций компании «African Gold (Ltd.)», что свидетельствовало, по мнению акционеров, о превышении исполнительным директором своих полномочий. Ранее исполнительный директор также неоднократно нарушал положения устава компании и превышал свои должностные полномочия.

Вопрос. *Проанализируйте ситуацию. В чем заключается нарушение исполнительного директора? Правомерно ли решение общего собрания акционеров?*

Задача 9. Кредиторы ООО «Альфа-Трейд» предъявили иск в суд о ликвидации общества в связи с его несостоятельностью. При этом в состав имущества ликвидируемого общества кредиторы включили также имущество дочерней организации ООО «Альфа-Трейд», а также филиала общества в г. Тула. Представитель общества возражал против требований кредиторов, объясняя свою позицию тем, что дочерние организации являются самостоятельными юридическими лицами и по обязательствам ООО «Альфа-Трейд» не отвечают. Что касается тульского филиала, часть его имущества (бытовая техника, 2 автомобиля марки «Ford») находится на самостоятельном балансе филиала. Следовательно, на указанную часть имущества требования кредиторов не могут быть распространены.

Задание. *Оцените доводы сторон и примите решение.*

Задача 10. Участник партнерства с неограниченной ответственностью (general partnership) открыл на свое имя банков-

ский счет для цели ведения дел партнерства и перевел часть капитала партнерства на этот счет. Остальные участники не одобрили действия своего партнера и потребовали признания сделки недействительной и возврата денег. Открывший банковский счет участник отказывается оспаривать сделку, ссылаясь на то, что он действовал правомерно в силу подразумеваемых полномочий согласно ст. 19 Закона Индии о партнерствах 1932 г.

Задание. *Дайте консультацию от имени юриста и разрешите спор.*

Задача 11. А.Н. Гасанов и П.С. Андреев в 2014 г. основали непубличное акционерное общество (далее – НАО) «Форде-Банк». Указанные лица являлись как учредителями, так и акционерами данного банка. После непродолжительной деятельности в результате ряда неудачных финансовых операций НАО «Форде-Банк» начал процедуру несостоятельности (банкротства). Конкурсный управляющий процедурой несостоятельности (банкротства) подал в Арбитражный суд исковое заявление на учредителей банка (А.Н. Гасанова и П.С. Андреева), требуя от них возместить ущерб, нанесенный их незаконными действиями. Конкурсный управляющий утверждал, что незаконные действия состоят в том, что учредители банка неоднократно выдавали кредиты лицам, финансовый анализ деятельности которых не был достаточным, комплексным и объективным.

Согласно ст. 3 ФЗ «Об акционерных обществах» 1995 г. (далее – ФЗ об АО), если несостоятельность (банкротство) общества вызвана действиями (бездействием) его акционеров или других лиц, которые имеют право давать обязательные для общества указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, то на указанных акционеров или других лиц в случае недостаточности имущества общества может быть возложена субсидиарная ответственность по его обязательствам.

В соответствии с п. 5 ст. 129 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» 2002 г. размер ответственности лиц, привлекаемых к субсидиарной ответственности в соответствии с указанным пунктом, определяется, исходя из разницы между разме-

ром требований кредиторов, включенных в реестр требований кредиторов, и денежными средствами, вырученными от продажи имущества должника или замещения активов организации – должника.

Таким образом, конкурсный управляющий требовал у А.Н. Гасанова и П.С. Андреева возместить ущерб в размере 16 млн 183 тыс. рублей.

В свою очередь, ответчики по данному делу – А.Н. Гасанов и П.С. Андреев – были не согласны с требованиями конкурсного управляющего. В обоснование своей позиции они ссылались на абз. 2 ст. 3 ФЗ об АО, согласно которому несостоятельность (банкротство) общества считается вызванной действиями (бездействием) его акционеров или других лиц, которые имеют право давать обязательные для общества указания либо иным образом имеют возможность определять его действия, только в случае, если они использовали указанные право и (или) возможность в целях совершения обществом действия, заведомо зная, что вследствие этого наступит несостоятельность (банкротство) общества.

Таким образом, как считают А.Н. Гасанов и П.С. Андреев, указанная норма устанавливает 2 критерия по привлечению к ответственности акционеров АО за несостоятельность (банкротство) АО:

- 1) акционеры должны давать обязательные указания обществу (в том числе сотрудникам общества и иным лицам);
- 2) акционеры должны заведомо знать о том, что вследствие их действий (либо бездействий) может наступить несостоятельность (банкротство) общества.

Данные обстоятельства, исходя их имеющихся в материалах дела доказательств, конкурсным управляющим не доказаны.

Вопрос. *Кто прав в данной ситуации? Какое решение должен вынести арбитражный суд по данному делу? Имеется ли в праве Российской Федерации судебная практика на уровне ВАС РФ по подобным категориям дел? Если имеется, то какие критерии по привлечению к ответственности акционеров АО за несостоятельность (банкротство) АО она устанавливает?*

Сравните положения ст. 3 ФЗ об АО и ст. 3 ФЗ об ООО. Имеют ли данные нормы отличия в контексте рассматриваемого вопроса? Если да, то какие?

Задача 12. Трое бизнес-партнеров – Кунал Найруш, Аджит Баччан и Дайяр Кхан – в 2009 г. основали в Индии производственную компанию под названием «Globex». За первые 1,5 года деятельности число акционеров данной компании возросло до 867, к концу 2013 г. составив более 2 тыс. акционеров из разных государств. Компания привлекала инвесторов и акционеров новыми технологиями, а также своей прозрачной внешнеэкономической политикой. В марте 2014 г. компания согласно своему уставу (Memorandum of «Globex» company) должна была провести очередное собрание акционеров, в связи с чем всем акционерам была выслана информация о дате, времени и месте проведения общего собрания (23 march of 2014 at 13-00, by address: 18, West Gardenst., Mumbai, India, 400008). Указанный адрес значился в качестве официального места регистрации компании «Globex», по указанному адресу также располагался ее главный офис. В повестке дня было заявлено решение многих стратегически и экономически важных для компании вопросов (продвижение компании на латиноамериканский рынок, расширение производимой продукции, одобрение новых денежных кредитов и увеличение числа инвесторов, выборы членов совета директоров и т. д.). При этом большинство местных и зарубежных акционеров компании (более 65% от общего числа всех акционеров) письменно заявило о невозможности своего личного присутствия в указанные дату и время по различным причинам.

Вопрос. *Как компания может выйти из данной ситуации? Предусматривает ли действующий Закон Индии «О компаниях» 2013 г. возможность проведения общего собрания акционеров без их фактического присутствия на нем с использованием современных технологий? Если да, то в какой норме данного закона предусмотрена подобная возможность, и о каких способах проведения общего собрания акционеров в нем говорится?*

**Список рекомендуемой литературы,
нормативные акты и документы**

А) На русском языке

На бумажном носителе

Основная литература

1. Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник : в 2 т. – Т. 1 / К.М. Беликова, В.Ю. Ифраимов, М.А. Ахмадова, Ц.А. Буджаева (Бегджиева) и др.; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. – М.: РУДН, 2015. – 595 с.

Дополнительная литература

2. *Бевеликова Н.М.* Законодательство Китайской Народной Республики в сравнительно-правовом измерении // Законодательство и экономика. – 2012. – № 4. – С. 72–79.

3. *Безбах В.В., Беликова К.М.* Реорганизация юридических лиц посредством слияний и присоединений в контексте анти-монопольного регулирования в странах Латинской Америки // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». – 2009. – № 5. – С. 150–156.

4. *Беликова К.М.* Защита прав работников предприятий, входящих в группу, в странах Латинской Америки // Законодательство. – 2011. – № 9. – С. 75–80.

5. *Беликова К.М.* Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединения в праве стран МЕРКОСУР // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – Вып. 2. – № 17. – С. 47–55.

6. *Беликова К.М.* Некоторые проблемы защиты прав акционеров в «группах предприятий» в странах Латинской Америки // Право и политика. – 2011. – № 11 (143). – С. 1947–1955.

7. *Беликова К.М.* Основы гражданского права // Правовое обеспечение профессиональной деятельности: учебное пособие для бакалавров / под ред. проф. А.Я. Капустин. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрайт, 2013. – С. 145–175. (Серия: Бакалавр. Базовый курс.)

8. *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – 480 с.
9. *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Государственные предприятия в странах БРИКС: опыт Бразилии, России, Китая и Южной Африки // Адвокат. – 2013. – № 5. – С. 33–46.
10. *Богатырев А.Г.* Инвестиционное право. – М.: Росс. Право, 1992.
11. *Бычко М.А., Комаревцева И.А.* Хозяйственное партнерство: новеллы российского гражданского законодательства // Вестник Ставропольского государственного университета. – 2012. – № 2. – С. 62–65.
12. *Венедиктов А.В.* Правовая природа государственных предприятий // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. – Т. I. – М.: Статут, 2004. – С. 217–393.
13. *Воронин М.М.* Общие процедуры государственной регистрации создания, реорганизации и ликвидации юридических лиц по российскому законодательству // Перспективы науки. – 2012. – № 34. – С. 120–124.
14. *Гавришин М.П.* Особенности правового статуса хозяйственного партнерства // Российское правосудие. – 2012. – № 10. – С. 29–38.
15. *Галихайдаров Е.В.* Сравнительно-правовое исследование коммерческих организации в КНР и России // Современное право. – 2010. – № 6. – С. 133.
16. Гражданское и торговое право зарубежных стран / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004.
17. Гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов: в 4 т. – Т. 1: Общая часть. – М.: Волтерс Клувер, 2006.
18. Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – Т. 3. – Изд. 6.– М.: Проспект, 2008.
19. *Долинская В.В.* Акционерное право: основные положения и тенденции. – М.: Волтерс Клувер, 2006.
20. *Ифраимов В.Ю.* Хозяйственные товарищества и общества в странах БРИКС: опыт России, Китая и Южной Африки // Адвокат. – 2013. – № 10. – С. 44–51.
21. *Иоффе О.С.* Правосубъектность социалистических организаций // Избранные труды по гражданскому праву: Из ис-

тории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2003. – С. 297–333.

22. Комплексное моделирование и прогнозирование развития стран БРИКС в контексте мировой динамики / Научный совет по Программе фонд. исслед. Президиума РАН «Экономика и социология науки и образования». – М.: Наука, 2014. – 382 с.

23. Корпоративное право: учебный курс / отв. ред. И.С. Шиткина. – 2-е изд. – М.: КНОРУС, 2015.

22. Корпоративные отношения: комплексные проблемы теоретического изучения и нормативно-правового регулирования: монография / отв. ред. Е.Д. Тягай. – М.: Норма, Инфра-М, 2014.

25. Кулагин М.И. Привлечение трудящихся к «управлению» акционерным обществом // Избранные труды по акционерному и торговому праву. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 2004. – С. 124–133.

26. Мещерякова А.А. Особенности правового положения юридических лиц России, Китая и Монголии // Трансграничье в изменяющемся мире. – 2010. – № 1. – С. 116–124.

27. Могилевский М.Д. Корпорации в России: правовой статус и основы деятельности. – М.: Дело, 2007.

28. Могилевский М.Д. Общества с ограниченной ответственностью: законодательство и практика его применения. – М.: Статут, 2010. – 420 с.

29. Мозолин В.П. Гражданское право: в 2 ч. – Ч. 1. – М.: Юристъ, 2005.

30. Мозолин В.П. Право компаний // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 174–204.

31. Нанаева Э.А. Гражданско-правовая ответственность основного общества (товарищества) по обязательствам дочернего общества в праве России и Германии: дис. ... к.ю.н.: 12.00.03. – М., 2008. – 258 с.

32. Пащенко Е.Г. Гражданское законодательство КНР – М.: Изд-во Междунар. центра финансово-эконом. развития, 1997. – 336 с.

33. Пащенко Е.Г. Экономическая реформа в КНР и гражданское право / отв. ред. Л.М. Гудошников. – М.: Спарк, 1997. – 188 с.

34. Перспективы и стратегические приоритеты восхождения БРИКС. Научный доклад к VII Саммиту БРИКС / под ред. В.А. Садовниченко, Ю.В. Яковца, А.А. Акаева. – М.: МИСК; ИНЭС; НКИ БРИКС, 2014. – 392 с.

35. Правовое положение юридических лиц // Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – С. 10–156.

36. Рубеко Г.Л. Акционерное право. – М.: Статут, 2012.

37. Садиков О.Н. Гражданское право. – Т. I. – М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»; ИНФРА-М, 2006.

38. Скворцова Т.А. Структура управления акционерным обществом // Сборник научных трудов SWORLD по материалам международной научно-практической конференции. – М., 2011. – № 4. – С. 23–32.

39. Смешанные виды торговых товариществ в континентальной системе права // Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Междунар. отношения, 2008. – С. 258, 259.

40. Гражданское право / отв. ред. Е.А. Суханов: в 4 т. – Т. 1: Общая часть. – М.: Волтерс Клувер, 2010.

41. Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. – М.: Статут, 2014. (Документ предоставлен Консультант Плюс. Дата сохранения: 05.07.2014.)

42. Формы ведения предпринимательской деятельности по законодательству зарубежных государств / под ред. В.В. Залесского. – М.: Юристъ, 2005. – 262 с.

43. Чежия Д.Ю. Фирменное наименование акционерного общества // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. – 2007. – № 27. – С. 92–94.

44. Шершеневич Г.Ф. Торговые товарищества // Курс торгового права. – Т. I: Введение. Торговые деятели. – М.: Статут, 2003. – 480 с.

45. Щеглова К.Д. Правовое положение участников товарищества на вере // Известия Российского государственного педагогического университета им. А.И. Герцена. – 2007. – № 45. – С. 300–302.

46. Яворская Ю.В. Общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества в структуре коммерческих организаций // Бизнес в законе. – 2007. – № 4. – С. 359–361.

47. *Янь Имэй*. Состояние гражданского законодательства в современном Китае и процесс его кодификации // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 7.

Нормативные акты и документы

48. Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 (ред. 30.12.2008 г.) // Российская газета. – 21.01.2009. – № 7.

49. Конституция Федеративной Республики Бразилия (5 октября 1988 г.) // Конституции зарубежных государств: учебное пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 2001.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

50. *Беликова К.М.* Государственные предприятия в странах Латинской Америки: перспективы развития // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». – 2011. – № 3. – С. 56–58. URL: <http://electronic.ruzh.org> (дата обращения: 01.09.2014).

51. *Глушецкий А.* Кумулятивное голосование как средство восполнения недостатка инвестиционных корпоративных прав при формировании коллегиальных органов хозяйственных обществ // Хозяйство и право. – 2011. – № 3. URL: http://www.mirkin.ru/_docs/articles04-037.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

52. *Диордиева Н.* Новый стандарт корпоративного управления. 06.09.2011. URL: <http://www.buhgalteria.ru/article/n50353> (дата обращения: 02.08.2014).

53. *Дружинина Ю.И., Горлова П.И.* Отмена ЗАО и ОАО – революционные изменения ГК РФ // Вестник – Экономист (Забайкальский государственный университет: Электронный научный журнал. – 2012. – № 4. – С. 1–9 URL: http://vseup.ru/static/articles/DRUZHININA_GTOVO_2.pdf (дата обращения: 02.08.2014).

54. *Кондратьев В.Б.* Государственный капитализм на марше. 24.08.2012 // Перспективы. Сетевое издание. URL: http://www.perspektivy.info/table/gosudarstvennyj_kapitalizm_na_marshe_2012-08-24.htm (дата обращения: 30.07.2014).

55. Консультант Плюс: Правовые новости. Специальный выпуск «Изменения положений Гражданского Кодекса РФ о юридических лицах (Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ)». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_140912 (дата обращения: 06.08.2014).

56. Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. – М.: Статут, 2004 (Классика российской цивилистики). URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/6/page_18.html (дата обращения: 01.09.2014).

57. Лю Цзюнь Пин. Кодификация гражданского законодательства в Китайской Народной Республике: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.03. – М., 2011. – 24 с. URL: <http://lawtheses.com/kodifikatsiya-grazhdanskogo-zakonodatelstva-v-kitayskoy-narodnoy-respublike> (дата обращения: 31.08.2014).

58. Мельникова Т.В. К вопросу о правовом статусе полного товарищества (на примере сравнительного анализа российского и североамериканского права) // Юрист. – 2013. – № 7 // Информационный банк «Консультант+» «Юридическая пресса». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=СЛ;n=70130> (дата обращения: 04.09.2013).

59. Радыгин А. (науч. рук.), Мальгинов Г., Симачев Ю., Гонтмахер А., Газетов А., Шилкин М. Реформирование унитарных предприятий в российской экономике: отраслевой и региональный аспекты. Научные труды № 81Р. – М.: Институт экономики переходного периода. – С. 255, 256. URL: http://www.iер.ru/files/text/working_papers/81.pdf (дата обращения: 17.08.2014).

60. Саркисов А. Государственные корпорации и государственные компании (Адвокатское бюро «СТАТУС-КВО»). URL: http://www.sqlaw.ru/mainpartners/851/article_977.html (дата обращения: 17.08.2014).

61. Сухарев А.Я. Китай // Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник. – М.: Норма, 2003. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1290_page_74.html (дата обращения: 31.08.2014).

62. Шиткина И.С. Особенности управления в «компаниях одного лица» // Корпоративное право. URL: <http://uristinfo.net/korporativnoe-pravo/128-issshitkina-korporativnoe-pravo.html> (дата обращения: 01.09.2014).

63. *Шувалова М.* Прощайте, ОАО и ЗАО. 30 июня 2014. URL: <http://www.garant.ru/article/550522> (дата обращения: 04.08.2014).

Нормативные акты и документы

62. Концепция участия Российской Федерации в объединении БРИКС. Утв. Президентом Российской Федерации В.В. Путиным 9 февраля 2013 г. URL: <http://kremlin.ru/news/17715> (дата обращения: 26.04.2015)

65. Закон КНР «О компаниях» (принят на 5-м заседании Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 8-го созыва 29 декабря 1993 г. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_company (дата обращения: 19.08.2014).

66. Общие положения гражданского права КНР от 12.04.1986 (Приняты на 4-й сессии Всекитайского собрания народных представителей шестого созыва). URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law (дата обращения: 31.08.2014).

67. Закон КНР от 13.04.1988 г. «О промышленных предприятиях общенародной собственности» // Законодательство Китая. Экономическое право. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/law_industrial_enterprises_national (дата обращения 01.09.2014).

68. Федеральный Закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (Принят ГД ФС РФ 24.11.1995) // Российская газета. – 29.12.1995. – № 48 (в ред. Федерального закона от 6 апреля 2015 г. № 208-ФЗ, изм. вступили в силу со дня официального опубликования (опубликован в СЗ РФ 06.04.2015, на Официальном интернет-портале правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> – 07.04.2015).

69. Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (принят ГД ФС РФ 14.01.1998) // СЗ РФ. – 16 февраля, 1998. – № 7. – Ст. 785. (в ред. Федерального закона от 6 апреля 2015 г. № 208-ФЗ, изм. вступили в силу со дня официального опубликования (опубликован в СЗ РФ 06.04.2015, на Официальном интернет-портале правовой информации: <http://www.pravo.gov.ru> – 07.04.2015).

70. ГК РФ в ред. ФЗ от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ, вступающей в силу с 1 сентября 2014 г // Российская газета. – 7.05.2014. – № 101.

Б) На иностранном языке

На бумажном носителе

Дополнительная литература

71. *Borges J.E.* Curso de direito comercial terrestre. – 2^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1964.

72. *Briscoe A.* Review of business laws in Southern Africa: report prepared for the SEPAC Working group «Policy Issues». – Gaborone, 1999.

73. *Hentz L.A.S.* Direito de Empresa № Código Civil de 2002: Teoria Geral do Direito Comercial de acordo com a Lei № 10.406, de 10-01-2002 / Ed. Juarez de Oliveira. – Ed. 2da. – Sao Paulo, 2003.

74. *Reale Miguel.* Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. – V. 5. – T. 2. – Brasília, 1989.

75. *Roppo E.* Contrato. – Coimbra: Almedina, 1988.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

75. A Partnership as a legal entity. URL: <http://southafrica.smetoolkit.org/sa/en/content/en/5244/A-Partnership-as-a-legal-entity> (дата обращения: 01.09.2014).

76. Achieving Stability through Insolvency. Insolvency in South Africa. URL: https://www.findanaccountant.co.za/content_insolvency-south-africa (дата обращения: 01.09.2014).

77. Brazil Company Formation. URL: <http://startupbrazil.co.uk/company-formation/> (дата обращения: 03.09.2013).

78. *Buchholz R.* Corporate Restructure in South Africa. July. 2006. URL: http://tma-sa.comwww.tma-a.com%2Finfo-centre%2Fknowledge-base%2Fdoc_download%2F14-corporate-restructure-in-south-africa.html (дата обращения: 21.02.2014).

79. Código Civil: novas leis № Brasil. 10.01.2003 // Folha de S. Paulo // Gazeta Mercantil. URL: <http://www.brasilnews.com.br/News3.php?CodReg=6900&edit=Geral&Codnews=999> (дата обращения: 31.07.10).

80. Companies Act Guide. URL: <http://www.bdo.co.za/documents/BDO%20CoAct08e.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

81. Companies Bill: key changes. A quick digest of the changes that companies need to be aware of. Aug 08 2013. URL: <http://www.livemint.com/Politics/V7FKtHOVMmqVIQsjtYPIUK/Companies-Bill-key-changes.html> (дата обращения: 31.08.2014).

82. Company Formation – Brazil. URL: <http://www.worldlink-law.com/businfo/brazil/companyform.htm> (дата обращения: 01.09.2014).

83. Company Law of Brazil. URL: http://www.tavaresborba.com.br/wp-content/uploads/2011/11/company_law.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

84. *Danilo Nogueira*. The Law of Business Organizations under the New Brazilian Civil Code. URL: <http://www.bokorlang.com/journal/27brascorp.htm> (дата обращения: 01.09.2014).

85. Doing Business in South Africa. January 2011. Deneys & Reitz Attorneys. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/za-doing-business-in-south-africa-2011-44291.pdf> (дата обращения: 16.08.2014).

86. Establishing a foreign invested enterprise in China. Norton Rose LLP 2010 Ed. URL: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/establishing-a-foreign-invested-enterprise-in-chinapdf-28964.pdf> (дата обращения: 23.07.2013).

87. *Fan Y., Chen N., Kirby D.A.* Chinese Peasant Entrepreneurs: An Examination of Township and Village Enterprises in Rural China // *Journal of Small Business Management*. – October, 1996. – Vol. 34. – № 4. URL: <http://www.questia.com/library/1G1-18955904/chinese-peasant-entrepreneurs-an-examination-of-township> (дата обращения: 01.09.2014).

88. Forms of Business in South Africa. URL: <http://www.jumpstarthandbook.co.za/HandbookPdfs/5c.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

89. Forms of partnership available: liabilities of partners // *Review of business laws in Southern Africa*. URL: <http://library.fes.de/fulltext/bueros/botswana/00619005.htm#E11E24> (дата обращения: 01.09.2014).

90. *Gayathry Amrutha*. India's New Companies Bill Expected to Boost Mergers with Foreign Firms, Mandates Social Welfare Spending. URL: <http://www.ibtimes.com/indias-new-companies-bill>

expected-boost-mergers-foreign-firms-mandates-social-welfare-spending (дата обращения: 31.08.2014).

91. *Guoqiang Tian*. Property Rights and the Nature of Chinese Collective Enterprises // *Journal of Comparative Economics*. – 2000. – № 28. – P. 247–268. URL: <http://econweb.tamu.edu/tian/jce00.pdf> (дата обращения: 31.08.2014).

92. Liquidating Chinese Companies (International PwC). URL: http://www.pwccn.com/home/eng/brs_insolvency.html (дата обращения: 01.09.2014).

93. Liquidation South Africa. URL: <http://liquidationsouthafrica.co.za> (дата обращения: 01.09.2014).

94. *Lubinisha Saha, Rohit Kumar*. The Concept of Liquidation // *Winding Up in India*. – 2006. – Vol. 6. – Is. 6 // *International Corporate Rescue*. URL: <http://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=64> (дата обращения: 04.02.2014).

95. *Lynn Berat*. South African contract law: the need for a concept of unconscionability // *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*. – 1992. – Vol. 4. – Is. 3. – P. 507–508. URL: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol14/iss3/4> (дата обращения: 01.09.2014).

96. *Malik Aman*. New company law finally approved. 9.08.2013. URL: <http://www.livemint.com/politics/9AbwwdbxYBhvyOoI8WEy5H/Companies-Bill-passed-by-Rajya-Sabha.html> (дата обращения: 01.09.2014).

97. Partnerships in India Leverage Strengths for Success. October 2009. URL: http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/78a73c0048a7e52ca09fe76060ad5911/IFC_India_LL_Brochure_20.pdf?MOD=AJPERES (дата обращения: 01.09.2014).

98. *Paul McKenzie, Fraser Mendel*. China's Partnership Enterprise Law Revised. URL: <http://www.chinalawandpractice.com/Article/1690319/Channel/9943/Chinas-Partnership-Enterprise-Law-Revised.html> (дата обращения: 01.09.2014).

99. Procedure for Registration of a Partnership Firm. URL: http://business.gov.in/starting_business/partnership.php (дата обращения: 25.02.2013).

100. Procedures for establishing an equity joint venture in China. URL: http://www.china.org.cn/living_in_china/abc/2009-07/15/content_18141099.htm (дата обращения: 31.8.2014).

101. *Robertônio Santos Pessoa*. Empresas públicas à luz das recentes reformas (EC 19/98) // Revista Jus Navigandi. – Teresina, 1999, 1 jul. – Ano 4. – № 33. URL: <http://jus.com.br/revista/texto/384> (дата обращения: 01.09.2014).

102. South African Registrations. URL: <http://www.registercompany.co.za/> (дата обращения: 01.09.2014).

103. Steps to register a new company. URL: <http://www.mca.gov.in/MCA21/RegisterNewComp.html> (дата обращения: 01.09.2014).

104. The Indian Partnership act, 1932. Chapter 3. The Institute of Chartered Accountants of India (Ed.). URL: <http://www.icai-knowledgegateway.org/littledms/folder1/chapter-3-the-indian-partnership-act-1932.pdf> (дата обращения: 27.07.2014).

105. The New Companies Act 2008 – What you need to know. URL: <http://www.bdo.co.za/displaycontent.asp?contentpageid=505> (дата обращения: 31.07.2014).

106. *Tripti Lahiri and Sean McLain*. New corporate law, what you need to know. URL: <http://blogs.wsj.com/indiarealtime/2013/08/12/new-corporate-law-what-you-need-to-know/> (дата обращения: 01.09.2014).

107. *Wang Liming, Liu Zhaoniant* (translated by Fu Xiaoshuang and Wu Yanlei). On the property rights system of the state enterprises in China // Law and contemporary problems. – Vol. 52. – № 3. – P. 19–42. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3998&context=lcp&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2F> (дата обращения: 31.08.2014).

Нормативные акты и документы

108. Código civil do República Brasil (2002). (Novo Código Civil) Lei № 10.406, de 10.1.2002. Lei Ordinária // DOFC PUB 11.01.2002, 000001, 1, Diário Oficial da União. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm (дата обращения: 26.04.2015).

109. DPE 2011-2014. Department of public enterprises strategic plan. 23.01.2012. URL: <http://www.gov.za/documents/download.php?f=147567> (дата обращения: 01.09.2014).

110. Indian Companies Act № 1 of 1956. URL: http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/Companies_Act_1956_13jun2011.pdf (дата обращения: 26.04.2015).

111. Indian Companies Act № 18 of 2013 // The Gazette of India. Extraordinary. – New Delhi, Friday, August 30, 2013. – P. II. – Section 1. – № 27 // Bhadrapada. – 1935. – № 8 (Saka). URL: http://egazette.nic.in/WriteReadData/2013/E_27_2013_425.pdf (дата обращения: 26.04.2015).

112. Interim guide for creating public entities at the national sphere of government. Department of Public Service and Administration National Treasury. March 2002. URL: <http://www.treasury.gov.za/legislation/pfma/public%20entities/Interim%20Guide%20for%20creating%20public%20entities.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

113. General Principles of Civil Law of the People's Republic of China. Transl. by Whitmore Gray and Henry Ruiheng Zheng (Adopted April 12, 1986, at the Fourth Session of the Sixth National People's Congress, to take effect on January 1, 1987). 1989. URL: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3990&context=lcp> (дата обращения: 27.07.2014).

114. Law of the People's Republic of China on Industrial Enterprises Owned by the Whole People. Adopted at the First Session of the Seventh National People's Congress and promulgated by Order № 3 of the President of the People's Republic of China on April 13, 1988, and effective as of August 1, 1988. URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383921.htm (дата обращения: 10.08.2014).

115. Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative Enterprises (Approved by the First Session of the Seventh National People's Congress on April 13, 1988). URL: <http://www.china.org.cn/english/features/investment/36755.htm> (дата обращения: 31.08.2014).

116. Lei do império № 556, de 25 de junho de 1850. Lei Ordinária. Código Commercial do Imperio do Brasil // CLBR PUB 31.12.1850, 001, 000057, 1, Coleção de Leis do Brasil). URL: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html> (дата обращения: 26.04.2015).

117. Lei № 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária // D.O.U. de 9.2.2005 – Edição extra. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm (дата обращения: 27.07.2014).

118. Lei № 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 (Lei Ordinária) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil // DOFC PUB 05.01.1916, 000133, 1, Diário Oficial da União. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm (дата обращения: 26.04.2015).

119. Lei № 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, dispõe sobre as Sociedades por Ações. – «Sociedades Anônimas» // DOFS PUB 17.12.1976 000001 1 Diário Oficial da União – Supl. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm (дата обращения: 26.04.2015).

120. Partnership Enterprise Law of the People's Republic of China, February 23, 1997 (as amended on August 27, 2006). Order of the President of the People's Republic of China № 55. URL: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4109_0_7.html (дата обращения: 01.09.2014).

121. Seventh Report on Partnership Act, 1832 of the Law Commission of India. Bombay, July 13, 1957. URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in/1-50/Report7.pdf> (дата обращения: 27.07.2014).

122. South Africa. Close Corporations Act № 69 of 1984 // Government Gazette № 9503. URL: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1984-069-CCorp.pdf> (дата обращения: 01.09.2014) или <https://www.saica.co.za/TechnicalInformation/LegalandGovernance/Legislation/CloseCorporationsActNo69of1984/tabid/1910/language/en-ZA/Default.aspx> (дата обращения: 01.09.2014).

123. South Africa. Companies Act № 71 of 2008 // Government gazette, 9 April of 2009. URL: <http://www.pmg.org.za/files/bills/090408a71-08.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

124. The Limited Liability Partnership act № 6 of 2008 // The Gazette of India. Extraordinary. – New Delhi, Friday, January 9, 2009. – P. II. – Section 1. – № 7 / Pausa 19, 1930 (Saka). URL: http://www.mca.gov.in/LLP/pdf/LLP_Act_2008_15jan2009.pdf (дата обращения: 27.07.2014).

125. The Indian Partnership Act № IX of April 8, 1932 (enacted on October 1, 1932). URL: http://www.mca.gov.in/Ministry/acts-bills/pdf/Partnership_Act_1932.pdf (дата обращения: 31.08.2014).

126. The Company Law of the People's Republic of China, December 29, 1993 (as revised on October 27, 2005). URL: http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/law_en_info.jsp?docid=50878 (дата обращения: 27.03.2013).

127. The Company Law of the People's Republic of China, December 29, 1993 (revised in 2013, revision shall come into effect as of March 1, 2014). URL: http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html (дата обращения: 27.07.2014).

128. Companies Act № 71 of 2008 // Government gazette, 9 April of 2009. URL: <http://www.pmg.org.za/files/bills/090408a71-08.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

Перечень судебных решений

129. Решение Верховного суда Индии по делу *Mrs. Bacha F. Gudzar v. The Commissioner of Income – Tax, Bombay*. URL: <http://judis.nic.in/supremecourt/disppdfjud.asp> (дата обращения: 24.02.2013).

130. Решение Высшего суда Бомбея по делу *T.P. Pratt (Bombay) Ltd. v. E D. Sassoon and Co. Ltd.* URL: <http://indiankanoon.org/doc/1022949> (дата обращения: 01.09.2014).

Электронные ресурсы

131. Законодательство Китая. URL: <http://chinalawinfo.ru>

132. Законы КНР, законодательство и право Китая // UGL Corporation (China). URL: <http://law.uglc.ru/legal.htm>

133. Классика российского права. URL: <http://civil.consultant.ru/elib>

134. Официальный сайт Государственной Думы Российской Федерации / Законопроекты. URL: <http://asozd2c.duma.gov.ru>

135. Официальный сайт Департамента государственных предприятий ЮАР. URL: <http://www.dpe.gov.za/state-owned-companies>

136. Официальный сайт Asian Corporate Governance Association. URL: <http://www.acga-asia.org>

137. Официальный сайт Министерства Индии по делам компаний. URL: <http://www.mca.gov.in>

138. Официальный сайт Министерства Юстиции Индии. URL: <http://lawmin.nic.in>

139. Официальный сайт Правительства Южно-Африканской Республики. URL: <http://www.gov.za>

140. Официальный сайт Президента Республики Бразилия. URL: <http://www2.planalto.gov.br>

141. Экономическое право. // Законодательство Китая. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law

142. Company Law. // The World Law Guide. Legislation South Africa. URL: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwezaf.htm>

143. South Africa. Trade and Industry. // Acts Online. URL: <http://www.acts.co.za/home.htm>

Заинтересованность всех стран БРИКС в развитии сотрудничества и в расширении объемов производств национальных предприятий и рынков сбыта национальной продукции привела к выработке единой стратегии предпринимательской деятельности в этих странах и к развитию правового обеспечения трансграничной (за пределами национальных государств) деятельности национальных компаний, что будет рассмотрено далее.

Глава 2
**ПРОБЛЕМА ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ
И ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ТРАНСНАЦИОНАЛЬНЫХ КОРПОРАЦИЙ (ТНК)
В СТРАНАХ БРИКС**

Страны БРИКС сталкиваются с общими вызовами и тенденциями (векторами) развития, – так, например, неуклонный рост масштабов транснационализации мировой экономики, выражающийся в повышении доли международного движения капитала, труда, технологий, информации, способствует реализации стратегий интеграции предпринимательской деятельности стран БРИКС и образованию транснациональных корпораций (далее – ТНК) путем трансформации национальных предприятий (юридических лиц и пр.), создающих в ходе своей деятельности дочерние структуры за рубежом и приобретающих акции и доли иностранных предприятий, и другими способами. С одной стороны, такие компании имеют национальную принадлежность страны, в которой они учреждены, с другой, – по характеру своих интересов и сфере своей деятельности становятся «международными», «интернациональными».

Рассмотрим далее особенности правового регулирования транснациональных корпораций (ТНК) в странах БРИКС. Начнем с трактовки понятия ТНК, чтобы лучше понять суть происходящих в БРИКС процессов в контексте транснационализации бизнеса.

**2.1. Понятие транснациональной корпорации
в экономике и праве**

Характерной чертой ТНК является сочетание централизованного руководства с определенной степенью самостоятельности входящих в нее и находящихся в разных странах юридических лиц (в том числе дочерних и зависимых компаний, связанных с основной компанией системой хозяйственных договоров), структурных подразделений (филиалов, представительств). По-

этому для определения правовой природы ТНК вопросы терминологического и методологического характера, следует рассматривать на стыке гражданского и корпоративного права, международного публичного и частного права, а также применять исследования экономической науки.

В рамках такой позиции необходимо отметить, что позиции права и экономики в определении понятия «ТНК» и приравняющихся к нему понятий в экономической и юридической науке расходятся. Так, если для юридической науки на первом месте стоят организационно-правовые вопросы (формы) для определения юридического статуса ТНК, установления публично-правовой и/или частноправовой составляющей в регулировании деятельности ТНК и т. д., то для экономической науки прерогативными являются вопросы рассмотрения ТНК как экономической единицы, ее активы, экономическая мощь и др.¹. Вследствие этого исследования ТНК учеными-экономистами изначально проводилось с акцентом на то, что ТНК является новым фактором и движущей силой экономики мирового значения, – многонациональным предприятием (Multinational Enterprise)².

Нет единства и в юридической науке: в международных нормативно-правовых актах и документах, в том числе документах ООН, и многих научных работах используется термин «транснациональная корпорация» (Multinational Corporations/Transnational Corporations)³, а в других «многонациональное предприятие»

¹ *Королев А.Е.* Транснациональные корпорации как субъекты международного частного права: дис. ... к.ю.н. – Саратов. 2001. – С. 32.

² См., напр.: OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2008. URL: <http://www.oecd.org/investment/mne/1922428.pdf> (дата обращения: 22.03.2015); Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration) – 4th Ed. URL: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm (дата обращения: 22.03.2015).

³ *Манукян М.А.* Правовое положение транснациональных корпораций в доктрине международного частного права: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2009; *Кашанина Т.В.* Корпоративное право. – М., 2006; *Право и международные экономические отношения: сборник статей / отв. ред. Н.Г. Доронина.* – М.: Юрист, 2005; *Jack N. Behrman.* World Investment Report 1993: Transnational Corporations and Integrated International Production. URL: http://unctad.org/Sections/dite_dir/docs/wir93br_behrman_en.pdf (дата обращения: 22.03.2015) и др.

(Multinational Enterprises)¹; в зарубежной и российской правовой доктрине столь же широко используется дефиниция «ТНК». Была поставлена и проблема предпочтения терминов «предприятие» (Enterprise), «компания» (Company) и «корпорация» (Corporation). Нужно сказать, что и здесь не существует единого подхода, касающегося как выбора этих терминов, так и их юридического содержания.

Так, например, в ходе семантического анализа определения ТНК, проведенного в исследованиях Л.А. Ляликовой, ею, в частности, были выявлены следующие положения². Наиболее приемлемым при определении ТНК является прилагательное «транснациональный», поскольку термин «международный» применяется в отношении субъектов международного публичного права, обладающих суверенитетом, либо созданных на основании международного договора или внутреннего закона, принятого в исполнении такого договора. Прилагательное «многонациональный» («multinational») часто встречается в зарубежной научной доктрине при определении ТНК. Однако в работах юристов и экономистов преобладает понимание «многонациональности», как структуры, образованной или контролируемой капиталом нескольких стран. В то время как термин «транснациональный» характеризует структуру национальную или многонациональную по капиталу и многонациональную по сфере деятельности.

Предпочтение термину «транснациональный» можно отдать в силу того, что данный термин максимально полно отражает сущность ТНК и получил закрепление при разработке Типового кодекса поведения ТНК, а также в документах Комиссии по торговле и развитию при ООН (UNCTAD)³. Анализируя

¹ См.: *Peter T. Muchlinski. Multinational Enterprises and the Law.* – 2nd Ed. – Oxford International Law Library. 12 July 2007. – 856 pp.; *Kappo Д., Жюйар П.* Международное экономическое право / науч. ред. В.М. Шумилов. – М., 2002; *Луиц Л.А.* Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Советское государство и право. – 1976. – № 5. – С. 122–129 и др.

² *Ляликова Л.А.* Транснациональные корпорации в аспекте международного частного права: дис. ... к.ю.н. – М., 1983. – С. 12–48.

³ См.: *Jack N. Behrman.* Op. cit.

эту ситуацию, П.Т. Мачлинский пишет: «То, что экономисты называют многонациональными, в практике ООН именуется транснациональными»¹.

В самых истоках этого терминологического спора, где имели место дебаты по поводу выбора той или иной дефиниции, рассматривался не только вопрос дилеммы выбора терминов «транснациональная» и «многонациональная», но и была поставлена проблема предпочтения терминов «предприятие», «компания» и «корпорация». В этой связи нужно отметить, что как в отношении терминологии «транснациональная», так и здесь не существует единого подхода, касающегося как выбора этих терминов, так и их юридического содержания².

Т.В. Кашанина считает, что в общей системе права термин «корпорация» понимается в широком и узком смысле. В широком смысле этот термин используется, когда организация рассматривается как единое целое и может выступать участником в гражданском обороте, а в узком – корпорацией считается исключительно организация, цель деятельности которой является получение прибыли³. В континентальной правовой системе под корпорацией, по определению того же автора, понимается организация, признанная юридическим лицом, в которой собственность, основанная на объединенных капиталах для осуществления социально полезной деятельности, отделена от управления⁴.

Термин «компания» можно использовать при определении довольно большого количества субъектов частноправовых отношений, при этом, не способствуя раскрытию сущности этих субъектов⁵.

В настоящее время существуют и разные обоснования конструкции «предприятие». Понимание этого необходимо для уяснения сути понятия «транснациональное предприятие». В конце прошлого столетия в правовой доктрине преобладало мнение, что такие учреждения не всегда являются юридическими лица-

¹ *Peter T. Muchlinski*. Op. cit. – P. 6.

² *Ляликova Л.А.* Цит. соч. – С. 12-48.

³ *Кашанина Т.В.* Корпоративное право. – М., 2006. – С. 133–135.

⁴ Там же. – С. 148.

⁵ *Королев А.Е.* Цит. соч. – С. 21.

ми, в то время как термины «компания» или «корпорация» по своей природе заведомо включают признаки юридического лица¹. В настоящее время юридическое понятие «предприятие» используется в законодательстве, доктрине и судебной практике зарубежных стран в различных значениях. В одних случаях оно обозначает субъект предпринимательской деятельности (субъект права) и в этом отношении синонимично терминам «общество», «товарищество», «компания» и т. д. В таком смысле оно встречается, как правило, в административном, финансовом, трудовом, социальном законодательстве, в международных договорах, регулирующих отношения предпринимательской деятельности².

В отечественной юридической литературе, в частности, Е.А. Суханов отмечает, что «конструкция предприятия как юридического лица (субъекта, а не объекта права) есть прямое порождение прежнего экономического и общественного строя. Очевидно, что сохранение такого субъекта права ни в коей мере не соответствует рыночной организации хозяйства, где юридическими лицами становятся, прежде всего, организации коммерческого, а не сугубо производственного характера – хозяйственные общества и товарищества. Находящиеся в их собственности предприятия (производственно-технические, имущественные комплексы) рассматриваются как объект, а не субъект права. Объявление же акционерных и других хозяйственных обществ и товариществ «корпоративными предприятиями» лишь намеренно запутывает очевидную ситуацию»³.

В.В. Бурьянов в своих исследованиях отмечает, что ТНК следует рассматривать как «предприятие», т. е. имущественный комплекс, и, в конечном итоге, как объект права⁴. Данное мнение поддерживается многими авторами и в настоящее время, и

¹ *Wallace C.D.* The multinational enterprise and legal control: host state sovereignty in an era of economic globalization. – The Hague, London, N. Y., 2002. – P. 103.

² Гражданское и торговое право зарубежных государств / под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. – Т. 1. – 2008. – С. 172.

³ *Суханов Е.А.* Предприятие и юридическое лицо // *Хозяйство и право.* – 2004. – № 7. – С. 3–11.

⁴ *Право и международные экономические отношения: сборник статей / отв. ред. Н.Г. Доронина.* – М.: Юристъ, 2005. – С. 156.

исторически. В частности, Л.А. Лунц отмечал, что «предприятие» в экономическом смысле всегда рассматривалось как «торговый промысел», «бизнес» ведущего его лица, т. е. определенный вид деятельности, экономически обособленный от личного имущества ведущего свое «дело» предпринимателя¹. Термин предприятие в указанных работах указывает на производственную направленность ТНК, в то время как современные ТНК все чаще используют в своей транснациональной деятельности сервисное обслуживание.

В «Правилах поведения Международной торговой палаты по борьбе с вымогательством и взяточничеством в международных торговых сделках» термин «предприятие» рассматривается как «любая организация, вовлеченная в коммерческую деятельность, независимо от того, организована она для получения прибыли или нет, в том числе, любая организация, управляемая государством или его территориальной единицей, включая головную или дочернюю компанию»².

«Группа видных деятелей» (Group of Eminent Persons), созданная ООН в семидесятые годы прошлого века для осуществления исследовательской работы, под названием «Воздействие многонациональных корпораций на развитие и международные отношения», пришла к выводу, что термин «предприятие» должен быть заменен термином «корпорация»³.

В научной доктрине термин «транснациональная» в большинстве случаев используется совместно с термином «корпорация», а термин «многонациональное» – с термином «предприятие».

Наличие множества определений ТНК, которые отличаются друг от друга, как по форме, так и по содержанию, является

¹ Лунц Л.А. Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Советское государство и право. – 1976. – № 5. – С. 122–129.

² ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery in International Business Transactions. ICC. 2005 Ed. – Paris, 2005. – P. 5.

³ Report of the Group of Eminent Persons to study the impact of multinational corporations on development and on international relations. ECOSOC Resolution E/5500/Rev. 1. – N. Y., 1974. – P. 23. Цит. по: Манукян М.А. Цит. соч.

следствием использования различных способов, избираемых исследователями при анализе данной конструкции. Так, А.А. Миронов отмечает, что «такая пестрота терминологии отчасти объясняется тем, что при анализе деятельности корпорации для их характеристики используются различные критерии»¹.

Б.М. Ашавский и Н. Валько², проводя анализ дефиниций ТНК, выделили следующие критерии, используемые различными авторами при выработке определения корпорации как «транснациональной», а именно: количественные и качественные. Последние отражают в определении ТНК их сущность, а количественные – степень интернационализации деятельности ТНК – как соотношения активов за границей с общими активами корпорации, числа рабочих и служащих за границей с их общим количеством, доли полученной прибыли за границей с общей прибылью и т. п.³.

Специфика ТНК такова, что, имея отделения на территории многих стран, ТНК в целом не может подпадать под юрисдикцию отдельной страны и ее деятельность как единого образования не может быть урегулирована национальным правом какого-либо государства из этих стран. Вследствие чего достижения данной цели предполагалось возможным только в рамках международного права.

Учитывая эти проблемы, ЭКОСОС ООН в 1972 г. принял резолюцию, в которой признал важное значение ТНК в международной экономике. На 57-й сессии ЭКОСОС в 1974 г. была учреждена межправительственная Комиссия ООН по ТНК и ее вспомогательный орган – Центр по ТНК (UNCTC), который существовал с 1975 по 1992 г. Комиссия разработала «Кодекс поведения ТНК» (Док. ООН E/C.10.1996. S. 2⁴), нормы которого носят рекоменда-

¹ *Мионов А.А.* Концепция развития ТНК. – М., 1981. – С. 26.

² *Ашавский Б.М., Валько Н.* Транснациональные корпорации – частнокапиталистические международные монополии // Советское государство и право. – 1981. – № 3. – С. 79 и сл.

³ *Королев А.Е.* Цит. соч. – С. 44.

⁴ Code of conduct on transnational corporations: report of the Secretary-General A, C, E, F, R. E/C.10/1986/6. URL: <http://unctc.unctad.org/html/docmaster80.htm> (дата обращения: 01.09.2014).

тельный характер. В Кодексе поведения предусмотрено, что ТНК обязаны: уважать суверенитет, социально-культурные цели, ценности и традиции страны пребывания; исходить из экономических целей и задач политики, проводимой государством в стране пребывания; не вмешиваться во внутренние дела страны пребывания, не заниматься деятельностью политического характера и воздерживаться от практики коррупции; соблюдать законы и постановления, касающиеся ограничительной деловой практики, передачи технологии и охраны окружающей среды.

В этом кодексе ТНК определяется как «предприятие, будь то государственное, частное или смешанное, имеющее отделения в двух или более странах, независимо от юридической формы и области деятельности этих отделений, которое функционирует в соответствии с определенной системой принятия решений, позволяющей проводить согласованную политику и общую стратегию через один или более центров по принятию решений, и в рамках которого отделения, таким образом, связаны между собой, будь то отношениями собственности или иными отношениями, что одно или несколько из них могут оказывать (оказывают) значительное влияние на деятельность других и, в частности, пользоваться общими знаниями и ресурсами и разделять ответственность с другими»¹.

Комиссия ООН по ТНК (UNCTC) приняла на себя функции по наблюдению за осуществлением Кодекса и функции координационного характера. Вопросы регламентирования деятельности ТНК решаются и на региональном уровне. ОЭСР в 1976 г. приняла Декларацию о международных инвестициях и многонациональных предприятиях и Руководящие принципы для многонациональных предприятий (в приложении к Декларации)² – доку-

¹ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. – М.: Wolters Kluwer, 2004. – С. 382.

² Text of the OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. 21 June 1976 (as amended). URL: <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm> (дата обращения 01.09.2014); OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 2011 Ed. URL: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (дата обращения 01.09.2014).

мент так называемого «мягкого права», также содержащий рекомендательные нормы. В основу Декларации положен принцип предоставления национального режима иностранным многонациональным предприятиям.

В 1970 г. государствами Андской группы (Колумбия, Чили, Венесуэла, Перу, Эквадор) был принят Кодекс иностранных инвестиций, содержащий унифицированные правила деятельности ТНК в странах региона. Эти правила были введены государствами-участниками во внутригосударственное право¹.

Для характеристики ТНК в рамках ЮНКТАД в 1990 г. было введено понятие «индекс транснациональности компании», определяемый как сумма доли зарубежных активов компании, доли зарубежных продаж и занятости работников за рубежом в общем числе занятых. С 2002 г. ЮНКТАД публикует «индекс распространенности сети», который рассчитывается, исходя из числа стран, в которых имеет свои отделения (филиалы) компания².

Имея в виду обозначенные спорные моменты в научной доктрине и практике в отношении определения термина, характеризующего транснациональные корпорации, попытаемся дать определение, которое раскрывает правовую сущность ТНК. Нам представляется близким подход Л.А. Ляликовой, которая определяет ТНК, как не имеющее правосубъектности частнокапиталистическое предприятие, состоящее как из самостоятельных, так и несамостоятельных в правовом отношении образований, подпадающих под юрисдикцию различных государств и связанных между собой посредством участия в акционерном капитале или иным способом, позволяющим достичь экономического единства предприятий при наличии единого центра управления, осуществляющего руководство его деятельностью.

¹ Шумилов В.М. Международное экономическое право. – 3-е изд. – Ростов-на-Дону, 2003. – С. 47.

² Бондарчук Н.А. Проблемы правового статуса транснациональных корпораций // Актуальные проблемы совершенствования российского законодательства и правоприменения: мат-лы международной научно-практ. конф. (Уфа, 29 апреля 2009 г.): в 3 ч. – Ч. 2: Гражданско-правовые проблемы. – Уфа, 2009. – С. 22.

Из этой же посылки исходит А.Е. Королев в своей диссертации¹, давая следующее определение: «ТНК – это экономически единое предприятие, имеющее несколько юридически самостоятельных или зависимых подразделений различной национальности, проводящее единую экономическую политику и руководство».

Мы согласны с мнением М.М. Богуславского, который отмечает, что экономическое единство в ТНК оформляется юридической множественностью, что служит интересам их собственников. В отличие от обычных компаний стратегия деятельности ТНК разрабатывается головным предприятием, которое координирует деятельность зарубежных отделений.

Указание на необходимость наличия «централизованного руководства находящихся в разных странах юридических лиц и структурных подразделений (филиалов, представительств, дочерних компаний)» для определения ТНК отмечается в работах ряда отечественных и зарубежных ученых².

Руководствуясь приведенными выше определениями, предлагаем следующее определение ТНК: *транснациональная корпорация* – это предприятие, которое представляет собой совокупность юридических и неюридических лиц различной национальности, достигающее экономического единства посредством централизованного управления его деятельностью.

ТНК используют разные способы ведения своей деятельности в других государствах: от инвестирования с нуля (напр., создания за рубежом полностью нового предприятия), вынесения в принимающую страну отдельных производств и пр. до применения системы взаимных участия и совместного владения предприятиями, ценными бумагами друг друга и др.³.

¹ Королев А.Е. Цит. соч. – С. 14.

² См., напр.: Поляков В.В., Щенин Р.К. Мировая экономика и международный бизнес. – М.: КНОРУС, 2004; Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. – М., 1999; Peter T. Muchlinski. Op. cit.

³ Авдокушин Е.Ф., Жариков М.В. Цит. соч. – С. 27.

За последние десятилетия ТНК выработали несколько стандартных способов функционирования на национальных рынках разных стран. Используемые странами БРИКС механизмы юридического оформления деятельности ТНК станут предметом исследования следующего раздела настоящего параграфа.

2.2. Правовые формы и методы оформления деятельности ТНК в странах БРИКС

Как было показано выше, Гражданский кодекс **Бразилии** 2002 г. четко устанавливает правовое положение торговых товариществ (обществ) всех организационно-правовых форм и их объединений, порядок создания и прекращения деятельности, права и обязанности участников. В отношении акционерных обществ в Бразилии действует Закон об акционерных обществах 1976 г., в котором определены характеристики, правовая природа и типы акционерных обществ (публичные и закрытые), порядок создания акционерного капитала, типы и классы акций (обыкновенные и привилегированные), структура и компетенция их органов управления, а также порядок прекращения деятельности.

Одним из наиболее распространенных способов установления отношений экономической зависимости между самостоятельными в правовом отношении торговыми товариществами или акционерными обществами является создание дочерних компаний.

Данная конструкция нашла отражение в законодательстве Бразилии. И это один из механизмов, которые могут использовать ТНК для ведения своей деятельности в Бразилии. Закон об акционерных обществах 1976 г. в ст. 265 определяет, что условием образования «группы» материнского общества и его дочерних компаний является заключенное господствующим обществом и его дочерними компаниями соглашение, в силу которого они приняли на себя обязательство содействовать своими средствами и своими усилиями достижению намеченных целей или участвовать в совместной деятельности или в совместных операциях.

Анализируя правовой статус «группы», бразильский юрист Фабио Компарато¹ дает ей восторженную характеристику. Он пишет: «Отныне крупное предприятие заменено группой предприятий, обеспечивающей, как в таинстве Святой Троицы, единство в различии. Обнаруживается, что централизация контроля вполне совместима с децентрализацией управления; последняя даже способствует усилению первой. Юридическая техника предложила необходимые инструменты для достижения этого результата в виде юридического лица и финансового участия в товариществе. Благодаря первому закрепляется имущественная автономия и осуществляется умножение точек приурочивания правоотношений. С помощью второго гарантируется единство управления различными имуществами. В результате можно с успехом обладать контролем без бремени собственности, господством – без хозяйственных рисков».

Бразильский правовед Р. Гонсальвес определяет группу как совокупность юридически самостоятельных предприятий, связанных между собой либо договором, либо участием в капитале, собственность которых принадлежит лицу или лицам, осуществляющим эффективный контроль над действиями указанной совокупности предприятий².

«Держательские» компании (holding company) или «контролирующие общества» (Kontroll gesellschaft) обеспечивают себе командную роль в других акционерных компаниях путем приобретения контрольного пакета акций этих компаний, в чем и состоит деятельность контролирующих акционерных обществ³.

¹ *Fabio K. Comparato*. Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions // *Revue internationale de droit comparé*. – 1978. – № 3. – P. 792. Цит. по: *Кулагин М.И.* Избранные труды по акционерному и торговому праву. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/6/page_18.html (дата обращения: 01.09.2014).

² *Goncalves R.* Grupos economicos: uma analise conceitual e teorica, Fundacao Getulio Vargas. – Rio de Janeiro, 1991. Цит. по: *Fracchia E.L.* Grupos economicos en la Convertibilidad: Analisis de su comportamiento a partir de un estudio de casos. URL: www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_02/fracchia.pdf (дата обращения: 29.03.2013).

³ *Флейшиц Е.А.* Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. – М. 1948. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1466_page_10.html (дата обращения: 01.09.2014).

Следовательно, *группой* является не всякое объединение юридических лиц, которые руководствуются общей стратегией поведения на рынке и, будучи юридически самостоятельными организациями, имеют между собой прямые или косвенные финансовые связи, а только такое, которое находится в отношениях власти-подчинения. Из приведенного определения можно вывести ряд характерных черт группы, а именно юридическую самостоятельность предприятий, входящих в группу; построение отношений между участниками группы на основе системы власти-подчинения (субординации) и централизацию управления¹.

Д.Э. Морено полагает, что присущие группе характеристики придают данному объединению существенные преимущества перед другими способами концентрации капитала, например, по сравнению со слияниями юридических лиц. Так, создание зависимой дочерней компании, как правило, не требует длительных и дорогостоящих формальностей. Кроме того, зависимое общество рассматривается как самостоятельный субъект прав – в этом проявляется одна из характерных черт группы. Это означает, что зависимое общество может осуществлять деятельность, отличную от уставной деятельности материнской компании. Нередко в форме дочерней компании создается новое производство. У дочерней компании есть также преимущество перед филиалом, который хотя и обладает относительной хозяйственной самостоятельностью, располагает материально-технической базой, имеет собственную клиентуру, а его руководитель пользуется свободой в распоряжении своими весьма широкими полномочиями, юридически он все же остается лишь составной частью общества².

Указанные выше преимущества определяют данную форму экономической зависимости как наиболее привлекательную для ТНК, по нашему мнению.

¹ См., напр.: *Leff N.* Industrial organization and entrepreneurship in developing countries: the economic groups // *Economic Development and Cultural Change*. – Julio, 1978. – № 26 (4).

² См.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 207–209.

Практика показывает, что иностранные компании предпочитают создавать дочерние компании в форме акционерных обществ (*sociedade anónima*) или общества с ограниченной ответственностью (*sociedade limitada*) в связи с тем, что «экономической предпосылкой существования контроля за деятельностью юридически автономных обществ является система участия»¹.

Другой механизм, часто используемый ТНК, – создание иностранными компаниями в Бразилии *совместных предприятий* (*joint venture*) – предприятий в капитале или деятельности которых принимает участие иностранное лицо.

Практика показывает, что совместные предприятия в Бразилии иностранными компаниями создаются на основе договора, – так называемого «*соглашения о взаимопонимании*» (*memorandum of understanding*)², в котором отражаются основные аспекты функционирования создаваемого предприятия и его структура. Он имеет обязательный характер для заключивших его сторон.

После подписания «*memorandum of understanding*» происходит регистрация компании в одной из выше указанных форм, а именно – акционерного общества (*sociedade anónima*) или общества с ограниченной ответственностью (*sociedade limitada*).

Бразильское законодательство подробно регламентирует также другие вопросы, связанные с пребыванием на территории страны совместных предприятий с иностранным капиталом. В частности, устанавливаются ограничения в приобретении недвижимости для бразильских предприятий, в которых большинство капитала принадлежит иностранцам в районах, в которых ведется добыча полезных ископаемых. Специальные ограничения введены на приобретение земельных участков в так называемых пограничных зонах, признаваемых исключительно

¹ Кулагин М.И. Избранные труды по акционерному и торговому праву. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/6/page_18.html (дата обращения: 01.09.2014).

² Foreign Investment in Brazil / Ed. Tozzini Freire Teixeira e Silva Abogados. – P. 18. URL: http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_14-11-2006_15-25-26.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

важными для национальной безопасности¹. Заметим в этой связи, что аналогичного содержания нормы содержатся в законодательстве большинства современных государств², поскольку данные сферы затрагивают вопросы национальной безопасности.

На территории Бразилии закон разрешает открывать *филиалы* и *отделения иностранных компаний* (*filial de empresa estrangeira*), которые, впрочем, рассматриваются местным законодательством как бразильские.

Для открытия *отделения иностранного предприятия* в Бразилии требуется разрешение федерального правительства и регистрация по месту нахождения филиала³. Деятельность филиала или отделения должна подчиняться законам и судам Бразилии во всем, что касается их деятельности в стране. Любое изменение учредительных актов предприятия имеет силу только после соответствующего одобрения бразильским правительством.

Следует отметить, однако, что деятельность иностранной компании в Бразилии через свои филиалы менее выгодна по сравнению с участием в капитале совместного предприятия, создания дочерних компаний и др., поскольку филиалы иностранной компании платят более высокий подоходный налог (35% и больше), а также специальный налог в размере 25% от суммы полученной прибыли, которую предполагается перевести за границу, а в случае реинвестирования прибылей для расширения промышленного производства в Бразилии ставка налога составит 15% от объема реинвестиций⁴.

Что касается *прямого инвестирования капитала*, Законом № 4.131 об иностранном капитале и вывозе прибылей за границу от 3 сентября 1962 г.⁵ предусматривается пять видов инвес-

¹ Богатырев А.Г. Цит. соч. – С. 123.

² См.: ст. 15 Земельного кодекса РФ от 25.10.2001. № 136 ФЗ. – Ст. 5 Положения КНР о применении Закона о предприятиях с иностранным капиталом от 28.10.1990 и др.

³ См.: *Filial de empresa estrangeira*. URL: <http://www.portaldopreendedor.gov.br/legislacao/filial-de-empresa-estrangeira> (дата обращения: 01.09.2014).

⁴ Ibid.

⁵ Lei № 4.131, de 3 de setembro de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências // DOU de 27.9.1962 e retificado em 28.9.1962. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm (дата обращения: 01.09.2014).

тиционных контрактов, являющихся, по сути, контрактами на передачу технологии: лицензионное соглашение о коммерческом использовании патента; соглашение о передаче промышленной технологии; соглашение о предоставлении специализированных технических услуг; соглашение об использовании торговой марки (товарного знака)¹. В настоящее время крупнейшие компании стран БРИКС начинают осознавать роль брендов в международном производстве. Примером является бразильский производитель косметики, глобализирующий свой бренд – *Natura*. Завоевав национальный рынок косметики, эта компания сперва осуществила экспансию в другие страны Латинской Америки, а в настоящее время она проникает на европейский рынок².

Такого рода контракты, хотя и представляют собой особую разновидность международных соглашений, как правило, являются составной частью иностранных инвестиций и представляют значительную долю от объема иностранного капитала, поступающего в Бразилию в качестве оплаты участия в совместных предприятиях и пр.

Одним из основных экономических стимулов для иностранных инвесторов, как отмечают исследователи³, является налогообложение. Также для иностранного инвестора важно, насколько реально гарантированы его возможности репатриации капитала и перевода дивидендов и процентов.

На протяжении многих лет все валютные операции в Бразилии проводились через органы, разрешающие эти операции (ст. 23 Закона № 4.131 об иностранном капитале... 1962 г.)⁴. В 1996 г. Центральный банк Бразилии начал реформировать эту процедуру. И в настоящее время регистрация таких операций проходит в электронном виде и не требует выдачи специальных разрешений банка⁵.

¹ Подробнее см.: *Богатырев А.Г.* Цит. соч. – С. 120, 121.

² См.: *Авдокушин Е.Ф., Жариков М.В.* Цит. соч. – С. 183.

³ См.: О некоторых аспектах налогообложения в Бразилии. URL: http://www.ved.gov.ru/exportcountries/br/br_market/br_pract_access (дата обращения: 01.04.2013); *Богатырев А.Г.* Цит. соч. – С. 116–119.

⁴ *Богатырев А.Г.* Там же. – С. 115.

⁵ См.: International capitals and foreign exchange market in Brazil. URL: http://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/International_Capitals_and_Foreign_Exchange_Market_at_Brazil.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

Что касается *договорных форм ведения деятельности*, в которых могут функционировать ТНК, то следует обратить внимание на *договор франшизы*.

Закон о франшизе № 9.279 от 14 мая 1996 г.¹ дает следующее определение франшизы – это «система, в которой франчайзер передает франчайзи право использовать торговый знак или патент, вместе с правом распространять продукты или услуги на исключительной или полуисключительной (*exclusiva ou semi-exclusiva*) основе, и, в некоторых случаях, право использовать ноу-хау, связанное с созданием и управлением бизнесом, в обмен на прямую или непрямую компенсацию без установления трудовых отношений» (ст. 2 Закона). При этом согласно действующей в Бразилии системе защиты товарных знаков, товарный знак защищается только после регистрации в Национальном институте промышленной собственности (National Institute of Industrial Property – INPI). Иными словами любой товарный знак должен быть зарегистрирован в INPI для того, чтобы быть действительным и иметь юридическую силу. Не является исключением и товарный знак, передаваемый по соглашению о франшизе. Поэтому для регистрации такого соглашения необходима и подача документов о регистрации соответствующего товарного знака². Идентификационный номер товарного знака в рамках договора о франшизе, зарегистрированного в НИПС, должен быть непосредственно в нем указан.

Другая форма ведения деятельности ТНК, основанная на договоре, – это *консорциум* или *временный союз предприятий* (*consorcio/union transitoria de empresas*)³ – возникает на основе договора об экономическом сотрудничестве. Участниками та-

¹ Lei № 8.955, de 15 de dezembro de 1994, dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências // DOU de 16.12.1994. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm (дата обращения: 30.07.2014).

² См.: Luiz Henrique do Amaral, Cândida Ribeiro Caffé, Camila Costa de Castro Silva. Guidelines for the recordal of franchise agreements in Brazil. 2011, January. URL: http://www.franchise.org/uploadedFiles/GuidelinesFranchiseAgreements_January%202011.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

³ См.: ст. 278, 279 упоминавшегося выше Закона 1976 г. об акционерных обществах Бразилии.

кого объединения могут быть компании или общества, действующие на основании положений закона об акционерных обществах. Образованный ими союз статуса юридического лица не приобретает.

Так, в отечественной юридической доктрине отмечается, что под консорциумом следует понимать объединение компаний, фирм, создаваемых в целях решения конкретных задач, реализации программ, осуществления крупных проектов, позволяющие концентрировать финансовые ресурсы, научно-технические и производственные возможности различных предприятий и организаций. И в такой союз чаще всего входят предприятия разных стран¹.

Участники этого объединения не утрачивают своей производственной и правовой самостоятельности, но лишаются возможности индивидуальной коммерческой деятельности. Поскольку консорциум не признается юридическим лицом, каждый из его участников самостоятельно принимает на себя обязательства, вытекающие из заключенного договора, и несет ответственность по их исполнению перед третьими лицами. Но вместе с тем каждый участник должен координировать свои действия с действиями остальных участников соглашения. Презумпция солидарной ответственности не действует. Договор об образовании консорциума регистрируется в торговом реестре по месту нахождения его участников².

Закон об акционерных компаниях, осуществляя правовое регулирование деятельности консорциума, подчеркивает его коммерческую природу и, в то же время, указывает на отсутствие цели распределения прибыли, поскольку данное объединение не формирует собственного уставного капитала.

¹ См.: *Уткин Э.А., Эскиндаров М.А.* Финансово-промышленные группы. – М.: Юридический мир, 1998. – С. 10–18.

² *Беликова К.М.* Договорные объединения предпринимателей, потенциально способные подменять конкурентные риски практической кооперацией: правовая природа картелей, консорциумов, пулов etc. (на примере стран Латинской Америки) // Российское конкурентное право и экономика. – 2011. – № 2. – С. 60–64. URL: http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal_30898.html (дата обращения: 23.04.2013).

Основная опасность такой коллективной формы ведения предпринимательской деятельности, как консорциум, заключается в возможном нарушении правил добросовестной конкуренции, установлении его в качестве доминирующего игрока на рынке и устранении конкурентов. Поэтому консорциумы, которые ограничивают либо иным образом негативно влияют на свободную конкуренцию или доминируют в какой-то определенной сфере, являются объектом пристального внимания со стороны антимонопольного органа Бразилии – Административного совета по защите экономики (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE¹).

Консорциум является неинкорпорированной формой ведения предпринимательской деятельности, управление которой осуществляет один из членов объединения, именуемый лидером консорциума (consortium leader). Специальная система управления компанией-лидером обусловлена административной автономией членов консорциума. Обычная деятельность консорциума предполагает приобретение активов в состав общей собственности. Члены не имеют права прямого управления активами, внесенными в консорциум, в течение всего действия консорциума. Даже кредиторы каждой компании-члена консорциума не имеют права на данные средства².

Консорциум преследует общие интересы, основанные на автономности каждого из участников. Так, в случае наличия двух компаний-участниц в консорциуме и банкротства одной из них, если соглашение о консорциуме не содержит условия о ее замене, консорциум считается прекратившим свою деятельность. Если же подобное условие содержится в соглашении, консорциум продолжает свою работу вплоть до замены компании – банкрота на иную.

Практика показывает, что данная форма объединения пользуется большой популярностью среди местных компаний. Однако участие в консорциуме иностранного инвестора не всегда

¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. URL: <http://www.cade.gov.br> (дата обращения: 13.04.2013).

² Consortium Regulation in Brazil. URL: http://www.migalhas.com/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=132563 (дата обращения: 13.04.2013).

отвечает экономическим интересам местных компаний. Так, Закон о публичных торгах № 8.666 от 1993 г.¹ внес существенные изменения в порядок участия консорциума в публичных торгах. Ст. 9 и 33 определяют требования к компании-лидеру консорциума, который выступает в качестве представителя консорциума, а именно, ст. 33 декларирует, что в качестве лидера консорциума, включающего бразильские и иностранные компании, должна выступать только бразильская компания. Подобные ограничения естественно лишают определенной привлекательности данную форму объединения местных и иностранных компаний без образования юридического лица.

Начиная с 1990-х гг. ряд законов, стимулирующих сферу недвижимости, закрепили понятие «доверительной собственности» и создали такой инструмент как «обособленное наследство» (*patrimônio de afetação*), отличное от других активов и обязательств управляющего и девелопера. Доверительный режим (*fiduciary regime*) закреплён в упомянутом выше Законе об акционерных обществах 1976 г. Известный цивилист Арнольдо Вальд² отмечает, что в качестве местной альтернативы траста законодательство Бразилии предусматривает деловое поручение – «*comissao mercantil*». Согласно Торговому Кодексу 1850 г. этот тип договора управомочивает агента (*comissario*) продавать товары от своего имени и к своей выгоде, но в интересах принципала (*comitente*). Эта модель двухстороннего сотрудничества очень схожа с моделью ограниченного партнерства, присутствующей в законодательстве Франции и Италии. Рассмотренные механизмы еще далеки от закрепления соглашения о доверительной собственности (траста), но, по крайней мере, характеризуют растущие перспективы заимствования отдельных элементов траста в законодательство Бразилии.

¹ Lei № 8.666, de 21 de junho de 1993, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências // D.O.U. de 22.6.1993 e republicado em 6.7.1994 e retificado em de 6.7.1994. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm (дата обращения: 30.07.2014).

² *Wald Arnoldo*. Algumas Consideracoes a Respeito da Utilizacao do Trust no Direito Brasileiro // Revista de direito mercantil, industrial, economico e financeiro. – Jul.–Set., 1995. – V. 34. – № 99. – P. 105–120.

В любом случае законодательством Бразилии не установлены ограничения для составления соглашения, по которому одна сторона берет на себя обязательства по управлению активами в доверительном порядке, в определенных целях и согласно определенным принципам. Суд принимает такие соглашения во внимание как договоры особого типа¹. В Бразилии существовал даже законопроект, закрепляющий соглашение о доверительной собственности (*fiduciary agreement*), но он не был принят.

На сегодняшний день, по мнению исследователей², существуют три главных препятствия для внедрения такой конструкции как трасты в законодательство Бразилии:

1. Правооснование (*title*) на собственность по природе своей исключительно и неделимо. Право собственности понимается как право на запрещение любых действий, совершенных в отношении их собственника;

2. Концепция вещных прав в Бразилии предполагает, что никакой договор не может привести к возникновению новых или иных видов прав на движимую/недвижимую собственность, за исключением исключительно персональных прав или договорных прав;

3. Создание отдельного защищаемого наследства от имени физического или юридического лица, недоступного для кредиторов, потребует специального закона, запрещающего применения правила, закрепленного в ГК, о том, что должник отвечает перед кредитором всем своим имуществом.

На основании вышеизложенного нами выявлено, что способы и формы функционирования ТНК в Бразилии имеют свои

¹ См.: *Henrique V.B., Geoffrey C. Cracking the Brazil nut: trusts in Brazil // Trusts & Trustees. – April 10, 2011. URL: http://www.bmalaw.com.br/nova_internet/arquivos/Artigos/10_abr_2011-Revista%20Trusts%20e%20Trustees_HVB.pdf (дата обращения: 30.07.2014); *Orlando Gomes. Contrato de Fidejucia ('trust') // Revista Forense. – July–September 1965. – № 211. Подробнее о вещных правах в Бразилии см., напр.: Бадаева Н.В. Бразилия // Отражение проблематики вещных прав в гражданских кодексах стран Латинской Америки // Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные институты): учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К.М. Беликовой. – М.: Изд-во УДН, 2010. – С. 217–221 (534 с.).**

² *Henrique V.B., Geoffrey C. Op. cit.*

отличия. Так, специфическим способом функционирования ТНК является возможность создания *консорциума* или *временного союза предприятий* (*consorcio/unión de empresas*), возникающих на основе договора об экономическом сотрудничестве; институт траста не относится к числу способов осуществления предпринимательской деятельности ТНК, в качестве местной альтернативы данному институту законодательством Бразилии предусматривается деловое поручение – «*comissao mercantil*». Представляется, что в целом привлечение ТНК и инвестиций в Бразилии основаны на либерализации законодательных положений, путем ликвидации препятствий на пути расширения прямых иностранных инвестиций в экономику страны.

Россия сегодня стоит на четвертом месте по основным макроэкономическим показателям среди стран БРИКС, в свою очередь промышленным ядром организации выступают Индия и Китай¹.

Для функционирования ТНК на российском рынке используются разнообразные формы и способы интеграции, конструкции которых нашли отражение в праве. Так, правовое регулирование иностранных инвестиций на территории РФ осуществляется на основании Федерального закона № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 1999 г.², который не распространяется на отношения, связанные с вложениями иностранного капитала в банки и иные кредитные организации, а также в страховые организации³.

Отечественное законодательство (ГК РФ) до реформы ГК, результаты которой вступают в силу с 1 сентября 2014 г., предусматривало такие организационные формы функционирования ТНК с закреплением их юридического статуса, как дочер-

¹ Авдокушин Е.Ф., Жариков М.В. Цит. соч. – С. 97.

² СЗ РФ от 12 июля 1999 г. – № 28. – Ст. 3493.

³ Великомыслов Ю.Я. Иностранные инвестиции. Международно-правовое и внутригосударственное регулирование деятельности предприятия с иностранными инвестициями. – М.: ALLPRAVO, 2005. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc99p0/instrum5022/item5025.html> (дата обращения: 01.09.2014).

няя или зависимая компания (общество). Так, создание дочерних, например, компаний под контролем материнской компании считается традиционной формой выхода ТНК на национальные рынки. Дочерние компании являются юридическими лицами и ведут свой баланс, заключают самостоятельные сделки. В частности, ими определяется специфика политики и стратегии операций на национальном рынке в рамках общей политики и стратегии материнской ТНК, а также организуется полный цикл функционирования и развития подконтрольных компаний, в частности, финансирование, материально-техническое обеспечение, развитие новых продуктов, совершенствование организации производственных процессов и т. д.¹ В условиях, когда государство противодействует монополизации рынка, дочерние компании решают эту проблему. *Зависимая компания* отличается, по мнению автора, от *дочерней* тем, что находится под более слабым контролем материнской фирмы, так как последней принадлежит существенная, но не основная часть акций (паев). В ГК компания признавалась *зависимой*, если другая (преобладающая) компания имела более 20% голосующих акций этой компании (ст. 106 ГК РФ). Компания признавалась *дочерней*, когда другое (основное) общество или товарищество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имело возможность определять решения, принимаемые таким обществом (ст. 105 ГК РФ)². В нынешней редакции ГК РФ положения, касающиеся дочерних и зависимых компаний, находившие отражение в этих статьях, исключены. Взамен деятельность дочерних обществ регламентируется положениями ст. 67.3 ГК «Дочернее хозяйственное общество», согласно которой хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное товарищество или общество в силу преобладающего участия в его уставном капи-

¹ Герчикова И.Н. Менеджмент. – М., 2002. – С. 295.

² Подробнее об этом см.: Владимирова И.Г. Организационные формы международного бизнеса: российская практика. 05.07.2001. URL: <http://www.cfin.ru/press/management/1998-1/07.shtml> (дата обращения: 01.09.2014).

тале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом. Дочернее общество не отвечает по долгам основного хозяйственного товарищества или общества. Основное же хозяйственное товарищество или общество отвечает солидарно с дочерним обществом по сделкам, заключенным последним во исполнение указаний или с согласия основного хозяйственного товарищества или общества. В случае несостоятельности (банкротства) дочернего общества по вине основного хозяйственного товарищества или общества последнее несет субсидиарную ответственность по его долгам. Кроме того, участники (акционеры) дочернего общества вправе требовать возмещения основным хозяйственным товариществом или обществом убытков, причиненных его действиями или бездействием дочернему обществу. Взамен понятия «зависимость» в ГК введено понятие «аффилированность», о котором уже говорилось выше¹.

В России примеров функционирования дочерних компаний зарубежных ТНК довольно много. Так, например, кондитерская фабрика «Россия» является дочерней компанией корпорации Nestle. Однако чаще дочерние компании сохраняют в названии имя материнской ТНК, например, ООО «Сименс» – дочерняя компания Siemens в России.

Как показала практика, наиболее часто компании с иностранным участием, создавались в формах закрытого акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью², которые при осуществлении предпринимательской деятельности руководствовались положениями гл. 4 ГК РФ.

Следует отметить, что компании могут создаваться как со 100% участием в уставном капитале иностранного инвестора,

¹ См. подробнее: *Волос А. К.* вопросу о понятии аффилированности. 27.08.2012. URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/3871> (дата обращения: 15.08.2014); *Нанаева Э.А.* Цит. соч.; *Крапивин О.М., Власов В.И.* Зависимое хозяйственное общество //Комментарий к Закону Российской Федерации «Об акционерных обществах». – М: Фонд «Правовая культура», 1998. URL: <http://www.bibliotekar.ru/akcionerное-obschestvo/10.htm> (дата обращения: 15.08.2014).

² *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3 т. – Т. 2: Особенная часть. – М.: БЕК, 2000. – С. 65.

так и с долевым участием иностранных инвестиций (*совместные компании, предприятия* – далее СП). В России успешные примеры СП – это предприятия GM-АвтоВАЗ (выпускает автомобили «Шевроле-Нива»), ЗАО «Форд Всеволожск» – Ford Motor, ЗАО «Автотор» – BMW – KIA Motors, ТНК-ВР (действовала до 2012 г.)¹.

Совместные предприятия дают участникам следующие преимущества: партнеры дополняют друг друга и делят между собой риски, происходит консолидация ресурсов, что снижает индивидуальные затраты и дает ресурсы для дальнейшего развития; осуществляется обмен опытом, выход на закрытые для ТНК национальные рынки и доступ к местным сетям распределения ресурсов; легкая приспособляемость к изменениям внешней среды².

Иностранным компаниям предоставляется возможность управлять своим бизнесом посредством учреждения (открытия) *филиала* или *представительства*, о которых уже говорилось выше. Представительства должны иметь аккредитацию в органах юстиции. Постановление правительства РФ от 6 июня 1994 г. № 655³ возложило на Государственную регистрационную палату при Министерстве экономики РФ ведение сводного государственного реестра аккредитованных на территории РФ представительств иностранных компаний (а равно регистрацию российских инвестиций за рубежом). После того, как представительство становится аккредитованным, его обязательно нужно

¹ Крупнейшие совместные инвестиционные проекты, планируемые или реализуемые в отрасли. Отраслевые обзоры «РосБизнесКонсалтинг». URL: <http://www.rbc.ru/reviews/auto/030902/4.shtml> (дата обращения: 01.09.2014).

² Шерешева М.Ю., Бузулукова Е.В. Сетевые межфирменные взаимодействия в деятельности ТНК на российском рынке // Вестник Санкт-Петербургского университета, серия «Менеджмент». – 2012. – № 1. – С. 59.

³ Постановление Правительства РФ от 6 июня 1994 г. № 655 «О Государственной регистрационной палате при Министерстве экономики Российской Федерации» // СЗ РФ от 20 июня 1994 г. № 8 ст. 866. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=39052;dst=0;ts=4B721FA0964EA64C2F185ED8CD68C7EF;rnd=0.3591008607763797> (дата обращения: 01.09.2014).

поставить на учет в налоговые органы РФ. Представительство обязано платить налоги в РФ, несмотря на то, что оно не является резидентом РФ. Такими налогами для представительства являются отчисления в Пенсионный фонд, Фонд медицинского страхования и Фонд социального страхования. Все эти налоговые платежи возникают, поскольку представительство берет в свой штат как российских, так и иностранных граждан, живущих на территории РФ¹. Иностранные организации наряду с российскими организациями являются плательщиками и налога на прибыль. Однако обязанность уплатить данный налог у них возникает лишь при условии осуществления деятельности в РФ через постоянное представительство и при получении доходов от источников в РФ². Практика показывает, что из 12 тыс. зарегистрированных налоговыми органами представительств иностранных компаний аккредитацию получили только 4 тыс. Дело в том, что ответственность иностранных фирм за отсутствие аккредитации на территории РФ в настоящий момент законодательством не установлена.³ Что касается филиалов их статус определяется в учредительных документах в соответствии с законодательством государства его местонахождения, т. е. РФ⁴.

Обратимся к следующей договорной форме, в которой могут функционировать ТНК без образования юридического лица – *договору о франшизе*. Известно, что за последние 10 лет объем лицензионных сделок (в том числе и франчайзинг) ТНК вырос почти в 10 раз. Сегодня до 70% всех международных платежей, связанных с кредитами и лицензиями, представляют

¹ Аккредитация представительств и филиалов иностранных компаний. URL: <http://www.bisoutsourcing.ru/accreditation> (дата обращения: 27.04.2013).

² См.: *Лебедева Е.* Расчеты с иностранными контрагентами: кто заплатит налог на прибыль? 30.07.10 (Материал предоставлен корпоративным изданием для клиентов ГК «ИРБиС» «Система успеха»). URL: <http://www.klerk.ru/buh/articles/189646/> (дата обращения: 01.09.2014).

³ См.: *Владимирова И.Г.* Цит. соч.

⁴ См. об этом, напр.: *Антонов Я.В.* Формирование государственной политики в сфере регулирования деятельности транснациональных корпораций // Управление общественными и экономическими системами. – 2011. – № 1. – С. 1–9. URL: <http://umc.gu-unpk.ru/umc/arhiv/2011/1/antonov.pdf> (дата обращения: 15.08.2014).

собой платежи между материнскими компаниями и их филиалами¹.

Гражданский Кодекс РФ впервые закрепил в гл. 54 новый для российского законодательства институт «договора коммерческой концессии», имеющий много общего с договором франчайзинга. Ст. 1027 ГК РФ определяет договор коммерческой концессии, как договор, по которому одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау). Подобным образом действуют в России (как и в других странах мира, в том числе в БРИКС) такие известные предприятия как Mc Donalds', General Motors, Baskin Robbins и пр.

На российском рынке франчайзинг (договор коммерческой концессии) активно развивается, особых успехов эта форма отношений достигла в сегменте косметики и модной одежды, где европейские и американские ТНК охотно распродают свои франшизы российским агентам.

Другая отрасль, где данный правовой институт получил широкое распространение – это розничная торговля нефтепродуктами. Так, на основании договоров о франшизе действуют многие бренды АЗС в России – British Petroleum (BP), Shell и пр. В числе ряда преимуществ, которые характеризуют договор о франшизе для ТНК, следует отметить: увеличение объема реализации продукции и удачную стратегию для выхода на закрытые рынки или рынки с повышенной степенью риска².

Еще одной новеллой отечественного законодательства является такая конструкция как *инвестиционное товарищество*.

¹ Кузим А.А., Козырь Н.С., Пятков В.С. Интернационализация бизнеса: транснациональные корпорации, эволюция подходов // Наука и Экономика. – 2011 – № 1 (5) (январь). – С. 8.

² Шерешева М.Ю., Бузулукова Е.В. Цит. соч. – С. 60.

С 1 января 2012 г. вступил в силу Федеральный закон от 28.11.2011 № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе»¹, который регулирует особенности договора простого товарищества, заключаемого для осуществления совместной инвестиционной деятельности (договора инвестиционного товарищества). Предполагается, что с его принятием процесс коллективного инвестирования должен приобрести четкие рамки, надлежащее законодательное регулирование и стабильность функционирования.

До принятия Закона об инвестиционном товариществе в России отсутствовали эффективные и работоспособные формы коллективного инвестирования, осуществления венчурных бизнес-проектов. Существовавшие конструкции не отвечали современным реалиям и имели определенные недостатки, мешающие их более частому применению в реальной жизни².

Конструкция инвестиционного товарищества призвана объединить преимущества хозяйственных товариществ и простого товарищества, исключив основные их недостатки. В Законе об инвестиционном товариществе специально оговорено, что положения Гражданского кодекса РФ, других федеральных законов, а также подзаконных актов, регулирующие отношения, связанные с инвестиционным товариществом, могут применяться лишь с учетом особенностей, установленных в рассматриваемом законе.

По правовой природе инвестиционное товарищество максимально приближено к широко применяемой за рубежом форме коллективного венчурного инвестирования – *limited partnership* (партнерство с ограниченной ответственностью)³.

¹ Федеральный Закон от 28.11.2011 № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // СЗ РФ от 5 декабря 2011 г. № 49 (ч. I). – Ст. 7013. URL: http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=12222_2;dst=0;ts=26D33BA29339C05580BF365DEED8431F;rnd=0.34094845107756555 (дата обращения: 01.09.2014).

² Иванов В. Инвестиционное товарищество: новые формы – новые возможности // Юридический справочник руководителя. – 2012. – № 1. URL: <http://www.delo-press.ru/articles.php?n=9654> (дата обращения: 01.09.2014).

³ Там же.

Цель товарищества – исключительно совместная деятельность по приобретению и (или) отчуждению не обращающихся на организованном рынке (ст. 2 Закона об инвестиционной деятельности): акций и облигаций хозяйственных обществ (товариществ), долей в складочном капитале хозяйственных партнерств, финансовых инструментов срочных сделок. В общем, новый закон призван создать наиболее благоприятные условия для вовлечения иностранных инвестиций в экономику страны. При минимальных требованиях к отчетности он должен обеспечить конфиденциальность бизнес-проекта и возможность его поэтапного финансирования.

Таким образом, проведенный анализ действующего законодательства показывает, что по общему правилу для иностранных компаний в России устанавливается национальный режим. Иные (приоритетные) правила определения режима предусматриваются двухсторонними международными соглашениями.

Выявлено, что существующие в России новые коллективные формы ведения предпринимательской деятельности (инвестиционное товарищество) обладают специфическими чертами, требующими дальнейшего тщательного изучения. Создание дочерних предприятий остается наиболее востребованным механизмом проникновения ТНК на внутренний рынок России, так как им (как юридическим лицам) предоставляется достаточная самостоятельность. С целью исследования рынка на предмет актуальности продуктов материнской компании и для создания деловых коммуникаций открываются филиалы и представительства. Правовое регулирование последних нуждается в совершенствовании, так, законом не определена санкция за отсутствие их аккредитации на территории РФ.

С конца XX в. экономическая политика правительства **Индии**¹ полностью направлена на создание благоприятной среды

¹ По данным Министерства торговли и промышленности Индии, объем накопленных иностранных инвестиций в экономику Индии с апреля 2000 по декабрь 2011 г. составил 158,0 млрд долл. США (на конец декабря 2010 г. – 142,9 млрд долл. США).

для привлечения иностранных инвестиций в экономику страны и поощрение инвестиционного сотрудничества между индийскими и иностранными партнерами. Правительство Индии последовательно проводит политику либерализации экономики страны, устраняя ограничения в области инвестирования, однако, индийское законодательство, регулирующее приток в страну прямых иностранных инвестиций (далее – ПИИ), до сих пор продолжает оставаться сложным и предусматривает массу запретов и ограничений.

Правовой базой для инвестирования иностранцами в Индии являются: «Положение о промышленной политике» от 1991 г.; Закон о валютном регулировании (Foreign Equity Management Act) 1999 г.; Закон о регулировании обмена иностранной валюты (The Foreign Exchange Regulation Act) 1973; Закон о компаниях (Companies act) 2013 г.; Закон о минеральных ресурсах и добыче полезных ископаемых (Mines and Mineral Act) 1957 г.; Концессионные правила о разработке минеральных ресурсов в Республике Индии (Indian Mineral Concession Rules) 1949 г.; Закон о страховании (Insurance Act) 1938 г. и др.¹. Эти акты регламентируют правила, процедуры и условия привлечения иностранных инвестиций в экономику страны, а также формы их функционирования.

ПИИ являются основным способом распространения влияния транснационализации на национальные экономики, а также средством формирования самих ТНК и глобальных стратегических альянсов. Следует отметить, что иностранный капитал в Индии функционирует в форме прямых и портфельных инвестиций. Применяемое в Индии понятие «прямых» иностранных инвестиций является достаточно широким. Однако, как справедливо заметил один из авторитетных индийских специалистов в этой области, М.С. Бхандарн, граница между формальным определением «прямых» и «портфельных» инвестиций не абсолютна. Она весьма условна и подвижна, поскольку зависит от реального соотношения сил иностранного инвестора и отечественных держателей акций в каждой компании. В отличие от прямых портфельные инвестиции не связаны с приобретением

¹ См.: *Богатырев А.Г.* Цит. соч. – С. 123.

контроля над компаниями, в которые они вкладываются. Их собственники преследует цели получения прибыли, обеспечения сохранности капитала, достижения определенных налоговых выгод и т. д.¹. В отличие от портфельных инвестиций прямые иностранные капиталовложения дают право (в зависимости от доли участия в акционерном капитале компании) принятия управленческих решений.

Положение о промышленной политике периодически дополняется документами Министерства торговли и промышленности Индии (далее – Минторгпром), которые вносят необходимые изменения и модификации с учетом объективных условий действительности, состояния внутренней и мировой экономики, а также задач, стоящих перед страной.

С целью упрощения ознакомления иностранных инвесторов с действующим законодательством в марте 2010 г. Минторгпром Индии выпустил обобщающий документ, получивший название «Политика (в отношении) прямых иностранных инвестиций». Документ обновляется каждые 6 месяцев². В нем суммируются действующие правовые нормы, содержащиеся в многочисленных распоряжениях Минторгпрома и Резервного банка (Reserve Bank of India, далее – RBI) Индии, а также в упомянутом выше Законе о валютном регулировании.

В соответствии с действующим законодательством Индии под *прямыми иностранными инвестициями* понимаются трансграничные долгосрочные капитальные вложения в уставный капитал как вновь создаваемой, так и существующей организации. Они осуществляются нерезидентом Индии в компанию-резидента посредством трансфера (передачи) или выпуска ценных бумаг для последующей реализации нерезидентам Индии. К прямым иностранным инвестициям также приравнивается трансграничная передача технологий, патентов и прочих прав интеллектуальной собственности.

В зависимости от отрасли экономики правительство страны установило предельный уровень и условия допуска (автома-

¹ Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 326.

² См.: Авдокушин Е.Ф., Жариков М.В. Цит. соч. – С. 112.

тический режим или необходимость прохождения процедуры одобрения соответствующими госорганами) иностранных инвестиций. В случае *автоматического режима* от компании требуется в течение 30 дней с момента передачи акций иностранному инвестору предоставить в Резервный банк Индии документы по установленной форме. Подобный режим применяется, если условия инвестиционного проекта не противоречат правительственным ограничениям и установленным лимитам.

В случае использования режима *предварительного одобрения* проекты первоначально рассматриваются Советом по содействию иностранным инвестициям. Для этого компании необходимо подать соответствующую заявку, а также получить рекомендации профильных отраслевых министерств Индии. Учитывая действующие требования и нормы для различных секторов экономики, Совет по содействию иностранным инвестициям может рекомендовать более высокие или низкие доли иностранного капитала (вплоть до 100% при условии временного отсутствия индийского партнера)¹.

В целях стимулирования и облегчения прямых иностранных инвестиций в индийскую экономику были созданы специальные органы, в частности, Секретариат по промышленному содействию (Secretariat for industrial assistance), Управление по реализации иностранных инвестиций (Foreign investment implementation authority), Совет по содействию иностранным инвестициям (Foreign investment promotion board). Их основная функция – ускорение процесса одобрения заявок иностранных инвесторов, а также решения различных вопросов, связанных с инвестированием в экономику страны. В сентябре 2009 г. при Минпромторге Индии создано некоммерческое государственно-частное партнерство «Инвест Индия» («Invest India»), основной задачей которого является оказание содействия иностранным инвесторам в работе на индийском рынке.

В настоящее время ПИИ разрешены во все основные отрасли индийской экономики. Ограничения сохраняются только

¹ Индия. Законодательство об иностранных инвестициях. URL: http://www.ved.gov.ru/export_countries/in/about_in/laws_ved_in/invest_law_in (дата обращения: 10.03.2013).

в отношении таких отраслей, как оборона, воздушный транспорт (внутренние авиалинии), атомная энергетика, сельское хозяйство, розничная торговля. При этом все же приоритет Правительство Индии отдает привлечению инвестиций в такие отрасли экономики, как инфраструктура, нефтегазовая и нефтехимическая промышленность, машиностроение, информационные технологии, фармацевтика и др.

Условия инвестирования, одобренные Советом по содействию иностранным инвестициям в отношении конкретного проекта, в дальнейшем остаются неизменными, в том числе в случае изменения общих правил и норм инвестирования, а также в случае последующего увеличения капитала совместного предприятия.

Решения Совета касаются только принципиального одобрения инвестиционных проектов. Все технические разрешения и регистрационные процедуры (регистрация компании, получение разрешения Министерства охраны окружающей среды и лесов, получение разрешения властей штатов, местная регистрация предприятия) иностранный инвестор должен получать самостоятельно.

Инвестиционные проекты рассматриваются Советом по содействию иностранным инвестициям с учетом их социальной значимости и следующих приоритетов: развитие инфраструктуры и экспортного потенциала страны, увеличение занятости (особенно сельского населения), внедрение передовых технологий.

Решение по проекту выносится Советом в течение 4–6 недель, а последующее его согласование – на уровне отраслевых министерств, правительств штатов и местных властей – занимает несколько месяцев¹.

В соответствии с положениями ранее действовавшего Закона «О компаниях» 1956 г. (разд. 591), иностранная компания, планирующая заниматься активной предпринимательской деятельностью в Индии, могла образовать компанию в форме со-

¹ См., напр.: *Мозолин В.П.* Правовое положение иностранного капитала // *Личность, право, экономика современной Индии.* – М.: Наука, 1979. – С. 156–166.

вместной (joint venture) и дочерней (wholly owned subsidiary) компании, а также создать обособленное подразделение в виде представительств (офиса) иностранной компании (representative office) по связи (liaison office) или по реализации определенного проекта (project office), либо филиала (отделения) иностранной компании (branch office). Обособленные подразделения, созданные в виде представительств и филиалов, имели право заниматься предпринимательской деятельностью только в формах, определенных Правилами валютного регулирования (Foreign exchange management regulations) от 2000 г. Также в рамках этого Закона допускалось объединение иностранной компании с индийской только внутри страны.

Новелла законодательства в этом плане, закрепленная в Законе 2013 г. состоит в том, что стало допустимым инвестирование индийскими компаниями в иностранные путем создания совместных компаний за рубежом. В этой связи бизнес-круги отметили, что снятие запрета в отношении индийских инвесторов является ключевым моментом в развитии трансграничного предпринимательства и основной заслугой законодателя¹. Иностранной компанией (foreign company) для целей Закона 2013 г. признается компания, инкорпорированная за пределами Индии, которая:

а) имеет место ведения бизнеса в Индии через агента или посредством электронных средств связи;

б) в любой иной форме осуществляет предпринимательскую деятельность в Индии (п. 42 ст. 2 Закона 2013 г.).

Закон 2013 г. также выделяет понятие «ассоциированная компания» (associate company), тождественное понятию «аффилированная компания» в праве РФ, и «холдинговая компания» (holding company).

Под «ассоциированной компанией» индийский законодатель понимает такие отношения между компаниями, при кото-

¹ *Amrutha Gayathri*. India's New Companies Bill Expected to Boost Mergers with Foreign Firms, Mandates Social Welfare Spending. August 13, 2013. URL: <http://www.ibtimes.com/indias-new-companies-bill-expected-boost-mergers-foreign-firms-mandates-social-welfare-spending> (дата обращения: 01.09.2014).

рых одна из компаний имеет в отношении другой (других) значительное влияние (*significant influence*), которое связывается с понятием контроля в отношении:

1) минимум 20% от общего размера уставного капитала компании; или

2) бизнес-решений на основании договора, иных чем, отношения с участием дочерней компании (*subsidiary company*), но включающих участие в совместных предприятиях (*joint venture company* – п. 6 ст. 2 Закона 2013 г.).

Для сравнения в практике ЮНКТАД иностранное аффилированное лицо определяется, как инкорпорированное или неинкорпорированное предприятие, где инвестор, являющийся резидентом другой экономики, имеет в собственности 10 и более % акций (или эквивалент для неинкорпорированного предприятия), которые дают право постоянного интереса в управлении предприятием¹. По сути речь идет о компаниях, основанных на системе участия, и, возможно, группах компаний².

«Холдинговой» согласно этому закону признается компания по отношению к другой (другим) компаниям, являющимся дочерними (*of which such companies are subsidiary companies* – п. 46 ст. 2 Закона 2013 г.), – эти положения, по сути, создают очертания инструмента, механизма создания группы предприятий, где одно из предприятий контролирует другие на основании обладания определенным количеством их акций.

Разумным представляется рассмотреть названные механизмы.

Совместное предприятие (*joint venture*) обозначает любые организационно-правовые формы ведения хозяйственной деятельности несколькими лицами независимо от того, осуществ-

¹ UNCTAD. World Investment Report 2005. – N. Y., Geneva, 2005. – P. 297. URL: http://unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

² См., для сравнения, о группах компаний и о компаниях, основанных на системе участия в странах Латинской Америки: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 204–236 (480 с.).

ляется она правосубъектной или неправосубъектной организацией или базируется на договоре. «В последнем случае, – как отмечает Х.Л. Харт, – говорят о договорном совместном предприятии»¹. «Совместное предприятие, – пишет он, – представляет собой объединение различных предприятий, обладающих особыми ресурсами и являющихся по отношению друг к другу комплементарными, создаваемое для достижения одной или нескольких заявляемых целей без образования юридического лица. Оно направлено на сотрудничество, даже кооперацию, а не просто интеграцию предпринимательских союзов»².

В вышеуказанных законах Индии не дается понятие совместной компании. В пп. 2.1.22 п. 2 гл. 2 «Положения консолидированной политики в области прямых иностранных инвестиций» было предложено следующее определение совместной компании³: «Совместная компания – это юридическое лицо, учрежденное в Индии в соответствии с положениями законов и подзаконных актов, в которое инвестирует иностранное юридическое лицо».

Согласно практике делового оборота, совместную компанию образуют 2 и более предпринимателя/компаний путем заключения между партнерами, один из которых является нерезидентом, соглашения об учреждении совместной компании (agreement on joint venture), в котором в основном: определяются организационные вопросы (процедура выбора, назначения и число членов совета директоров); содержится указание на необходимое для кворума число голосов при принятии решений в

¹ Hart L.B.J. El contrato de joint venture // Revista Peruana de Derecho de la Empresa. – Lima: Editorial Asesorandina, Septiembre de 1998. – № 30. – P. 102–109.

² См.: Беликова К.М. Договорные объединения предпринимателей, потенциально способные подменять конкурентные риски практической кооперацией: правовая природа картелей, консорциумов, пулов etc. (на примере стран Латинской Америки) // Российское конкурентное право и экономика. – 2011. – № 2. – С. 60–64. URL: http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal_30898.html (дата обращения: 23.04.2013).

³ Consolidated FDI Policy (DIPP Circular 1 of 2012) effective from 10.04.2012. URL: <https://www.iaccindia.com/userfiles/files/Consolidated%20FDI%20Policy%20March%202012.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

рамках собрания совета директоров и общего собрания; производится раздел между участниками объемов производства, дохода, расходов / иных результатов деятельности; определяется процедура, следующая за смертью / банкротством партнера в совместной компании и др.

Соглашение об учреждении совместной компании закрепляет установление совместного контроля над компанией. Такое требование гарантирует, что ни один из участников не имеет возможности установить единоличный контроль над деятельностью компании. Как видим из перечисленных выше пунктов, соглашение определяет решения в областях, играющих важную роль в достижении целей компании, которые требуют согласия всех участников, и те решения, принятие которых возможно определенным большинством участников. Как следует из практики, участники в совместной компании не имеют права заниматься деятельностью, прямо не согласованной сторонами. Более того, положение, касающееся данного запрета, включено в Соглашение о совместной компании.

Совместная компания может быть образована в форме компании с ограниченной ответственностью – публичной (*public company*) или частной (*private company*) согласно положениям вышеупомянутого Закона о компаниях от 2013 г. с совместным уставным капиталом, разделенным между сторонами.

Чаще всего, отношение собственного капитала к общей сумме активов устанавливается на уровне 51% (иностраный инвестор) – 49% (инвестор-резидент). Тем самым, иностранный инвестор закрепляет собственное доминирование в уставном капитале. Ограничений на репатриацию доходов, получаемых от деятельности совместной компании, законодательством Индии не предусмотрено. В тех отраслях экономики, где возможно 100%-е участие иностранного капитала, все акционеры совместного предприятия могут быть иностранными лицами. По общему правилу и зарубежная компания может инвестировать в совместные компании в тех областях экономики страны, которые открыты для иностранного инвестирования. Однако там, где доля иностранного участия ограничена (скажем, приобретение недвижимости, сельскохозяйственная деятельность, обработка плантаций), – хотя бы один из участников должен быть

гражданином Индии. Законодательство, однако, не устанавливает обязательную долю каждой из сторон в отношении владения акциями такой компании¹.

В любом случае любая операция по приобретению доли в совместной компании должна быть одобрена Резервным Банком Индии и упомянутом выше Советом по содействию иностранным инвестициям².

До принятия Закона о компаниях 2013 г. законодательство Индии не содержало определение *дочерней компании*, а научная доктрина Индии³ определяла ее, как юридическое лицо, весь капитал которого принадлежит иностранной компании, именуемой материнской, в руках которой сосредоточен контроль по управлению дочерней компанией.

Новый закон о компаниях определяет механизмы корпоративного управления, которые способствуют образованию и деятельности дочерних компаний, – это участие холдинговой компании в:

i) контроле за составом совета директоров дочерних компаний. Такой контроль считается установленным, когда контролирующая компания вправе назначать всех или большинство членов Совета директоров; или

ii) владении или осуществлении контроля иным образом над более чем 50% акций дочерних компаний самостоятельно или совместно с другими дочерними компаниями (п. 87 ст. 2).

При этом холдинговые компании (в зависимости от их разновидности) не могут иметь больше дочерних компаний, чем предписано соответствующим законодательством.

¹ *Manoj Ladwa, Vaibhav Shukla*. Establishing a Joint Venture in India. An Overview. MLS Chase 2007. URL: http://www.iptu.co.uk/content/pdfs/INDIA%20RELATED%20ARTICLE/Joint_Ventures.pdf (дата обращения 01.09.2014).

² Подробнее см.: Foreign investments in India (Updated upto July 18, 2014). URL: <http://www.rbi.org.in/scripts/faqview.aspx?id=26> (дата обращения: 01.09.2014).

³ См., напр.: *Akil Hirani*. The relationship between a parent company and its Indian wholly owned subsidiary. URL: <http://www.majmudarindia.com/pdf/Relation%20between%20parent%20company%20and%20its%20Indian%20wholly%20owned%20subsidiary.pdf> (дата обращения 01.09.2014).

Дочерние компании могут быть учреждены в областях экономики страны, в которых допускается 100% иностранное инвестирование¹. Полный список подобных областей приведен в п. 6.2 гл. 6 «Положений консолидированной политики в области прямых иностранных инвестиций», изданной Департаментом промышленной политики и стимулирования Минторгпрома².

Такие компании могут быть учреждены либо в форме частной или публичной компании с ограниченной ответственностью, либо в форме компании с неограниченной ответственностью.

Иностранные компании имеют право учредить *представительство по связи* при наличии предварительного разрешения Резервного банка Индии. Он выдает разрешение на срок от одного до 3 лет, после которого разрешение может быть продлено.

Представительство по связи может осуществлять: представительство материнской компании на внутреннем индийском рынке; содействие развитию экспорта/импорта из/в Индию, а также технических и финансовых связей между материнской компанией и компаниями Индии; функции коммуникационного канала между материнской компанией и компаниями Индии.

Представительству по связи запрещено заниматься какой-либо коммерческой, торговой или промышленной деятельностью, прямо или косвенно. Оно используется для создания деловых коммуникаций между зарубежной компанией и ее клиентами или потенциальными клиентами в Индии и для исследования внутреннего индийского рынка на предмет актуальности продуктов материнской компании.

Представительства иностранных страховых компаний обязаны также получить разрешение от Управления по регулированию и развитию страхования Индии (Insurance regulatory and development authority). При этом особое положение в этой области занимают английские страховые компании, пользующие-

¹ Consolidated FDI Policy (DIPP Circular 1 of 2012) effective from 10.04.2012. URL: <https://www.iaccindia.com/userfiles/files/Consolidated%20FDI%20Policy%20March%202012.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

² Ibid.

ся особыми привилегиями, полученными еще до того, как Индия стала независимой республикой¹.

Иностранная компания, заключившая контракт с индийской компанией на реализацию определенных проектов в Индии, может создать *представительство по реализации данного проекта*. Разрешение RBI на создание этого представительства не требуется в следующих случаях: финансирования путем внутренних переводов из-за границы или двусторонним, или многосторонним Международным финансовым агентством; одобрения проекта компетентным по вопросам проекта министерством или департаментом правительства Индии; получения долгосрочного кредита на реализацию проекта в государственном финансовом учреждении или банке Индии юридическим лицом, заключившим контракт. В иных случаях, иностранная компания обязана получить разрешение от RBI.

Такое представительство считается обособленным подразделением иностранной компании и облагается налогом по ставке, предусмотренной для иностранных компаний, его деятельность строго ограничена сферой реализации проекта, по окончании которого оно должно быть ликвидировано.

Положения, касающиеся создания *филиала иностранной компании* в Индии, содержатся в Правилах валютного регулирования от 2000 г., в соответствии с которыми иностранные компании могут учредить филиал в Индии при наличии разрешения от RBI, которое выдается на срок в 3 года и может быть продлено уполномоченными банками, в юрисдикции которых учреждается представительство. Разрешение RBI включает следующие виды деятельности представительства: экспорт и импорт товаров; представительство материнской компании в Индии в качестве агента по продажам/покупкам; оказание профессиональных или консультационных услуг; проведение научных исследований в сфере деятельности материнской компании; содействие развитию технических или финансовых связей между индийскими компаниями и материнской компанией/иной иностранной компанией; оказание услуг в сфере информационных

¹ Мозолин В.П. Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 125.

технологий и развитие программного обеспечения в Индии; оказание технической поддержки продукции материнской компании; осуществление воздушных и морских перевозок¹.

Филиалам иностранных компаний разрешено приобретать собственность для собственных нужд и осуществлять с ней любые необходимые действия, за исключением сдачи в долгосрочную аренду или ренту. Устанавливается запрет для филиала на предмет осуществления розничной продажи продукции материнской фирмы.

RBI выдает специальные разрешения на создание филиалов иностранных компаний на территории специальных экономических зон (далее – СЭЗ)². Дело в том, что с апреля 2000 г. в Индии введена программа по образованию СЭЗ. В них могут создаваться предприятия любых видов деятельности, ориентированные на получение валютной выручки.

Филиал иностранной компании не может заниматься иной торговой, коммерческой и промышленной деятельностью, не предусмотренной разрешением RBI. Компании в которых торговая деятельность сопряжена с промышленной, могут учредить филиал только для осуществления торговых функций. Однако для подобных компаний предусмотрена возможность заключения субконтракта с промышленными предприятиями Индии.

Поскольку филиалы рассматриваются как обособленные подразделения компании, постольку материнская компания несет ответственность за действия филиалов. При условии выплаты соответствующих платежей, допускается свободная репатриация доходов, полученных филиалом.

Таким образом, выявлено, что способы привлечения ТНК и инвестиций в Индии основаны на либерализации законодательных положений ряда отраслей права (торгового, договорного, налогового, корпоративного и др.). Тем самым правительство постепенно ликвидирует главные препятствия на пути расширения прямых иностранных инвестиций в Индию, создающих довольно устойчивое представление в мире о том, что частные

¹ Foreign Company Registration in India. URL: <http://www.indiacompanysetup.com/foreign-company-registration-in-india> (дата обращения: 28.03.2013).

² К концу 2011 г. в стране было образовано уже 15 СЭЗ.

капиталовложения иностранных компаний уравниваются в правах ведения коммерческой деятельности, налогообложения, использования собственности с резидентами страны¹.

В КНР начало национально-правовому регулированию иностранного прямого инвестирования в КНР было положено 1 июля 1979 г. принятием «Закона о [паевых] совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом». Данным законодательным актом получила закрепление одна из основных организационно-правовых форм иностранного инвестирования, каким являются совместные предприятия.

Кроме того, существуют законодательно установленные ограничения на инвестирование иностранного капитала в определенные отрасли. Все виды деятельности в КНР для иностранных инвесторов разделены на четыре категории: поощряемые, разрешенные, ограничиваемые и запрещенные. Основным документом, устанавливающим правила осуществления прямых иностранных инвестиций в экономику КНР, является «Каталог-руководство отраслей для инвестирования иностранного капитала», выпускаемый Министерством коммерции КНР. Последние изменения в Каталог были внесены относительно недавно, и сейчас действует редакция от 31 октября 2007 г.².

В числе нормативных актов, осуществляющих правовое регулирование деятельности иностранных компаний, в виде которых часто действуют ТНК, в КНР следует отметить следующие Законы КНР: «О предприятиях, основанных на иностранном капитале» (1986 г.); «О компаниях» (1993 г. в ред. 2013 г.); «О партнерствах» (1997 г.); «О налоге на прибыль предприятий» (2007 г.) и др. (они перечислялись выше).

Рассмотрим основные формы и способы (механизмы) осуществления предпринимательской деятельности ТНК на внутреннем рынке КНР.

¹ См. также: *Ахмадова М.А.* Транснациональные корпорации в странах БРИКС: на примере Индии // Нравственные императивы в праве. – 2013. – № 1. – С. 30–35.

² Какие виды деятельности разрешены для компании со 100% иностранным капиталом в КНР? URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_foreign_exchange_administration (дата обращения 12.04.2013).

Вопросы создания и функционирования совместных предприятий регламентируются как общими правовыми нормами, содержащимися в Законах КНР «О компаниях» и «О регулировании регистрации компаний», так и специальными: «О [паевых. – авт.] совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» (1979 г. в ред. 15.03.2001 – equity joint ventures), «О кооперативных совместных предприятиях с использованием китайского и иностранного капитала» (1988 г. в ред. 31.10.2000 – cooperative joint ventures) и Правилами их применения¹.

В КНР существует возможность *создать два вида совместных предприятий: паевые и кооперативные*. Иногда паевые предприятия называются предприятиями совместного капитала или просто совместными предприятиями, а кооперативные – совместного сотрудничества или кооперационными совместными предприятиями.

Основное различие между данными видами совместных предприятий в том, что отношения участников между собой и с другими хозяйствующими субъектами в паевых совместных предприятиях определяются в соответствии с принципами правового регулирования компаний с ограниченной ответственностью (ограничение ответственности участников уставным капиталом предприятия, несение рисков, участие в управлении и право на получение прибыли в соответствии с долей в уставном капитале), а в кооперативных совместных предприятиях – в соответствии с договоренностью участников, закрепленной в учредительном договоре².

Так, например, Закон КНР «О [паевых. – авт.] совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» декларирует, что в уставном капитале иностранным инвесторам должно принадлежать не менее 25% (ст. 4). Совместное предприятие является юридическим лицом КНР и, следовательно, пользуется «национальным режимом». В законе определен разрешительный порядок организации совместных предприятий посредством обращения партнеров с соответствующими документами в

¹ Законодательство Китая. URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law (дата обращения 01.09.2014).

² Там же.

компетентные государственные органы по внешнеэкономической деятельности и торговле, которые принимают решение об утверждении совместного предприятия с последующей его регистрацией в течение 3 месяцев (ст. 3).

Участники такого совместного предприятия получают прибыль, несут риск и убытки согласно доле в уставном капитале предприятия. При передаче уставного капитала одним из участников, необходимо получить согласие всех участников совместного предприятия (ст. 4). В паевых совместных предприятиях в соответствии с положениями закона каждый инвестор имеет право на получение прибыли пропорционально своей доле инвестиций в уставном капитале компании. Иностраный инвестор может выводить свою прибыль за границу после прохождения предприятием аудиторской проверки и уплаты всех необходимых налогов. Однако если происходит реинвестирование полученной прибыли иностранным инвестором, то данные суммы не подлежат налогообложению.

Положения закона предусматривают структуру управления паевым совместным предприятием через Совет директоров и Генерального директора. До новой редакции закона (2001 г.) председателем совета директоров обязательно должен был быть представитель китайской стороны. В настоящее время эта норма в законе отсутствует. Так, в текущей редакции установлено, что «если обязанности председателя совета директоров возлагаются на представителя одной стороны в совместном предприятии, то обязанности заместителя председателя совета возлагаются на представителя другой стороны. Совет директоров решает важные вопросы совместного предприятия на основе принципа равноправия и взаимной выгоды» (ст. 6)¹.

В соответствии с Законом КНР «О кооперативных совместных предприятиях китайского и иностранного капитала» при создании такого предприятия китайским и иностранным участ-

¹ Establishing a Joint Venture in China. Ed. by the Government of Canada. 16.07.2014. URL: <http://www.tradecommissioner.gc.ca/eng/document.jsp?did=132234> (дата обращения: 01.09.2014); Procedures for establishing an equity joint venture in China. URL: http://www.china.org.cn/living_in_china/abc/2009-07/15/cotent_18141099.htm (дата обращения: 22.09.2013).

никам необходимо определить условия инвестиций или сотрудничества, распределения полученных доходов или продукции, риск и ответственность за убытки, способ управления и хозяйствования, а также принадлежность имущества при прекращении контрактного предприятия (ст. 2).

Кооперативное совместное предприятие может обладать статусом юридического лица, если отвечает условиям, характеризующим объединение с точки зрения трактовки понятия «юридическое лицо», установленной китайским законодательством. В случае, если предприятие не обладает статусом юридического лица, оно рассматривается как объединение компаний без образований юридического лица в соответствии с договоренностью участников, которые, в свою очередь, поименованы в учредительном договоре.

В отношении регистрации кооперативного совместного предприятия законодательством предусматривается разрешительный порядок: «заявление о создании кооперативного предприятия вместе с подписанными китайскими и иностранными участниками соглашением, договором, уставом и прочими документами (agreement, contract, articles of association and other documents) необходимо подать в компетентный государственный орган по внешнеэкономической деятельности и торговле, или в уполномоченные Государственным советом КНР органы и местные правительства для утверждения (далее – утверждающие органы). Утверждающий орган обязан принять решение об утверждении создания предприятия либо об отказе в утверждении в течение 45 дней после получения заявления» (ст. 5).

Положения рассматриваемого Закона предусматривают структуру управления паевым совместным предприятием через совет директоров либо иной орган совместного управления, который в соответствии с договором о таком предприятии или уставом решает важные вопросы деятельности предприятия. Если на одного из участников возлагаются обязанности председателя совета директоров, главы органа совместного управления, то другой участник исполняет обязанности заместителя председателя или заместителя главы органа совместного управления. Совет директоров или орган совместного управления могут решать вопрос о назначении либо приглашении генераль-

ного директора, на которого возлагается работа по повседневному хозяйственному управлению контрактным предприятием. Генеральный директор несет ответственность перед советом директоров либо органом совместного управления (ст. 12)¹.

Валютные операции совместных предприятий осуществляются в строгом соответствии с нормами и правилами «О валютном регулировании»².

Одним из способов осуществления деятельности ТНК в КНР выступает *создание компании (предприятия) со 100% иностранным капиталом*, на основе Закона КНР «О предприятиях, основанных на иностранном капитале» 1986 г. (ст. 2). Такие предприятия являются юридическими лицами КНР, и сфера их хозяйственной деятельности строго ограничена. Если китайские торговые компании могут работать с самыми разными группами товаров, то торговым компаниям со 100% иностранным капиталом это обычно не разрешается. Как правило, производственная компания со 100% иностранным капиталом может торговать только собственной продукцией или аналогичной; совмещение различных направлений деятельности, например, торговли, транспортных услуг и производства, как правило, невозможно. «Как правило» здесь означает, что решение об утверждении сферы деятельности предприятия со 100% иностранным капиталом принимается уполномоченными органами Министерства торговли КНР провинциального или городского уровня, и они крайне неохотно утверждают предприятия с разнородными видами деятельности³.

Говоря о совместных предприятиях, нельзя не сказать о возможности таких предприятий создавать дочерние предприятия. Так, иностранная компания может создать *дочернюю ком-*

¹ Cooperative joint ventures // Equity joint ventures. URL: http://www.cn-visa.com/joint_ventures.asp (дата обращения: 01.09.2014).

² Нормы и правила «О валютном регулировании». URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_foreign_exchange_administration (дата обращения 01.09.2014).

³ Какие виды деятельности разрешены для компании со 100% иностранным капиталом в КНР? // FAQ: компании со 100% иностранным капиталом. URL: http://chinalawinfo.ru/publications/faq_wholly_owned_foreign_enterprises.htm (дата обращения: 01.09.2014).

панию на территории КНР в виде компании со 100% или смешанным участием иностранного капитала, где часть уставного капитала принадлежит иностранному инвестору, а часть, – резиденту страны (физическому или юридическому лицу). Кроме понятия «уставный капитал» законодательство КНР оперирует в отношении дочерних компаний предприятий с иностранными инвестициями понятием «общий объем инвестиций». Общий объем инвестиций – это сумма, которую инвестор может вложить в развитие бизнеса в Китае, в отличие от уставного капитала, который он вложить обязан. Общий объем инвестиций может быть или больше уставного капитала, или совпадать с ним. Разница между общим объемом инвестиций и суммой уставного капитала составляет максимальную сумму займа, который инвестор может предоставить своей дочерней компании в Китае. Эти две величины связаны определенным соотношением, изменяющимся с ростом капиталовложений¹.

С 1 марта 2010 г. в Китае разрешено создание *партнерств с иностранными участниками*: иностранными организациями и физическими лицами. Правовое регулирование функционирования партнерств осуществляется на основе упоминавшегося выше закона КНР «О партнерствах» 1997 г. и др. Так, минимальное число участников в таком партнерстве составляет 2 участника, максимально – 50. Партнерства с иностранными участниками в КНР могут заниматься только теми видами деятельности, которые указаны в качестве предмета их деятельности. Как показывает практика чаще всего партнерства с иностранными участниками создаются в форме общих (обычных) партнерств и партнерств с ограниченной ответственностью².

Представительства иностранных компаний являются одним из наиболее удобных инструментов выхода иностранных инвесторов на китайский рынок. В большинстве случаев создание представительства зарубежной организации начинается не-

¹ Совместное предприятие [в КНР]. URL: <http://chinawindow.ru/china/chinese-companies/joint-venture-china> (дата обращения: 01.09.2014).

² Ху Цзяньмин. Китай: Положение о товариществах с участием иностранного капитала. URL: http://www.kitaichina.com/se/txt/2010-05/18/content_273100.htm (дата обращения: 01.09.2014).

посредственно с его регистрации, которую осуществляют органы промышленно-торговой администрации КНР. На всей территории Китая действуют схожие процедуры регистрации, в разных регионах отмечаются лишь некоторые отличия в деталях. Правовое регулирование деятельности представительства иностранных компаний осуществляется в соответствии с положениями норм и правил «О регистрации постоянных представительств иностранных предприятий»¹. В соответствии с положениями данного нормативного акта постоянными представительствами иностранных предприятий, созданными в пределах КНР, являются структуры, имеющие отношение к деятельности основного иностранного предприятия, которые не преследуют цели получения дохода (ст. 2).

Несмотря на множество ограничений в осуществлении хозяйственной деятельности и ее прямой запрет для большинства представительств форма организации бизнеса в виде представительства получила в Китае наибольшее распространение. По мнению китайского правительства², представительства зарубежных компаний «сыграли активную роль в привлечении в КНР иностранных инвестиций и стимулировании социально-экономического развития». Данная организационная форма чаще используется для создания деловых коммуникаций между зарубежной компанией и ее клиентами или потенциальными клиентами в КНР. Упомянутый выше Закон КНР «О предприятиях, основанных на иностранном капитале» 1986 г. устанавливает, что к предприятиям иностранного капитала *не относятся филиалы* иностранных предприятий и иных хозяйственных организаций в КНР.

¹ Нормы и правила «О регистрации постоянных представительств иностранных предприятий» (Постановление Государственного совета КНР № 584). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_representative_office (дата обращения: 01.09.2014).

² Уведомление Главного управления промышленно-торговой администрации и Министерства общественной безопасности КНР № 4 «О дальнейшем усилении регулирования процедуры регистрации постоянных представительств иностранных предприятий» от 04.01.2010 // Новый порядок регистрации и продления аккредитации представительств иностранных компаний в КНР. 2 февраля 2010 г. URL: <http://www.zakon.kz/161505-novyyj-porjadok-registracii-i.html> (дата обращения: 01.09.2014).

Иностранные компании могут заниматься производственно-хозяйственной деятельностью, создавая на территории КНР свои *филиалы*. В Законе КНР «О компаниях» 1993 г. (в ред. 2013 г.) отдельная глава – XI – посвящена порядку создания и правовому статусу *филиалов иностранных компаний* (branches of foreign companies) на территории КНР. Для целей Закона о компаниях по иностранными компаниями понимаются компании, инкорпорированные за пределами Китая согласно нормам зарубежного права (ст. 191 Закона 1993 г.). В отношении создания иностранной компании предусматривается разрешительный порядок: иностранная компания должна обратиться с ходатайством в компетентный государственный орган по месту расположения филиала, а также предоставить свой устав, свидетельство о регистрации в своем государстве и прочие соответствующие документы. По получении одобрения регистрирующего органа, компании необходимо пройти процедуру регистрации согласно закону и получить разрешение на занятие хозяйственной деятельностью (business license). Правила, согласно которым иностранным компаниям разрешается создание филиалов, устанавливаются Государственным советом особо (ст. 192 Закона 1993 г.). Компания, открывающая в КНР филиал, должна назначить представителя (агента), отвечающего за деятельность филиала, и наделить филиал средствами (оперативными фондами) такого размера, которые будут достаточными для ведения деятельности, которой собирается заниматься филиал. Если необходимо предписать минимальный размер таких средств, то этим надлежит заниматься Государственному совету (ст. 193 Закона 1993 г.). Название филиала должно указывать на национальность компании и форму ее ответственности перед контрагентами и др. В офисе филиала должен храниться устав иностранной компании, филиалом которой является данный филиал (ст. 194 Закона 1993 г.). Филиалы не являются юридическими лицами китайского права. Иностранная компания, учредившая филиал, несет гражданскую ответственность за деятельность ее филиала (ст. 195). Деятельность, осуществляемая филиалом иностранной компании в Китае, должна соответствовать законам Китая и не причинять вреда общественным публичным интересам (social public interests). С другой стороны, законные права и интересы

таких филиалов находятся под защитой законов КНР (ст. 196). Когда иностранная компания закрывает филиал в Китае, она должна полностью выплатить его долги согласно закону и ликвидироваться в соответствии с положениями о ликвидации Закона о компаниях 1993 г. При этом до полной выплаты долгов иностранная компания не может вывести собственность компании за пределы Китая (ст. 197 Закона 1993 г.). Поскольку филиал представляет собой структурное подразделение материнской компании, которая непосредственно выделяет соответствующие средства для его деятельности, то при условии выплаты платежей допускается свободная репатриация доходов, полученных филиалом¹.

Если, например, речь идет о регистрации филиала уже действующего в стране партнерства с иностранным участием, то сфера хозяйственной деятельности филиалов не может быть шире сферы хозяйственной деятельности этого партнерства. Соответственно и срок деятельности филиала не может превышать срока деятельности партнерства. В течение 30 дней со дня регистрации филиала партнерства с участием иностранного капитала следует заверенную печатью копию патента филиала направить для приобщения к делу в орган регистрации предприятий².

Стоит отметить, что одним из значимых экономических стимулов для иностранных инвесторов является льготное налогообложение. Согласно вступившему в силу с 1 января 2008 г. в новой редакции Закону КНР «О налоге на прибыль предприятий»,³ общая ставка налога на прибыль установлена на уровне 25%. Предприятия, продающие в КНР товары, как собственного производства, так и приобретенные у третьих лиц, являются плательщиками налога на добавленную стоимость. Также, все предприятия, зарегистрированные и ведущие деятельность в КНР, являются налоговыми агентами для своих сотрудников и уплачивают за них налог на доходы физических лиц⁴.

¹ См.: *Богатырев А.Г.* Цит. соч. – С. 115–117.

² *Ху Цзяньмин.* Цит. соч.

³ Налог на прибыль предприятий. URL: <http://chinawindow.ru/china/legal-information-china/chinese-taxation/enterprise-tax> (дата обращения: 01.09.2014).

⁴ См.: Практические процедуры доступа на рынок КНР. URL: http://www.ved.gov.ru/exportcountries/cn/cn_market/cn_pract_access (дата обращения: 01.09.2014).

Обратимся к следующей договорной форме, в которой могут функционировать ТНК – *договору о франшизе*. С 1 мая 2007 г. вступило в силу действующее и поныне Постановление об организации коммерческого франчайзинга¹ (далее – Постановление). Действие Постановления распространяется на любую франчайзинговую деятельность на территории Китая, т. е. как на иностранные франчайзинговые компании, так и на местные. Это Постановление привело законодательство КНР в соответствие с международной практикой в данной сфере и существенно упростило процедуры одобрения и регистрации договора франшизы. Впрочем, некоторые сложности все же остались. Например, китайский закон не оперирует такими терминами как генеральная франшиза (*master franchise*) и региональное продвижение франшизы (*franchise area development*), которые широко используются в западных бизнес-моделях. Постановление 2007 г. отменило действовавшее ранее правило, по которому франчайзер нес солидарную ответственность за качество продуктов и услуг, продаваемых франчайзи конечным потребителям².

Анализ Постановления 2007 г. позволяет выделить две формы развития франчайзинговой сети в Китае. В первом случае, договор о франшизе может быть подписан между иностранной компанией, не имеющей представительства в Китае, и местным предпринимателем. Данный подход характеризуется наличием как положительных, так и отрицательных сторон. Так, для средних иностранных компаний, которые не имеют возможности или желания тратить средства на официальное присутствие в Китае, – он привлекателен. Однако, для ТНК, его таковым рассматривать не следует, поскольку минимальна возможность осуществления контроля за деятельностью компании.

¹ Regulation on the Administration of Commercial Franchises, adopted at the 167th executive meeting of the State Council on January 31, 2007. Order of the State Council (№ 485). URL: <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/en/b/2007-02-06/23214.shtml> (дата обращения: 01.09.2014).

² *Eugeniu Vizitei*. Организация продаж в Китае. Франчайзинг. URL: http://www.china-glocal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:2010-09-08-02-38-14&catid=9:blog-russian&Itemid=60&lang=ru (дата обращения: 01.09.2014).

Второй вариант – открыть совместное или 100% иностранное предприятие в Китае, а затем уже развивать франчайзинг. Данный подход наиболее привлекателен для осуществления предпринимательской деятельности ТНК на внутреннем рынке Китая. Хотя этот путь требует более значительных капитальных инвестиций.

Таким образом, нами выявлено, что способы привлечения ТНК и инвестиций в экономику Китая основаны на гибкости и постоянном совершенствовании законодательных положений ряда отраслей права (торгового, договорного, налогового, корпоративного – в части регламентации деятельности предприятий).

Анализ форм ПИИ показывает, что основная масса зарубежного капитала поступает в Китай для создания совместного предприятия, а также предприятий, полностью принадлежащих иностранным фирмам. Подобно многим странам-реципиентам иностранного капитала КНР стремится проводить гибкую политику в области привлечения иностранных инвестиций. В целом, с учетом определенной национальной специфики основные правовые условия привлечения зарубежных предпринимательских инвестиций в Китае соответствует среднему уровню, принятому в международной практике. Выявлено, что существующие в КНР формы ведения предпринимательской деятельности обладают специфическими чертами.

В ЮАР иностранный капитал функционирует в форме прямых и портфельных инвестиций.

Закон о компаниях 2008 г. регламентирует, как уже отмечалось, деятельность как предпринимательских (profit), так и непредпринимательских (non-profit) компаний, но не устанавливает никакого различия между регистрацией компании, которой владеет резидент ЮАР, и компании, находящейся во владении иностранного инвестора.

В числе иных законов можно назвать законы: «О фирменных наименованиях» 1960 г. (Business Names Act), «О закрытых корпорациях» 1984 г. (Close Corporations Act)¹ и др.

¹ См.: Company Law // The World Law Guide. Legislation South Africa. URL: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxwezaf.htm> (дата обращения: 01.09.2014); Trade and Industry // Acts Online. URL: <http://www.acts.co.za/home.htm> (дата обращения: 01.09.2014).

Закон «О компаниях» 2008 г. под компаниями понимает юридические лица, созданные согласно данному закону, а также национализированные компании или юридические лица, которые непосредственно перед вступлением в силу данного закона были зарегистрированы и осуществляли свою деятельность на основании законов «О компаниях» 1973 г. и «О закрытых корпорациях» 1984 г. При этом юридическими лицами (*juristic person*) являются также и иностранные основные и дочерние компании.

К числу предпринимательских закон о компаниях (ст. 8) относит: государственные (*state-owned*), публичные (*public*); частные (*private*); с неограниченной ответственностью (*personal liability*) компании (*companies*).

Практика показывает, что *public* и *private company*, а также *close corporation* – наиболее часто встречаемые формы, используемые иностранными инвесторами для ведения бизнеса на территории ЮАР, которые регистрируются в Центральном регистре компаний. Возможно создание как компаний со 100% участием иностранного капитала, так и со смешанным участием. Правительство устанавливает перечень «закрытых» видов деятельности для привлечения иностранного капитала, имеющих стратегическое значение для государства.

Иностранным компаниям предоставляется возможность управлять своим бизнесом посредством учреждения отделения (филиала – *branch of a foreign company*), т. е. структурного подразделения материнской компании (не зарегистрированной в ЮАР), или через дочернюю компанию. В последнем случае иностранный инвестор должен зарегистрировать свою компанию в одной из организационно-правовых форм, предусмотренных законодательством.

Филиал подлежит регистрации в качестве «внешней» компании (*as external companies*), но не считается после этого отдельным юридическим лицом во всех случаях, кроме случаев контроля.

Закон о компаниях 2008 г. устанавливает в п. 23 ч. 2 ст. 2 императивное правило для иностранной компании, занимающейся активной коммерческой или некоммерческой деятельностью (в качестве стороны одного или нескольких трудовых

договоров, заключенных на территории ЮАР, или участвуя в иной форме в предпринимательской деятельности в течение 6 месяцев). Такая компания обязана в течение 20 дней быть зарегистрирована в качестве «внешней компании».

Еще одной возможностью легализации в ЮАР выступает признание в качестве *domesticated companies*. В этом качестве выступают иностранные компании, регистрация которых «трансформируется» (*transferred*) в южно-африканскую, и после этого такие компании начинают действовать, как если бы они изначально были инкорпорированы и зарегистрированы как южно-африканские¹.

Применительно к инвестиционной деятельности путем создания нового предприятия будет правомерно высказываемое в литературе мнение², что одним из основных экономических стимулов для иностранных инвесторов в странах Африки является освобождение от налогов их предприятий на несколько лет, необходимых для строительства предприятия и достижение ими проектной мощности, а также на период от начала строительства до операций по производству и сбыту готовой продукции.

Размер закрепленных налоговым законодательством ЮАР ставок основных налогов не вызывает желания разрабатывать схемы их минимизации. Например, прибыль организации облагается налогом по ставке 30%; сумма распределенных дивидендов облагается налогом, уплачиваемым компаниями-резидентами (*Secondary Tax on Companies*) по ставке 12,5%, НДС – 14%. Однако отмечаемый специалистами либерализм налоговой системы ЮАР обусловлен не размерами налоговых ставок, а *порядком взимания* налогов³: все налоги в стране рассчитываются и уплачиваются только с полученных на ее территории доходов

¹ Choice of company structures. 15 March 2013. URL: <http://www.southafrica.info/business/investing/regulations/companies.htm#external> (дата обращения: 01.09.2014).

² См.: Богатырев А.Г. Цит. соч. – С. 94, 95.

³ См.: Лаукканен А. Налоговая система ЮАР // BusinessTimes. Новости российского бизнеса за рубежом. 8 августа 2011. URL: <http://btimes.ru/business/nalogovaya-sistema-yuar> (дата обращения: 01.09.2014).

как резидентами, так и нерезидентами; налог на прирост капитала в ЮАР взимается только, если активы приобретались с явной целью их последующей прибыльной перепродажи; освобождена от налогообложения прибыль в виде дивидендов, полученных от любых компаний (иностранных или южноафриканских), но налогом облагается доход от процентов при кредитовании компании резидентами ЮАР; налогом у источника пассивных доходов, выплачиваемых нерезидентам, не облагаются ни дивиденды, ни проценты. Налогообложению по ставке 12% подлежат платежи за роялти и ноу-хау, если не предусмотрено иное в договорах об избежании двойного налогообложения.

ЮАР подписаны такие договоры с 40 странами, среди которых США, Канада и почти все европейские государства. Поэтому, в случае учреждения европейской холдинговой компанией (например, австрийской, голландской, датской) южноафриканской корпорации, потерь при осуществлении выплат дивидендов не будет вообще. Это обусловлено тем, что в соответствии с конвенциями об избежании двойного налогообложения, подписанными ЮАР со всеми вышеупомянутыми странами, холдингом будут выплачены дивиденды без вычета налога на репатриацию, так как прибыль в виде дивидендов не будет подлежать налогообложению. Кроме того, кредитующая холдинг корпорация вправе получать в ЮАР не облагаемые налогом на прибыль проценты по кредиту.

Что касается договорных форм ведения деятельности, в которых могут функционировать ТНК, то среди них можно выделить: торговый траст и договор франшизы.

Торговый траст (trading / business trust¹) является одной из форм траста, создаваемого в Южной Африке для ведения активной предпринимательской деятельности, а не просто пас-

¹ Или инвестиционный траст – Investment Trust, – являющийся корпорацией и отличный от собственно траста, известного английскому праву. См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств: в 2 т. – Т. 1 / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 2004. – С. 391–407.

сивного инвестирования. Такой траст сложился в торговой практике британских иммигрантов¹.

Закон о контроле над собственностью траста № 57 1988 г. (Trust Property Control Act 57) предусматривает два вида траста:

1) когда собственность принадлежит доверительному собственнику (trustee), который, подчиняясь документу об учреждении траста, управляет и распоряжается имуществом в пользу бенефициаров или ради достижения цели, поставленной учредительным документом; или

2) когда собственность принадлежит бенефициарам, тогда как доверительный собственник осуществляет контроль над имуществом, равным образом распоряжаясь им в пользу бенефициаров или ради достижения цели, поставленной учредительным документом.

Вторая разновидность траста похожа на опеку (попечительство), которые традиционно отсутствуют как правовой институт в англо-американском праве².

Хотя и отмечается³, что в ЮАР торговый траст используется редко, поскольку только некоторые формы предпринимательской деятельности могут работать эффективно в рамках такого механизма, – например, деятельность по преобразованию недвижимости, скажем путем застройки чужого земельного участка (property development enterprises), на наш взгляд, первый из видов траста вполне может использоваться ТНК.

¹ См.: *Honoré T. Trust // Zimmermann R., Visser D. (eds.) Southern Cross cit. – P. 849 et seq.* Цит. по: *Дождев Д.В. Международная модель траста и унитарная концепция права собственности // Человек и его время: Жизнь и работа Августа Рубанова / сост. и отв. ред. О.А. Хазова. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 251–286.* URL: oldidex.msses.ru/images/dozdev-int-model-trust.rtf (дата обращения: 01.09.2014).

² См.: *Гражданское и торговое право зарубежных государств: в 2 т. – Т. 1. / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 2004. – С. 126.*

³ *Doing Business in SA. What are the various types of trusts available and how do I go about registration? Oct 20, 2009.* URL: <http://askentrepreneur.entrepreneurmag.co.za/doing-business-in-sa/business-registration/what-are-the-various-types-of-trusts-available-and-how-do-i-go-about-registration> (дата обращения: 01.09.2014).

Число доверительных собственников в торговом трасте ограничено (до 12), в практике преобладают случаи участия при создании траста трех лиц, каждый из которых выступает в роли либо учредителя траста (*settlor of trust*), либо доверительного собственника, либо бенифициара. Впрочем, число лиц, исполняющих каждую роль в трасте, может варьироваться. Торговый траст создается Актом учреждения траста (*deed of trust*), согласно которому собственность управляется в интересах бенифициаров, указанных в акте. Траст является неинкорпорированной формой ведения бизнеса, но рассматривается в качестве юридического лица для целей налогообложения¹.

На основании *договора франчайзинга (franchise agreement)* компания предоставляет другим лицам право использовать определенные торговые знаки, названия, символы для обозначения некоторых видов деятельности, продуктов или услуг². Подобным образом действуют в ЮАР (как и в других странах мира) такие известные предприятия как *Mc Donalds*, *General Motors*, *Baskin Robbins* и пр.

В ЮАР отношения, связанные с франшизой, регулируются положениями нескольких Законов: о товарных знаках № 194 1993 г. (*Trademarks Act № 194 of 1993*), о конкуренции № 89 1989 г. (*Competition Act № 89 of 1989*) и об отношениях с участием потребителей № 71 1988 г. (*Consumer Affairs Act № 71 of 1988*) в ред. Закона о вредоносных торговых практиках № 23 1999 г. (*Harmful Business Practices Amendment Act № 23 of 1999*)³.

Соглашение о франшизе включает вопросы интеллектуальной и коммерческой собственности, детали проводимых операций, финансовые обязательства, права и обязанности сторон, а также условия окончания соглашения. Как правило такое

¹ Doing Business in SA. What are the various types of trusts available and how do I go about registration? Oct 20, 2009. URL: <http://askentrepreneur.entrepreneurmag.co.za/doing-business-in-sa/business-registration/what-are-the-various-types-of-trusts-available-and-how-do-i-go-about-registration> (дата обращения: 01.09.2014).

² *Vaughn C.L.* Franchising of fast-food restaurant. – N. Y., 1970.

³ См.: Legal implications of franchising in South Africa. URL: <http://www.whichfranchise.co.za/article.cfm?articleID=41> (дата обращения: 01.09.2014).

соглашение заключается в интересах обеих сторон на срок от 5 до 10 лет с возможностью продления при выполнении определенных условий, к примеру, достижение заданных показателей роста.

Используя договор франчайзинга, в современный период ТНК могут, с одной стороны, эффективно распространять товары и услуги – так называемый товарный франчайзинг, представляющий собой передачу исключительных прав на реализацию выпускаемой франчайзером продукции под его товарным знаком и на определенной территории на льготных условиях; с другой – можно говорить о «франшизе бизнес-формата», предполагающей передачу не только товарного знака, но и созданной самим франчайзером технологии ведения предпринимательской деятельности, его фирменного стиля и внешних параметров. Что, безусловно, делает такой способ функционирования капитала привлекательным для ТНК¹.

Таким образом, настоящее исследование показывает, что понятие «ТНК» обычно не закреплено на законодательном уровне и является доктринальным. Анализ существующих доктрин и практики применения терминов позволяет определять *транснациональную корпорацию* как предприятие, представляющее собой совокупность юридических лиц и неправосубъектных объединений различной национальности и достигающее экономического единства посредством централизованного управления его деятельностью.

Проведенное исследование позволило заключить, что в странах БРИКС способы привлечения ТНК и применяемые при этом методы правового регулирования в общих чертах унифицированы и состоят в создании и использовании дочерних ком-

¹ См. также: *Беликова К.М., Ахмадова М.А.* Правовой статус транснациональных корпораций в странах БРИКС (на примере ЮАР) // Актуальные проблемы современного международного права: материалы XI ежегодной Международной научно-практической конференции, посвященной памяти профессора И.П. Блищенко: в 2 ч. – Ч. II. / отв. ред. А.Х. Абашидзе (Москва, 12–13 апреля 2013 г.) – М.: РУДН, 2014. – С. 338–349 (683 с.).

паний, совместных предприятий, открытия (учреждении) филиалов, представительств, создании торговых трастов, заключении различных лицензионных соглашений, в том числе договора франчайзинга, осуществлении прямых иностранных инвестиций и др.

Способы привлечения ТНК базируются на либерализации законодательных положений ряда отраслей права (торгового, договорного, налогового, корпоративного – в части регламентации деятельности предприятий). Выявлено, что сущностью либерализации является почти полное уравнивание резидентов и нерезидентов в правах ведения коммерческой деятельности, налогообложения, использования собственности.

Показано, что существующие в исследуемых странах формы и способы ведения предпринимательской деятельности транснациональными корпорациями обладают специфическими чертами. Так, в КНР (с 2010 г.) стало допустимо создание *партнерств с иностранными участниками*; ЮАР отличается возможностью признания иностранной компании в качестве *domesticated companies*, – последняя регистрируясь «трансформируется» (*transferred*) в южно-африканскую и после этого начинает действовать согласно положениям южно-африканского Закона о компаниях, как если бы она изначально была инкорпорирована и зарегистрирована в качестве таковой, а также создания такого договорного механизма как *торговый траст* (*trading trust*); в Бразилии – специфическим способом функционирования ТНК является возможность создания *консорциума* или *временного союза предприятий* (*consorcio / unión de empresas*), возникающих на основе договора об экономическом сотрудничестве; в Индии иностранная компания, заключившая контракт с индийской компанией на реализацию проекта может создать *представительство (офис) по реализации определенного проекта*; в России возможно создание инвестиционного товарищества.

Установлено, что унифицированной конструкцией транснациональных корпораций, нашедшей отражение в законодательстве всех стран БРИКС, является создание иностранным материнским предприятием национальных дочерних предприятий. Широкому использованию такой организационно-право-

вой формы способствует тот факт, что дочернее предприятие является юридически независимым лицом при экономической зависимости от материнского. Как форма присутствия зарубежного капитала на внутреннем рынке стран БРИКС также широкое распространение получили структурные подразделения иностранных компаний в виде представительств и филиалов. Выявлено, что представительства чаще используются для создания деловых коммуникаций и исследования внутреннего рынка страны на предмет актуальности продуктов материнской компании, а филиалы – для занятия производственно-хозяйственной деятельностью.

Показано, что унифицированными договорными формами ведения предпринимательской деятельности ТНК в странах БРИКС являются совместные предприятия и договор франшизы (franchise agreement).

Законодательство Бразилии, России, Индии и ЮАР в императивном порядке устанавливает, что совместные предприятия регистрируются в качестве юридического лица. В КНР договорное совместное предприятие может обладать статусом юридического лица, если отвечает условиям юридического лица, установленным китайским законодательством. В случае, если предприятие не обладает этими условиями, оно рассматривается как сотрудничество компаний без образования юридического лица в соответствии с договоренностью участников.

Договор франшизы имеет в правовых порядках изучаемых стран различное наполнение от товарного франчайзинга, предполагающего передачу исключительных прав на реализацию выпускаемой франчайзером продукции под его товарным знаком и пр., до франшизы бизнес-формата, предполагающей передачу не только товарного знака, но и созданной самим франчайзером технологии ведения предпринимательской деятельности, его фирменного стиля и внешних параметров.

Далее. Рассмотрев основные подходы права стран БРИКС к правовым формам и методам оформления деятельности ТНК обратимся к основным правовым гарантиям иностранных инвестиций в страны БРИКС, поскольку в БРИКС имеется потенциал для взаимного инвестирования, как в форме прямых, так и в

форме портфельных инвестиций¹. С этой точки зрения актуально изучение правовых гарантий иностранных инвестиций в страны БРИКС, которому будет посвящен следующий параграф настоящей работы.

2.3. Основные правовые гарантии иностранных инвестиций в страны БРИКС

Правое регулирование, безусловно, не существует независимо от политических, экономических, административных условий деятельности иностранного инвестора, в совокупности формирующих инвестиционный климат. Исследователи инвестиционной активности отмечают, что нередко притоку иностранных инвестиций в ту или иную отрасль хозяйства препятствуют такие факторы как: политическая неопределенность вследствие противоречия между необходимостью привлечения капиталовложений и желанием правительства контролировать ту или иную сферу промышленности (например, традиционно – энергетическую, оборонную, ядерных исследований), рассматриваемую обычно в качестве стратегической (Россия, Китай)². Кроме того, многие государства также испытывают проблемы, связанные с бюрократией и коррупцией. Тем не менее и правовые механизмы играют в этом формате не последнюю роль.

Основные гарантии правовой защиты деятельности иностранных инвесторов на территории того или иного государства, как правило, базируются на положениях:

1) специальных законов об иностранных инвестициях (например, Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в РФ» 1999 г. № 160-ФЗ, Закон об иностранном капитале 1962 г.

¹ *Кандалинцев В.* Страны БРИКС в потоках прямых иностранных инвестиций // Восточная аналитика. Ежегодник 2012: Экономика и политика стран Востока. URL: http://www.blisvet.ru/society/articles/brics_fdi.php (дата обращения: 01.09.2014).

² *Богатырев А.Г.* Цит. соч. – С. 127; *Шумов Б.Б.* Развитие российского инвестиционного рынка в процессе интеграции России в мировое хозяйство: монография. – М.: Научная книга, 2012. – 143 с.

№ 4.131 **Бразилии** и др.), которые являются отражением более общих принципов, фиксируемых конституциями этих стран (напр., ст. 18 Конституции **КНР**);

2) международных конвенций (например, Вашингтонская конвенция по урегулированию инвестиционных споров¹);

3) двусторонних соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений: между Правительствами (**РФ** и **Китая** от 9 ноября 2006 г.², **РФ** и **Индии** от 23 декабря 1994 г.³ и др.

В основном к числу таких общепризнанных гарантий относятся:

1) *защитная оговорка (umbrella clause)*, предполагающая проведение в жизнь принципа обязательности выполнения принятых на себя обязательств, вытекающая из обязанности исполнения принятых на себя договоров, – *pac̄ta sunt servanda*. Например:

Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений между Правительством **РФ** и Правительством **Китая** от 9 ноября 2006 г., согласно которому «Государство обязано обеспечивать в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами полную защиту на своей территории капиталовложений инвесторов другой Договаривающейся Стороны» (п. 2 ст. 2);

Соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений между Правительством **РФ** и Правительством **Индии** от 23 декабря 1994 г., согласно которому «капиталовложениям инвесторов одной из Договаривающихся Сторон будет предоставляться справедливый и равноправный режим, а также обеспечиваться полная защита и безопасность на территории государства другой Договаривающейся Стороны» (ст. 2).

¹ Вашингтонская конвенция 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами. Вступила в силу 14 октября 1966 г // СПС «Кодекс». URL: <http://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата обращения: 01.09.2014).

² СЗ РФ, 16.11.2009, № 46, ст. 5421. Более подробно текст см.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_125585/ (дата обращения: 01.09.2014).

³ СЗ РФ, 1996, № 22, ст. 2587. Более подробно текст см.: http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_44499.html (дата обращения: 01.09.2014).

Нарушение этих обязательств дает право инвестору на обращение в международный арбитраж и влечет международно-правовую ответственность. Тем самым защитная оговорка помещает обязательства перед иностранными инвесторами под зонтик (*umbrella*) международно-правовых средств защиты;

2) *гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций*. В договорах об иностранных инвестициях стран БРИКС устанавливаются гарантии решения спорных вопросов:

– в третейском суде (ст. 10 Соглашения **РФ с Индией**);

– в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)¹ или в арбитражном суде *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (ст. 9 Соглашения **РФ с Китаем**) и т. д.

К настоящему времени более ста государств заявили о готовности участвовать в международном договоре – Вашингтонской конвенции по урегулированию инвестиционных споров, – элиминировав таким образом возможность использовать свой иммунитет.

В соответствии с этой Конвенцией исковое заявление должно подаваться пострадавшей стороной не в национальный, а в международный суд. Отказались подписать Конвенцию только латиноамериканские делегаты, – дело в том, что Латинская Америка традиционно считалась континентом, «враждебным арбитражу»². Однако в настоящее время эта тенденция преодолевается³;

¹ Подробнее о Центре см.: <http://www.internationalarbitrationlaw.com/arbitral-institutions/icsid/> (дата обращения: 07.09.2014).

² *Доронина Н.Г.* Порядок разрешения инвестиционных споров // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2007. – С. 148–167; *Ермакова Е.П.* Инвестиционные споры: Аргентина и МЦУИС. – Ч. 1. URL: http://www.palata.ru/elib/article_view.php?ELEMENT_ID=29498407 (дата обращения: 22.09.2014).

³ См.: *Беликова К.М.* Основные правовые гарантии иностранных инвестиций в страны БРИКС // Законодательство и экономика. – 2014. – № 7. – С. 31–39.

3) *гарантия от неблагоприятного изменения законодательства* (стабилизационная оговорка – Grandfather clause) – тесно соприкасается с первой гарантией. Важной составляющей благоприятного инвестиционного климата является стабильность правового регулирования, что предполагает установление определенного срока, в течение которого действует запрет на законодательное изменение условий инвестирования.

Не содержат упоминания о стабилизационной оговорке: Документы Организации экономического сотрудничества и развития, Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12 декабря 1974 г. (хотя ст. 2 Хартии специально посвящена международным инвестиционным отношениям), инвестиционное законодательство **Китая**¹.

Содержат упоминание о стабилизационной оговорке Законодательство **РФ** (а также Армении, Молдовы, Казахстана), где закреплено положение о том, что, если новое законодательство ухудшает положение иностранного инвестора, к нему применяется автоматически прежнее законодательство вплоть до истечения срока инвестиционного соглашения;

4) *гарантии компенсации при национализации имущества инвестора* не подвергаются в настоящее время сомнению; споры вызывает вопрос об объеме компенсации.

Предусматриваются:

– в *национальном законодательстве (Россия, ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», ст. 8)*: «имущество иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями не подлежит принудительному изъятию, в том числе национализации, реквизиции, за исключением случаев и по основаниям, которые установлены федеральным законом или международным договором РФ»;

– в *двусторонних соглашениях (Россия–Индия, О поощрении и взаимной защите капиталовложений от 23 декабря 1994 г., ст. 5)*: «капиталовложения инвесторов одной из Договаривающихся Сторон, осуществленные на территории государства другой Договаривающейся Стороны, не будут национализированы, экспроприированы или подвергнуты мерам, равным по

¹ Богатырев А.Г. Цит. соч. – С. 157.

последствиям национализации или экспроприации, за исключением случаев, когда такие меры принимаются в общественных интересах в соответствии с законодательством государства последней Договаривающейся Стороны, не являются дискриминационными и сопровождаются выплатой компенсации».

Не предусматриваются в национальном законодательстве (Китай¹);

5) гарантия перевода платежей, связанных с иностранной инвестиционной деятельностью.

Предоставляется (по данным МВФ²):

– правовыми актами почти 50 государств (Китай, Кипр, Чехия и пр.),

– двусторонними соглашениями об избежании двойного налогообложения (например: 1) Конвенция **Россия–Бразилия** устанавливает, что регулирование перевода платежей осуществляется в соответствии с действующим валютным законодательством той Договаривающейся Стороны, на территории которой капиталовложения осуществлены³; 2) Соглашение **Россия–Индия** устанавливает, что, напр., дивиденды, выплачиваемые компанией, которая является резидентом одного Договаривающегося Государства, резиденту другого Договаривающегося Государства, могут облагаться налогом в этом другом Государстве⁴).

¹ Богатырев А.Г. Цит. соч. – С. 157, 158.

² Артемов Н.М. Валютные ограничения. – М., 2001. – С. 15.

³ СЗ РФ, 27.04.2009, № 17, ст. 1970. Более подробно текст Соглашения см.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_85083 (дата обращения: 01.09.2014). К этому Соглашению, правда, имеется Письмо от 12 февраля 2014 г. № 03-08-06/5641 Министерства финансов Российской Федерации, согласно которому департамент налоговой и таможенно-тарифной политики направляет копию ноты Посольства России в Бразилии от 24 января 2014 г., в соответствии с которой Конвенция между Правительством Российской Федерации и Правительством Федеративной Республики Бразилия об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы от 22 ноября 2004 г. не вступила в силу и не применяется, как это ошибочно полагалось на основании ноты Посольства Бразилии в Москве от 2009 г. № 40.

⁴ Бюллетень международных договоров. – 1998. – № 9. Текст Соглашения см.: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_17874 (дата обращения: 01.09.2014).

Предоставляется с ограничениями: в **Бразилии** в случае значительного дефицита внешнеторгового баланса и в ряде других случаев (что открывает простор широкому усмотрению), *Управление по контролю находящихся в обращении денежных средств* может ограничить импорт и перевод за границу доходов от иностранного капитала на определенный период¹.

При этом:

– в **РФ** согласно Федеральному закону от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» (№ 173-ФЗ)² *не допускается* установление органами валютного регулирования требования о получении резидентами и нерезидентами индивидуальных разрешений (п. 5 ст. 3),

– в **Бразилии** Закон об иностранном капитале... 1962 г. № 4.131 также устанавливает, что *все валютные операции* проводятся в Бразилии через упомянутое выше Управление, имеют целевой характер, т. е. *осуществляются с разрешения Управления*. При этом Закон устанавливает 10% ежегодного перевода прибылей от первоначальных инвестиций и реинвестиций. Максимальная сумма прибылей за год, переводимая за границу, не должна превышать 10% стоимости зарегистрированного капитала. Перевод за границу прибылей, превышающих этот порог, рассматривается как обратный вывод капитала³;

б) *страхование иностранных инвестиций* в случае экспроприации или введения ограничений на вывод капиталов как одна из гарантий компенсации убытков за счет государства, ответственного за причинение ущерба.

Субъекты (страховщики):

– *национальные* – например, Российское агентство по страхованию экспортных кредитов и инвестиций;

– *региональные/универсальные* – например, Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций.

Нормы о переходе прав и обязанностей к другому лицу устанавливаются как в национальном законодательстве стран, так и в двусторонних инвестиционных договорах.

¹ Богатырев А.Г. Цит. соч. – С. 111, 112.

² СЗ РФ от 15 декабря 2003 г. № 50. – Ст. 4859.

³ Богатырев А.Г. Цит. соч. – С. 115.

Таким образом, нами установлено, что вследствие национальных особенностей в сфере предоставления гарантий инвесторам в разных странах, когда речь идет о капиталовложениях за рубежом необходимо выяснить наличие и содержание двусторонних договоров об инвестициях, поскольку наличие таких договоров как правило обеспечивает инвесторам преимущества в виде:

- предложений довольно значительных возможностей в плане правовой защиты инвестиций, которые могут отсутствовать в законодательстве принимающей страны;

- предоставления возможности использования факта резидентства при наличии договора о двойном налогообложении между двумя странами;

- предоставления возможности направления дела в третейский (иной) суд согласно положениям двустороннего соглашения о поощрении об инвестициях.

В тех сделках, которые не предусматривают возможность использования договоров об инвестициях, инвесторы должны вступать в переговоры с правительством принимающей стороны с целью определения условий защиты, которую они должны получить.

При этом обязательным условием, предпосылкой и основой такого взаимодействия должно выступать предварительное изучение и хорошее знание соответствующего национального законодательства принимающей инвестиции страны, с тем, чтобы инвесторы могли рассчитывать на те механизмы защиты инвестиций, которые изначально способна предоставить им принимающая инвестиции сторона.

2.4. Методические материалы

Хрестоматия

«Вместе с тем вес страны в мировом хозяйстве определяется не только размером ВВП, но и ее влиянием на характер международных экономических отношений. Один из мощных инструментов такого влияния – базирующиеся в стране транснацио-

нальные корпорации (ТНК)». (Кузнецов А. Транснациональные корпорации стран БРИКС // *Мировая экономика и международные отношения*. – 2012. – № 3. – С. 3-11)

«Вывоз капитала является средством для целей внешней политики, а его успехи зависят в свою очередь от внешней политики». (Ленин В.И. *Полн. собр. соч.* – Т. 28. – С. 42)

«ТНК превращаются не только в гигантские хозяйственные предприятия, но и в важную силу на мировой политической арене. Происходит трансформация экономической мощи в политическое влияние, рост политического компонента в деятельности ТНК». (Иванов И. *Транснациональные корпорации во внешней политике империализма // Мировая экономика и международные отношения*. – 1981. – № 10. – С. 34, 35)

«Экономический национализм отдельных государств стал бессмысленным ввиду того, что в роли сильных акторов на экономическом поле выступают глобальные фирмы». (Омэ К. *Мир без границ: власть во взаимосвязанном мире. Фортана, 1990 (Ohmae K. The Bordless World: Power in the Interlinked Economy. Fortana, 1990)*)

Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме

1. Дайте определение термину транснациональные корпорации (ТНК).
2. Является ли ТНК самостоятельным субъектом права?
3. В чем отражаются преимущества такой формы экономической зависимости как «материнская – дочерняя компания» для ТНК?
4. Какая организационно-правовая форма выступает наиболее привлекательной для ТНК в Бразилии?
5. Каковы последствия закрепления право выбора ТНК регистрировать свое «присутствие» на внутреннем рынке в качестве юридического лица или без образования такового?

6. Какая организационно-правовая форма наиболее близка к «инвестиционному товариществу» в зарубежных странах?

7. Как осуществляется правовое регулирование порядка осуществления иностранных инвестиций в различные сферы экономики?

8. Назовите основные способы привлечения в экономику ТНК в странах БРИКС.

9. Предусматривается ли в отечественном законодательстве такая организационно-правовая форма ведения предпринимательской деятельности как совместные предприятия?

10. Перечислите все договорные формы ведения предпринимательской деятельности ТНК, выявленные в исследуемых странах.

11. Каковы правовые последствия признания иностранной компании в качестве «*domesticated companies*» согласно законодательству ЮАР?

12. Назовите и охарактеризуйте способы и механизмы защиты прав инвесторов в странах БРИКС.

Словарь (глоссарий)

Группа (по законодательству Бразилии) образуется материнским обществом и его дочерними компаниями, путем заключения соглашения, в силу которого они приняли на себя обязательство содействовать своими средствами и своими усилиями достижению намеченных целей или участвовать в совместной деятельности.

Договорные совместные предприятия (кооперативные – contractual или cooperative joint ventures) – порядок получения прибыли, управление хозяйственной деятельностью, а также взаимодействие с другими хозяйствующими субъектами осуществляется на основании заключенного между сторонами учредительного договора.

Дочерняя компания (wholly owned subsidiary) – юридическое лицо, весь капитал которого принадлежит иностранной компании, именуемая материнской, в руках которой сосредоточен контроль по управлению дочерней компанией.

Инвестиционное товарищество – организационно-правовая форма, позволяющая объединить финансовые и организационные усилия нескольких участников для инвестиций в рискованные проекты (российский аналог «limited partnership»).

Консорциум или временный союз предприятий (consorcio/union transitoria de empresas) – возникает на основе договора об экономическом сотрудничестве между компаниями или обществами, действующими на основании положений закона об акционерных обществах без образования юридического лица.

Паевые совместные предприятия (equity joint ventures) – порядок получения прибыли, управление хозяйственной деятельностью, а также взаимодействие с другими хозяйствующими субъектами осуществляется в соответствии с принципами правового регулирования компаний с ограниченной ответственностью (ограничение ответственности участников уставным капиталом предприятия, несение рисков, участие в управлении и право на получение прибыли в соответствии с долей в уставном капитале).

Представительство – является обособленным подразделением юридического лица, расположенного вне места его нахождения, которое представляет интересы последнего без образования юридического лица.

Совместная компания (joint venture) – это юридическое лицо, учрежденное в стране (Индия) в соответствии с положениями законов и подзаконных актов, в которое инвестирует иностранное юридическое лицо.

«Соглашение о взаимопонимании» (memorandum of understanding) – договор между сторонами, который отражает основные аспекты функционирования создаваемого совместного предприятия (joint venture) и его структуру и носит обязательный характер для заключивших его сторон (по законодательству Бразилии).

Транснациональная корпорация – предприятие, которое представляет собой совокупность юридических и неюридических лиц различной национальности, достигающее экономического единства посредством централизованного управления его деятельностью.

Филиал (branch of a foreign company) – обособленное подразделение компании, расположенное вне места его нахождения и осуществляющее все его функции или их часть, в том числе функции представительств без образования юридического лица.

Франшиза (franchising) – договорная форма ведения предпринимательской деятельности, в которой франчайзер передает франчайзи право использовать торговый знак или патент, вместе с правом распространять продукты или услуги на исключительной или полуйсключительной (*exclusiva ou semi-exclusiva*) основе, и, в некоторых случаях, право использовать ноу-хау, связанное с созданием и управлением бизнесом, в обмен на прямую или косвенную компенсацию без установления трудовых отношений.

Domesticated companies – один из способов легализации в ЮАР иностранной компании, когда последние при регистрации «трансформируются» (*transferred*) в южно-африканскую и после этого начинают действовать как если бы они изначально были инкорпорированы и зарегистрированы как местные компании.

Задачи

Задача 1. Известная китайская компания по производству бытовой техники «Haier» решила учредить совместное предприятие (*equity joint venture*) с инвесторами из России в лице ОАО «Электромир». На стадии подготовки содержания договора между сторонами возникли некоторые споры. Так, представители ОАО «Электромир» настаивали на том, чтобы обязанности председателя совета директоров и его заместителя были возложены на их представителей, аргументируя это тем, что, во-первых, в уставном капитале учреждаемого предприятия более 70% принадлежит им, а, во-вторых, кандидаты, рекомендуемые ими являются высококвалифицированными специалистами в этой сфере.

Вопрос. Допускает ли законодательство Китая о паевых совместных предприятиях возможность удовлетворения требований российских инвесторов?

Задача 2. Известная бразильская компания Manufaturu de Cerveja Brahma and Companhia с целью начала экспорта ее продукции (пиво марки Brahma) решила учредить представительство по связям (Liaison Office) в Индии. В 2006 г. представители компании получили предварительное разрешение от Резервного Банка Индии (Reserve Bank of India), и представительство начало активно налаживать коммуникационный канал между материнской компанией и компаниями на местном рынке. Однако в связи с началом финансово-экономического кризиса в 2009 г. представительство, оказавшись в тяжелом финансовом положении, начало самостоятельно производить продажу товаров материнской компании. Вскоре Управление по реализации иностранных инвестиций (Foreign Investment Implementation Authority) обратилось к руководству представительства, указав на незаконность осуществляемой представительством деятельности.

Задание. *Дайте правовое обоснование действий Управления по реализации иностранных инвестиций Индии.*

Задача 3. Российская компания А совместно с китайскими партнерами Б и В решила учредить товарищество. Согласно заключенному сторонами учредительному договору компания В наделялась полномочиями представлять товарищество, осуществлять непосредственное управление им, а также вести хозяйственную деятельность создаваемого товарищества. Некоторое время спустя от начала деятельности товарищества представители компании В продали гражданину КНР земельный участок, находящийся в собственности товарищества, без согласия других участников (компаний А и Б). Узнав о происшедшем, не дававшие согласия на такую продажу участники товарищества обратились в Народный суд с требованиями о признании сделки недействительной и возврате неправомерно отчужденного земельного участка.

Вопрос. *Какое решение примет Народный суд в соответствии с действующим в КНР законодательством о товариществах?*

**Список рекомендуемой литературы,
нормативные акты и документы**

А) На русском языке

На бумажном носителе

Основная литература

1. Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник : в 2 т. – Т. 1 / К.М. Беликова, В.Ю. Ифраимов, М.А. Ахмадова, Ц.А. Буджаева (Бегджиева) и др.; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. – М.: РУДН, 2015. – 595 с.

Дополнительная литература

1. *Авдокушин Е.Ф., Жариков М.В.* Страны БРИКС в современной мировой экономике. – М.: Магистр НИЦ Инфра-М, – 2013. – 480 с.

2. *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: в 3 т. – Т. 2: Особенная часть. – М.: БЕК, 2000.

3. *Артемов Н.М.* Валютные ограничения. – М., 2001.

4. *Ахмадова М.А.* Транснациональные корпорации в странах БРИКС: на примере Индии // Нравственные императивы в праве. – 2013. – № 1. – С. 30–35.

5. *Ашавский Б.М., Валько Н.* Транснациональные корпорации – частнокапиталистические международные монополии // Советское государство и право. – 1981. – № 3. – С. 79 и сл.

6. *Беликова К.М.* Основные правовые гарантии иностранных инвестиций в страны БРИКС // Законодательство и экономика. – 2014. – № 7. – С. 31–39.

7. *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ – 2010. – 480 с.

8. *Беликова К.М., Ахмадова М.А.* Правовой статус транснациональных корпораций в странах БРИКС (на примере ЮАР) // Актуальные проблемы современного международного права: материалы XI ежегодной Международной научно-практической конференции, посвященной памяти профессора И.П. Блищенко

ко / отв. ред. А.Х. Абашидзе (Москва, 12–13 апреля 2013 г.): в 2 ч. – Ч. II – М.: РУДН, 2014. – С. 338–349 (683 с.).

9. *Бондарчук Н.А.* Проблемы правового статуса транснациональных корпораций // Актуальные проблемы совершенствования российского законодательства и правоприменения: материалы Международной научно-практической конференции (Уфа, 29 апреля 2009 г.): в 3 ч. – Ч. 2: Гражданско-правовые проблемы. – Уфа, 2009.

10. *Вельяминов Г.М.* Международное экономическое право и процесс. – М.: Wolters Kluwer, 2004.

11. Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров: в 2 т. – Т. 1. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – М.: Международные отношения, 2004.

12. *Доронина Н.Г.* Порядок разрешения инвестиционных споров // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2007. – С. 148–167.

13. *Карро Д., Жюйар П.* Международное экономическое право / научный ред. В.М. Шумилов. – М., 2002.

14. *Кашанина Т.В.* Корпоративное право. – М., 2006. – 814 с.

15. *Королев А.Е.* Транснациональные корпорации как субъекты международного частного права: дис. ... к.ю.н. – Саратов, 2001.

16. *Кузим А.А., Козырь Н.С., Пятков В.С.* Интернационализация бизнеса: транснациональные корпорации, эволюция подходов // Наука и Экономика. – 2011 – № 1 (5) (январь). – С. 8 и сл.

17. *Лунц Л.А.* Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Советское государство и право. – 1976. – № 5. – С. 122–129.

18. *Ляликова Л.А.* Транснациональные корпорации в аспекте международного частного права: дис. ... к.ю.н. – М., 1983.

19. *Миронов А.А.* Концепция развития ТНК. – М., 1981.

20. *Мозолин В.П.* Правовое положение иностранного капитала // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 156–166.

21. *Петиненко И.А.* Инновационное поведение корпораций стран БРИКС: необходимость и возможности формирования // Вестник Томского государственного университета. – 2012. – № 4 (20). – С. 217–226.

22. *Поляков В.В., Щенин Р.К.* Мировая экономика и международный бизнес. – М.: КНОРУС, 2004.

23. Право и международные экономические отношения: сборник статей / отв. ред. Н. Г. Доронина. – М.: Юристъ, 2005.

24. *Суханов Е.А.* Предприятие и юридическое лицо // Хозяйство и право. – 2004. – № 7. – С. 3–11.

25. *Уткин Э.А., Эскиндаров М.А.* Финансово-промышленные группы. – М.: Юридический мир, 1998.

26. *Шерешева М.Ю., Бузулукова Е.В.* Сетевые межфирменные взаимодействия в деятельности ТНК на российском рынке // Вестник Санкт-Петербургского университета, серия «Менеджмент». – 2012. – № 1. – С. 59.

27. *Шумилов В.М.* Международное экономическое право. – 3-е изд. – Ростов-на-Дону, 2003.

28. *Шумов Б.Б.* Развитие российского инвестиционного рынка в процессе интеграции России в мировое хозяйство: монография. – М.: Научная книга, 2012. – 143 с.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

29. Аккредитация представительств и филиалов иностранных компаний. URL: <http://www.bisoutsourcing.ru/accreditation> (дата обращения: 27.04.2013).

30. *Антонов Я.В.* Формирование государственной политики в сфере регулирования деятельности транснациональных корпораций // Управление общественными и экономическими системами. – 2011. – № 1. – С. 1–9. URL: <http://umc.gu-unpk.ru/umc/arhiv/2011/1/antonov.pdf> (дата обращения: 15.08.2014).

31. *Беликова К.М.* Договорные объединения предпринимателей, потенциально способные подменять конкурентные риски практической кооперацией: правовая природа картелей, консорциумов, пулов и т. д. (на примере стран Латинской Америки) // Российское конкурентное право и экономика. – 2011. –

№ 2. – С. 60–64. URL: http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal_30898.html (дата обращения: 21.09.2014).

32. *Великомыслов Ю.Я.* Иностранные инвестиции. Международно-правовое и внутригосударственное регулирование деятельности предприятия с иностранными инвестициями. – М.: ALLPRAVO, 2005. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc99p0/instrum5022/item5025.html> (дата обращения: 01.09.2014).

33. *Владимирова И.Г.* Организационные формы международного бизнеса: российская практика. 05.07.2001. URL: <http://www.cfin.ru/press/management/1998-1/07.shtml> (дата обращения: 01.09.2014).

34. *Волос А.* К вопросу о понятии аффилированности. 27.08.2012. URL: <http://zakon.ru/Blogs/OneBlog/3871> (дата обращения: 15.08.2014).

35. *Дождев Д.В.* Международная модель траста и унитарная концепция права собственности // Человек и его время: Жизнь и работа Августа Рубанова / сост. и отв. ред. О.А. Хазова. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 251–286. URL: <http://oldidex.msses.ru/images/dozdev-int-model-trust.rtf> (дата обращения: 01.09.2014).

36. *Иванов В.* Инвестиционное товарищество: новые формы – новые возможности // Юридический справочник руководителя. – № 1. – 2012. URL: <http://www.delo-press.ru/articles.php?n=9654> (дата обращения: 01.09.2014).

37. Какие виды деятельности разрешены для компании со 100% иностранным капиталом в КНР? // FAQ: компании со 100% иностранным капиталом. URL: http://chinalawinfo.ru/publications/faq_wholly_owned_foreign_enterprises.htm (дата обращения: 01.09.2014).

38. *Кандалинцев В.* Страны БРИКС в потоках прямых иностранных инвестиций // Восточная аналитика. Ежегодник 2012: Экономика и политика стран Востока. URL: http://www.blisvet.ru/society/articles/brics_fdi.php (дата обращения: 01.09.2014).

39. *Крапивин О.М., Власов В.И.* Зависимое хозяйственное общество // Комментарий к Закону Российской Федерации «Об акционерных обществах». – М: Фонд «Правовая культура», 1998. URL: <http://www.bibliotekar.ru/akcionernoe-obschestvo/10.htm> (дата обращения: 15.08.2014).

40. Крупнейшие совместные инвестиционные проекты, планируемые или реализуемые в отрасли. Отраслевые обзоры «РосБизнесКонсалтинг». URL: <http://www.rbc.ru/reviews/auto/030902/4.shtml> (дата обращения: 01.09.2014).

41. *Кулагин М.И.* Избранные труды по акционерному и торговому праву. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/6/page_18.html (дата обращения: 01.09.2014).

42. *Лаукканен А.* Налоговая система ЮАР // BusinessTimes. Новости российского бизнеса за рубежом. 8 августа 2011. URL: <http://btimes.ru/business/nalogovaya-sistema-yuar> (дата обращения: 01.09.2014).

43. *Лебедева Е.* Расчеты с иностранными контрагентами: кто заплатит налог на прибыль? 30.07.10 (Материал предоставлен корпоративным изданием для клиентов ГК «ИРБИС» «Система успеха»). URL: <http://www.klerk.ru/buh/articles/189646> (дата обращения: 01.09.2014).

44. *Манукян М.А.* Правовое положение транснациональных корпораций в доктрине международного частного права: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2009. URL: <http://www.dissercat.com/content/pravovoe-polozhenie-transnatsionalnykh-korporatsii-v-doktrine-mezhdunarodnogo-chastnogo-prav#ixzz38xZPuH9H> (дата обращения: 30.07.2014).

45. Налог на прибыль предприятий. URL: <http://chinawindow.ru/china/legal-information-china/chinese-taxation/enterprise-tax> (дата обращения: 01.09.2014).

46. О некоторых аспектах налогообложения в Бразилии. URL: http://www.ved.gov.ru/exportcountries/br/br_market/br_pract_access (дата обращения: 01.04.2013).

47. Практические процедуры доступа на рынок КНР. URL: http://www.ved.gov.ru/exportcountries/cn/cn_market/cn_pract_access/ (дата обращения: дата обращения: 01.09.2014).

48. Совместное предприятие [в КНР]. URL: <http://chinawindow.ru/china/chinese-companies/joint-venture-china> (дата обращения: 01.09.2014).

49. *Флейшиц Е.А.* Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. – М., 1948. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1466_page_10.html (дата обращения: 01.09.2014).

50. Ху Цзяньмин. Китай: Положение о товариществах с участием инокапитала. URL: http://www.kitaichina.com/se/txt/2010-05/18/content_273100.htm (дата обращения: 01.09.2014).

Нормативные акты и документы

51. Вашингтонская конвенция 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами. Вступила в силу 14 октября 1966 г. // СПС «Кодекс». URL: <http://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата обращения: 01.09.2014).

52. Уведомление Главного управления промышленно-торговой администрации и Министерства общественной безопасности КНР № 4 «О дальнейшем усилении регулирования процедуры регистрации постоянных представительств иностранных предприятий» от 04.01.2010 // Новый порядок регистрации и продления аккредитации представительств иностранных компаний в КНР. – 2 февраля 2010. URL: <http://www.zakon.kz/161505-novuyj-porjadok-registracii-i.html> (дата обращения: 01.09.2014).

53. Нормы и правила «О валютном регулировании». URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_foreign_exchange_administration (дата обращения 01.09.2014).

54. Нормы и правила «О регистрации постоянных представительств иностранных предприятий». (Постановление Государственного совета КНР № 584). URL: http://chinalawinfo.ru/economic_law/statute_representative_office (дата обращения: 01.09.2014).

55. Индия. Законодательство об иностранных инвестициях. URL: [http://www.ved.gov.ru/exportcountries/in/about_in/laws_ved_in/in/invest_law_in/](http://www.ved.gov.ru/exportcountries/in/about_in/laws_ved_in/invest_law_in/) (дата обращения: 10.03.2013).

56. Федеральный Закон от 28.11.2011 № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // СЗ РФ от 5 декабря 2011 г. № 49. – Ч. I. – Ст. 7013. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=122222;dst=0;ts=26D33BA29339C05580BF365DEED8431F;rnd=0.34094845107756555> (дата обращения: 01.09.2014).

Б) На иностранном языке

На бумажном носителе

Дополнительная литература

57. *Leff N.* Industrial organization and entrepreneurship in developing countries: the economic groups // *Economic Development and Cultural Change*. – Julio, 1978. – № 26 (4).

58. *Orlando Gomes.* Contrato de Fidúcia ('trust') // *Revista Forense*. – July–September 1965. – № 211.

59. *Peter T. Muchlinski.* Multinational Enterprises and the Law. – 2nd Ed. – Oxford International Law Library, 12 July 2007. – 856 p.

60. *Vaughn C.L.* Franchising of fast-food restaurant. – N. Y., 1970.

61. *Wald Arnaldo.* Algumas Consideracoes a Respeito da Utilizacao do Trust no Direito Brasileiro // *Revista de direito mercantil, industrial, economico e financeiro*. – Jul.–Set., 1995– V. 34. – № 99. – P. 105–120.

62. *Wallace C.D.* The multinational enterprise and legal control: host state sovereignty in an era of economic globalization. – The Hague, London, N. Y., 2002.

Нормативные акты и документы

63. ICC Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery in International Business Transactions. ICC. – 2005 ed. – Paris, 2005.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

64. *Akil Hirani.* The relationship between a parent company and its Indian wholly owned subsidiary. URL: <http://www.majmuda.rindia.com/pdf/Relation%20between%20parent%20company%20and%20its%20Indian%20wholly%20owned%20subsidiary.pdf> (дата обращения 01.09.2014).

65. *Amrutha Gayathri.* India's New Companies Bill Expected to Boost Mergers with Foreign Firms, Mandates Social Welfare

Spending. August 13 2013. URL: <http://www.ibtimes.com/indias-new-companies-bill-expected-boost-mergers-foreign-firms-mandates-social-welfare-spending> (дата обращения: 01.09.2014).

66. Choice of company structures. 15 March 2013. URL: <http://www.southafrica.info/business/investing/regulations/companies.htm#external> (дата обращения: 01.09.2014)

67. Consortium Regulation in Brazil. URL: http://www.migalhas.com/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=132563 (дата обращения: 13.04.2013).

68. Cooperative joint ventures // Equity joint ventures. URL: http://www.cn-visa.com/joint_ventures.asp (дата обращения: 01.09.2014).

69. Doing Business in SA. What are the various types of trusts available and how do I go about registration? Oct 20, 2009. URL: <http://askentrepreneur.entrepreneurmag.co.za/doing-business-in-sa/business-registration/what-are-the-various-types-of-trusts-available-and-how-do-i-go-about-registration/> (дата обращения: 01.09.2014).

70. Establishing a Joint Venture in China. Ed. by the Government of Canada. 2014-07-16. URL: <http://www.tradecommissioner.gc.ca/eng/document.jsp?did=132234> (дата обращения: 01.09.2014).

71. *Eugeniu Vizitei*. Организация продаж в Китае. Франчайзинг. URL: http://www.china-glocal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:2010-09-08-02-38-14&catid=9:blog-russian&Itemid=60&lang=ru (дата обращения: 01.09.2014).

72. Filial de empresa estrangeira. URL: <http://www.portaldodempreendedor.gov.br/legislacao/filial-de-empresa-estrangeira> (дата обращения: 01.09.2014).

73. Foreign Company Registration in India. URL: <http://www.indiacompanysetup.com/foreign-company-registration-in-india> (дата обращения: 28.03.2013).

74. Foreign Investment in Brazil. Ed. Tozzini Freire Teixeira e Silva Abogados. – P. 18. URL: http://intranet.tfts.com.br/public/Arquivo_14-11-2006_15-25-26.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

75. Foreign Investments in India (Updated upto July 18, 2014). URL: <http://www.rbi.org.in/scripts/faqview.aspx?id=26> (дата обращения: 01.09.2014).

76. *Fracchia E.L.* Grupos economicos en la Convertibilidad: Analisis de su comportamiento a partir de un estudio de casos. URL:

www.aaep.org.ar/espaa/anales/PDF_02/fracchia.pdf (дата обращения: 29.03.2013).

77. *Henrique V.B., Geoffrey C.* Cracking the Brazil nut: trusts in Brazil // *Trusts & Trustees*, April 10, 2011. URL: http://www.bmalaw.com.br/nova_internet/arquivos/Artigos/10_abr_2011-Revista%20Trusts%20e%20Trustees_HVB.pdf (дата обращения: 30.07.2014).

78. *International Capitals and Foreign Exchange Market in Brazil*. URL: http://www.bcb.gov.br/rex/legCE/Ingl/Ftp/International_Capitals_and_Foreign_Exchange_Market_at_Brazil.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

79. *Jack N. Behrman*. World Investment Report 1993: Transnational Corporations and Integrated International Production. URL: http://unctad.org/Sections/dite_dir/docs/wir93br_dehrman_en.pdf (дата обращения: 30.07.2014).

80. *Luiz Henrique do Amaral, Cândida Ribeiro Caffé, Camila Costa de Castro Silva*. Guidelines for the recordal of franchise agreements in Brazil. 2011, January. URL: http://www.franchise.org/uploadedFiles/GuidelinesFranchiseAgreements_January%202011.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

81. *Manoj Ladwa, Vaibhav Shukla*. Establishing a Joint Venture in India. An Overview. MLS Chase 2007. URL: http://www.ipu.co.uk/content/pdfs/INDIA%20RELATED%20ARTICLE/Joint_Ventures.pdf (дата обращения 01.09.2014).

82. Procedures for establishing an equity joint venture in China. URL: http://www.china.org.cn/living_in_china/abc/2009-07/15/cotent_18141099.htm (дата обращения: 22.09.2013).

Нормативные акты и документы

83. Code of conduct on transnational corporations: report of the Secretary-General A, C, E, F, R. E/C.10/1986/6. URL: <http://unctad.org/html/docmaster80.htm> (дата обращения: 01.09.2014).

84. Consolidated FDI Policy (DIPP Circular 1 of 2012) effective from 10.04.2012. URL: <https://www.iaccindia.com/userfiles/files/Consolidated%20FDI%20Policy%20March%202012.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

85. Lei № 8.666, de 21 de junho de 1993, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras provi-

dências // D.O.U. de 22.6.1993 e republicado em 6.7.1994 e retificado em de 6.7.1994. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm (дата обращения: 30.07.2014).

86. Lei № 4.131, de 3 de setembro de 1962, que disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências // DOU de 27.9.1962 e retificado em 28.9.1962. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm (дата обращения: 01.09.2014).

87. Lei № 8.955, de 15 de dezembro de 1994, dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências // DOU de 16.12.1994. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18955.htm (дата обращения: 30.07.2014).

88. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. – 2008 Ed. URL: <http://www.oecd.org/investment/mne/1922428.pdf> (дата обращения: 30.07.2014).

89. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. – 2011 Ed. URL: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (дата обращения 01.09.2014).

90. Regulation on the Administration of Commercial Franchises, adopted at the 167th executive meeting of the State Council on January 31, 2007. Order of the State Council (№ 485). URL: <http://tradeinservices.mofcom.gov.cn/en/b/2007-02-06/23214.shtml> (дата обращения: 01.09.2014).

91. Text of the OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. 21 June 1976 (as amended). URL: <http://www.oecd.org/investment/investment-policy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm> (дата обращения 01.09.2014).

92. Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy (MNE Declaration) – 4th Ed. URL: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/langen/index.htm (дата обращения: 22.09.2014).

93. UNCTAD. World Investment Report 2005. – N. Y., Geneva, 2005. – P. 297. URL: http://unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

Электронные ресурсы

95. Официальный сайт Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). URL: <http://www.internationalarbitrationlaw.com/arbitral-institutions/icsid>

96. Официальный сайт Резервного банка Индии (Reserve Bank of India – RBI). URL: <http://www.rbi.org.in/home.aspx>

97. Официальный сайт Совета по содействию иностранным инвестициям Индии (Foreign Investment Promotion Board – FIPB). URL: <http://www.fipbindia.com>

98. Официальный сайт Центрального Банка Бразилии (Banco Central do Brasil). URL: <http://www.bcb.gov.br/pt-br/paginas/default.aspx>

Далее. Концентрация капитала и производства, комбинирование отдельных стадий производственного процесса и стремление к монопольному положению на рынке являются основными тенденциями экономического развития, а объединение предпринимателей – одним из основных приемов торгово-промышленной деятельности, в которой эта тенденция находит свое выражение¹.

Термин «концентрация» является скорее экономическим, чем правовым, и может относиться к самому широкому кругу операций на рынке, в результате которых происходит концентрация контроля, капитала и управления экономической деятельностью вне зависимости от конкретной правовой формы.

«Концентрация экономической власти, – писал в свое время П.Б. Мухарджи, – происходит незаметно до тех пор, пока она не становится гигантской, когда ее трудно поставить под контроль закона и легальных ограничений»². Рассмотрим ниже частнопроводные ограничения («пределы») свободы осуществления предпринимательской деятельности в странах БРИКС.

¹ Венедиктов А.В. Слияние акционерных компаний // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. – Т. I. – М.: Статут, 2004. – С. 70.

² Цит. по: Мозолин В.П. Законодательство о монополиях и ограничительной торговой практике // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 167.

Глава 3
**ЧАСТНОПРАВОВЫЕ ОГРАНИЧЕНИЯ («ПРЕДЕЛЫ»)
СВОБОДЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В СТРАНАХ БРИКС**

**3.1. Пределы дозволенного доминирования на рынке,
устанавливаемые для контроля
за «экономическими концентрациями» в странах БРИКС**

Доктрина зарубежных стран¹ предусматривает установление контроля за рыночным поведением предприятий, запрещая *антиконкурентные соглашения* и *злоупотребление доминирующим положением* на рынке, и *контролирование структуры рынка* с целью предотвращения ее искажения в результате антиконкурентных слияний и приобретений крупных партий имущества.

Цель устанавливаемой государством системы контроля заключается, естественно, не в том, чтобы запретить операции по концентрациям – нередко оно наоборот стимулирует слияния, объединения национальных предприятий для усиления их конкурентоспособности на мировом рынке. Основная задача системы такого контроля – воспрепятствовать «чрезмерной» концентрации, если от ее осуществления негативные последствия в экономическом и социальном плане превосходят положительный эффект. Контроль распространяется лишь на те операции, в которых участвуют или в результате проведения которых образуются предприятия, превосходящие пределы, установленные антимонопольным законодательством, по размеру или доле на национальном рынке. Такой контроль имеется во всех странах БРИКС.

¹ *Lucia Helena Salgado, Rafael Pinho de Moraes*. The new Brazilian antitrust law: beyond the basics // Boletín Latinoamericano de Competencia. – Marzo 2012. – № 31. – P. 62–69. URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc> (дата обращения: 01.09.2014).

В Бразилии одной из новелл ныне действующего Закона о защите конкуренции, – Закона № 12.529 от 30 ноября 2011 г.¹ явилось (по сравнению с ранее действовавшим Законом о защите экономического порядка № 8.884 от 11 июня 1994 г.²) сокращение числа рыночных действий, совершение которых требует согласно ст. 54 вышеупомянутого Закона 1994 г. одобрения со стороны Административного совета по защите конкуренции Бразилии. Цель – уменьшить загруженность Системы по защите конкуренции Бразилии (нового институционального инструмента, созданного взамен действовавших ранее трех государственных органов по защите конкуренции) в части осуществления контроля за рыночными структурами.

¹ Lei № 12.529, de 30 de Novembro de 2011, que «Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica // DOU de 1º.11.2011. URL: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art128 (дата обращения: 01.09.2014).

² Lei № 8.884, de 11 de Junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência), que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências codificada pela Lei № 10.149, de 21 de dezembro de 2000. URL: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ed41d127fe14e82afc4ae1> (дата обращения: 31.07.10).

Подробнее о положениях права Бразилии, действовавших до недавнего времени, и практике его применения см.: *Беликова К.М.* Слияние и присоединение предприятий в странах Латинской Америки // *Российский юридический журнал*. – 2012. – № 1 (82). – С. 42-46; *Она же.* Правовая природа картелей, консорциумов, пулов на примере стран Латинской Америки // *Российское конкурентное право и экономика*. – 2011. – № 2. – С. 60–64. URL: http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal_30898.html (дата обращения: 01.09.2014); *Она же.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – 480 с.; *Она же.* Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединении в праве стран МЕРКОСУР // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*. – 2009. – Вып. 2. – № 17. – С. 47–55; *Она же.* Законодательные основы осуществления антимонопольными органами контроля за «экономическими концентрациями» в странах МЕРКОСУР // *Международное публичное и частное право*. – 2008. – № 5 (44). – С. 16–18 и др.

Так, Закон 1994 г. устанавливал альтернативные критерии и оценки совместимости «концентраций» с национальным рынком и, соответственно, критерии для *уведомления о планируемой операции по слиянию*:

– либо получение любым из участников «концентрации» годового дохода (по данным последнего балансового отчета), свыше 400 млн реалов (что составляет 225 млн долл. США или 170 млн евро) считается превышением «концентрацией» порогового показателя;

– либо приобретение предприятием, возникающим в результате слияния, доминирующего положения на рынке в Бразилии, равного 20% рынка, признается потенциально способным исказить конкуренцию.

Согласно положениям нового Закона 2011 г. № 12.529 уведомление должно представляться в CADE сторонами – участниками операции по слиянию в случае, если одновременно имеют место следующие обстоятельства:

– годовой доход на территории Бразилии хотя бы одного из предприятий одной из сторон, участвующих в операции по слиянию, по данным последнего балансового отчета за год, предшествующий году, в котором осуществляется слияние, составит 400 млн реалов,

– годовой доход на территории Бразилии хотя бы одного из предприятий второй из сторон, участвующих в операции по слиянию по данным последнего балансового отчета за год, предшествующий году, в котором осуществляется слияние, составит 30 млн реалов (ст. 88 Закона 2011 г.).

Таким образом, теперь не только соответствующий товарный и географический рынки должны быть ощутимых размеров, но и поглощаемая (как правило) фирма также должна иметь ощутимый вес на рынке Бразилии.

Следовательно, рыночная доля, выступавшая ранее необходимым критерием для направления уведомления, теперь таковой не является. При этом оба описанных критерия являются не альтернативными, а кумулятивными в отличие от ранее существовавшей ситуации. Большинство специалистов, критиковавших альтернативный критерий 20% рыночной доли, довольны его отменой; другие полагают критику не обоснованной и недовольны отменой.

При этом когда установленные Законом 2011 г. показатели превышены, концентрация может быть легитимирована, если:

1) целью слияния одновременно или последовательно является – повышение производительности труда, улучшение качества товаров или услуг, либо содействие эффективности производства или технологическому или экономическому развитию страны;

2) потребители получают соответствующую им часть достигаемых от слияния преимуществ (§ 6 ст. 88).

Следует отметить одновременно, что как и прежде 20% барьер фигурирует в Законе 2011 г. применительно к общим нарушениям экономического порядка в ст. 36. Так, как и прежде, бразильский законодатель связывает презумпцию доминирования предприятия или группы предприятий на рынке с:

1) контролированием им (ими) 20% или больше соответствующего рынка (§ 2 ст. 36 Закона)¹, добавляя к этому

2) способность в одностороннем порядке или скоординировано с другими участниками рынка изменять условия функционирования рынка.

Вместе с тем доминирование на соответствующем товарном рынке или рынке услуг вследствие эффективной хозяйственной деятельности экономических агентов по отношению к их потребителям не является противоправным в смысле положений § 2 рассматриваемой статьи (§ 1 ст. 36). Аналогичная норма содержится в Законе о конкуренции ЮАР 1998 г.². Так,

¹ Применительно к разным секторам экономики Административный совет по защите экономики Бразилии (CADE) вправе изменять указанную величину.

² South Africa. Competition Act, 1998 (Act № 89 of October 1998, date of commencement of sections 1–3, 6, 11, 19–43, 78, 79, 84 on 30 November 1998. The remaining sections of the Act commenced on 1 September 1999), as amended, 2009 // Government Gazette. – 28 August, 2009. – № 32533. – Vol. 530. URL: <http://www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf> и <http://www.compcom.co.za/assets/Files/Competition-Amendment-Act.pdf> (дата обращения: 20.08.2014). Подробнее о Законе 1998 г. см.: South Africa. September 2004. Revised in October 2005 & February 2006: comments were received from the South African Competition Commission // CUTS International. – P. 279–283. URL: <http://www.competitionregimes.com/pdf/Book/Africa/54-South%20Africa.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

согласно положениям его ст. 3 под действие закона не подпадают согласованные действия (такowymi может быть т.н. коллективное доминирование¹, известное доктрине и практике большинства современных государств), направленные на достижение непредпринимательских социально-экономических и иных сходных целей.

В числе нарушений экономического порядка надлежит рассматривать любое действие (ato), совершенное в любой форме и направленное на достижение или способное любым иным способом выразиться в:

- 1) предотвращении, ограничении или причинении ущерба свободе конкуренции или свободе предпринимательства любым иным способом;
- 2) доминировании на соответствующем рынке товаров или услуг;
- 3) произвольном увеличении прибыли;
- 4) злоупотреблении доминированием на соответствующем рынке товаров или услуг.

Эти положения дискутировались бразильскими правоведами применительно к Закону 1994 г. Результаты дискуссии состоят в следующем. Так, согласно представлениям большинства², основанным на положениях действующей Конституции, положения Закона № 8.884 направлены, главным образом, на предотвращение злоупотреблений экономической властью, вследствие чего

¹ См., напр.: Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. – Office of Fair Trading, 2002. – P. 7; *Whish R., Sufrin B.* Competition Law. – 2nd ed. – London: Butterworths, 1993. – P. 281; Abuse of dominance and monopolization. OCDE/GD(96)131. – Paris, 1996. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/0/61/2379408.pdf> (дата обращения: 31.07.2014).

² См., напр.: *Stevens Dallal.* Competition Law in Brazil. 4 ECLR 255 (1995), at 256; BRUNA, Sergio. O poder econômico e a conceituação do seu abuso. São Paulo: Revista dos Tribunais (1997), at 112; SALGADO, Lucia. «Dominant Position.» CADE: Textos para Discussão (1998). Цит. по: *Rocha e Silva L.* Law and policy towards vertical restraints of trade: the case of Brazil // Boletín Latinoamericano de Competencia. – Febrero, 2000. – № 9. – Parte 2. – P. 34–50. URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc> (дата обращения: 01.09.2014); *Rocha e Silva L.* Ibid. и др.

доминирование самого по себе ненаказуемо, и его запрет нецелесообразен.

В связи с этим п. 2 указанной статьи предлагается воспринимать и применять только вместе с другими законодательными положениями, допускающими возможность занятия доминирующего положения в результате эффективной хозяйственной деятельности или произвольное увеличение прибыли, которое может явиться следствием экономической эффективности предприятия, и подлежит запрету, только если является следствием злоупотребления доминированием.

Так, М. Реале¹ отмечает, что иная трактовка будет противоречить положениям ст. 170 Конституции, поскольку экономическая власть есть нормальный, естественный инструмент умножения экономического богатства страны, регулируемый конституционными нормами на основе закрепленных в Конституции принципов – свободной инициативы, социальной функции собственности и т. д. Н.Т. Малард², ранее исполнявшая обязанности члена Административного совета, придерживается мнения о том, что следование принципу свободы конкуренции исключает возможность признания антиконкурентности экономической власти. Конституционные положения не признают действий противоправных *per se*, закрепляя приверженность правилу разумности, поскольку экономическая власть одного или группы предприятий может быть ограничена только в случае, когда направлена на злоупотребление доминированием на рынке либо ограничение или причинение ущерба конкуренции.

¹ Reale M. «Abuso do poder econômico e garantias individuais», in José Inácio Gonzaga Franceschini e José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, Poder econômico: exercício e abuso, cit. – P. 521. Цит. по: Forgioni P.A. Breves notas sobre posição dominante e seu abuso // Boletín Latinoamericano de Competencia. – Marzo 1998. № 3-B. – P. 30–49. URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc> (дата обращения: 01.09.2014).

² Voto da Conselheira Relatora Neide Terezinha Malard, no Processo Administrativo № 31, j. 6 -10-1993 (Fiat x Transauto) // Revista do Ibrac. – Fev. 1995. – V. 2. – № 1. – P. 84. Цит. по: Forgioni P.A. Op. cit.; MALARD, Neide. «O abuso do poder econômico». Fundação Getúlio Vargas (1998). Цит. по: Rocha e Silva L. Op. cit.

Такова же позиция П. Форджиони и бразильского правоведа Л. Роча-и-Сильва¹.

Другие правоведа² считают, что включение в текст Закона положения о запрете злоупотребления доминированием (п. 4) ошибочно, поскольку, во-первых, такого действия не предполагают положения Конституции, где говорится лишь о пресечении злоупотреблений экономической властью, *направленных* на доминирование; во-вторых, предотвращение, ограничение или причинение вреда конкуренции, доминирование и произвольное увеличение прибыли – суть проявления злоупотребления доминирующим положением.

Согласно мнению третьей группы ученых³, произвольное увеличение прибыли (п. 3 ст. 20) может быть признано незаконным только, когда является следствием признаваемого противоправным (п. 4 ст. 20) злоупотребления доминирующим положением. Оно не может быть следствием лишь наличия рыночной власти и должно проявиться в осуществлении ее ненадлежащим образом, и закреплено в законе как дань положениям Конституции.

Во всяком случае факт причинения ущерба свободной конкуренции устанавливается через призму *защиты «экономического порядка»*, трактуемого как функционирование национальной экономики, направленное на защиту, как общественных интересов, так и интересов отдельных лиц, в свете политики модернизации экономики для продвижения национальной продукции на рынки иностранных государств и возможности вмешательства компетентных органов при нарушении нормального функционирования рынков⁴.

¹ *Forgioni P.A.* Op. cit.; *Rocha e Silva L.* Op. cit.

² См., напр.: *Coelho Fabio.* Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei 8.884/94. – São Paulo: Saraiva, 1995. – P. 61; *Franceschini Jose Ignacio.* Introdução ao Direito da Concorrência. – São Paulo: Malheiros, 1996. – P. 45. Цит. по: *Rocha e Silva L.* Op. cit.

³ См., напр.: *Salomão Calixto.* Direito Concorrencial: As estruturas. – São Paulo: Malheiros, 1997. – P. 88. Цит. по: *Rocha e Silva L.* Op. cit.; *Rocha e Silva L.* Op. cit.

⁴ A lei de defesa da ordem econômica. URL: <http://www.mj.gov.br/SDE/dpde/leidef.htm> (дата обращения: 08.02.2010).

Поскольку практика применения антимонопольных норм Бразилии обнаруживает тенденцию к постепенному отходу от формально-юридического запрета монополистической практики как таковой (*per se*) в сторону расширения круга разрешаемых действий, социальная полезность которых превышает издержки нарушения конкуренции, – основанием служат телеологические соображения законодателя, стремящегося сочетать поддержание рыночной конкуренции со стимулированием эффективности рыночного функционирования хозяйствующих субъектов. Наличие, либо отсутствие законодательного закрепления такого критерия, по нашему мнению, не принципиально, поскольку наличие рыночной власти¹, а не рыночной доли оказывается определяющим при решении вопроса о возможностях того или иного предприятия. Правоприменительную практику Бразилии по этим вопросам можно увидеть в ряде работ².

В России в Закон о защите конкуренции от 26 октября 2006 г.³ органично вошли ключевые положения о доминирующем положении хозяйствующего субъекта на товарном рынке Закона РСФСР № 948-1 «О конкуренции и ограниче-

¹ Как способности устанавливать цены и иные условия торговли без учета пожеланий и интересов конкурентной, поставщиков, потребителей и др.

² Беликова К.М. Злоупотребление доминирующим положением в законодательстве, доктрине и правоприменительной практике Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу // Право и политика. – 2006. – № 7 (79). – С. 38–52; Она же. Законодательные основы осуществления антимонопольными органами контроля за «экономическими концентрациями» в странах МЕРКОСУР // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 5 (44). – С. 16–18; Она же. Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединении в праве стран МЕРКОСУР // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – Вып. 2. – № 17. – С. 47–55; Она же. Правовая охрана конкурентной среды в странах БРИКС: некоторые новеллы законодательства Бразилии // Вестник международных организаций. – 2012. – № 4. – С. 239–247. URL: <http://iorj.hse.ru/2012--4/70752367.html> (дата обращения: 05.05.2015) и др.

³ № 135-ФЗ // СЗ РФ от 31 июля 2006 г. № 31. – Ч. I. – Ст. 3434.

нии монополистической деятельности на товарных рынках» от 22.03.1991¹.

Доминирующим признается положение хозяйствующего субъекта (группы лиц), нескольких хозяйствующих субъектов (групп лиц) на рынке определенного товара, дающее ему (им) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на этом рынке, устранять с него других хозяйствующих субъектов и (или) затруднять им доступ на него.

При этом новый Закон изменил пороговое значение, начиная с которого установление доминирующего положения может осуществляться исключительно на основе доли хозяйствующего субъекта на товарном рынке, с 65 до 50%². Конкретизировал, что такое положение может быть установлено антимонопольным органом только в ходе рассмотрения дела о нарушении антимонопольного законодательства либо при осуществлении контроля за экономической концентрацией. Равным образом установить наличие обстоятельств, при которых хозяйствующий субъект с долей на рынке свыше 50% не будет признаваться доминирующим, может исключительно антимонопольный орган; хозяйствующему же субъекту Законом предоставлено право представлять антимонопольному органу либо суду доказательства того, что положение такого хозяйствующего субъекта не является доминирующим.

В новом Законе сохранилось положение Закона РСФСР № 948-1 о том, что доминирующим не может быть признано предприятие с долей рынка в 35%. Из этого положения сделано два исключения. Первое касается случаев, в которых предприятие с долей менее 35% рынка может быть признано доминирующим *иными* федеральными законами (напр., на рынке с существующим государственным регулированием установления цен, тарифов, объемов производства, мощности, зон обслуживания и т. п.). Второе действует в отношении олигополистических рынков. Так, Закон определяет, что доминирующим может

¹ Бюллетень нормативных актов. – 1992. – № 2–3.

² О коллективном доминировании см., напр.: Сушкевич А.Г. Коллективное доминирование: становление института // Хозяйство и право. – 2009. – № 7. – С. 87–94.

быть признано положение компании с долей менее чем 35% на товарном рынке, на котором есть стабильное ядро крупнейших компаний (2–5 компаний с долей от 50 до 70%); товар которой уникален и не имеет заменителей, а потребитель не в состоянии сократить свое потребление этого товара, невзирая на рост цены; если доступ новых продавцов на рынок затруднен, а установленные компаниями цены и иные условия реализации товара находятся в свободном информационном доступе. Этот подход близок подходу, существующему уже долгое время в практике Европейского Союза¹.

Доминирующему на рынке предприятию, согласно действующему закону, *запрещено злоупотребление имеющимся у него положением*, в виде:

- 1) установления, поддержания монопольно высокой или монопольно низкой цены товара;
- 2) изъятия товара из обращения вследствие повышения его цены;
- 3) навязывания контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора;
- 4) экономически или технологически необоснованного сокращения или прекращения производства товара, если на этот товар имеется спрос или размещены заказы на его поставки при наличии возможности его рентабельного производства и др.;
- 5) экономически или технологически необоснованного отказа либо уклонения от заключения договора с отдельными покупателями (заказчиками) в случае наличия возможности производства или поставок соответствующего товара и др.;
- 6) экономически, технологически и иным образом необоснованного установления различных цен (тарифов) на один и тот же товар, если иное не установлено федеральным законом;
- 7) установления финансовой организацией необоснованно высокой или необоснованно низкой цены финансовой услуги;

¹ См., напр.: *Байда А.Г.* Правовые аспекты доминирующего положения предпринимателя в Европейском Союзе // Материалы семинара «Преподавание права Европейского Союза в российских вузах – II» (Москва, 5–7 декабря 2000 г.) – М.: Статут, 2001. – С. 174–190; *Сушкевич А.Г.* Правовая квалификация доминирующего положения в новом антимонопольном законодательстве // Закон. – 2008. – № 2. – С. 25–29.

- 8) создания дискриминационных условий;
- 9) создания препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка другим хозяйствующим субъектам;
- 10) нарушения установленного нормативными правовыми актами порядка ценообразования;
- 11) манипулирования ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности) – ст. 10 Закона 2006 г.

К числу особенностей нового Закона 2006 г. стоит отнести тот факт, что в нем имеется сложная система исключений из запретов на осуществление различных видов монополистической деятельности (ст. 13 и др. Закона 2006 г.).

Как показывает практика наиболее часто рынками, которые становятся предметом исследования в судах, чаще других становятся рынки нефтепродуктов; угля; ЖКХ (лифты, ремонтные работы, хранение бытовых отходов, техническое обслуживание газового оборудования); железнодорожных и авиационных перевозок; деятельности аэропортов; электроэнергетики; услуг связи. Реже, но тоже достаточно регулярно, судом разбираются ситуации на рынках услуг складов временного хранения, а также производства хлебобулочных изделий¹. При этом серьезной проблемой остается вопрос об определении географических и продуктовых границ рынка (например, у правоприменительных органов имеется тенденция к сжатию географических границ рынка и пр.).

Показательным является дело, возникшее на рынке серы. Основной производитель серы в России – компания, входящая в группу компаний ОАО «Газпром», – ООО «Газпром сера», образованная в марте 2008 г. в качестве единого оператора ОАО «Газпром» по реализации серы на внутреннем рынке РФ и располагающая 50% доли на рынке жидкой серы. В марте 2011 г. цены на жидкую серу выросли на 246% по сравнению с февралем 2011 г. и рост продолжался весь 2011 г. ОАО «Газпром» фиксировал цену в соответствии с разработанной им формулой для расчета соответствующей цены, зависящей от мировых цен

¹ *Тай Ю.* Судебная практика по делам о злоупотреблении доминирующим положением // Корпоративный юрист. – 2012. – № 1. – С. 10–12.

на серу и диаммонийфосфат и от ряда коэффициентов. ФАС РФ заключил, что мировые цены на диаммонийфосфат и применение увеличивающихся коэффициентов, зависящих от мировых цен на этот вид фосфорсодержащих удобрений не влияют на цену серы и продукции из нее и ее условия поставки на внутреннем рынке, и поэтому не могли быть использованы для расчета их цены. Таким образом ФАС РФ наложил на ОАО «Газпром» штраф за установление монопольно высокой цены около 550 тыс. долл. Суд также подтвердил это решение¹.

Процедуры контроля экономической концентрации в РФ сводятся к согласованию антимонопольным органом ряда сделок и действий, предусмотренных в гл. 7 Закона о защите конкуренции 2006 г. в соответствии с определенными критериями, указывающими, какие виды сделок и действий, и в каких случаях подлежат согласованию, а в каких нет².

Объектами *предварительного* антимонопольного контроля согласно Закону о защите конкуренции выступают:

– слияние, присоединение, создание (в случае оплаты уставного капитала акциями (долями) и/или имуществом, которые являются основными производственными средствами и (или) нематериальными активами другой коммерческой организации (пп. 1, 2, 4, 5 п. 1 ст. 27 Закона 2006 г.);

– присоединение финансовой организации к коммерческой организации и наоборот (пп. 6, 7 п. 1 ст. 27 Закона 2006 г.) и т. д.

– приобретение лицом (группой лиц) голосующих акций акционерного общества или долей в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью (пп. 1–6 п. 1 ст. 28 Закона 2006 г.);

– получение в собственность, пользование или во владение хозяйствующим субъектом (группой лиц) находящихся на территории Российской Федерации основных производственных средств (за исключением земельных участков и не имеющих промышленного назначения зданий, строений, сооружений, помещений и частей помещений, объектов незавершенного строи-

¹ Federal Antimonopoly Service of Russia (2012) Report on competition policy in 2012. URL: http://en.fas.gov.ru/reports-and-analytics/reports-and-analytics_30982.html. (дата обращения: 12.03.2014).

² См. схему «Контроль за экономической концентрацией». URL: [base.garant.ru/Федеральный закон>7](http://base.garant.ru/Федеральный_закон_7) (дата обращения: 27.07.2013).

тельства) и/или нематериальных активов другого хозяйствующего субъекта (за исключением финансовой организации – пп. 7 п. 1 ст. 28 Закона 2006 г.) и др.

При этом предусмотренное ч. 1 этой статьи требование о получении предварительного согласия антимонопольного органа на осуществление действий не применяется в ряде случаев, – например, если указанные в ч. 1 настоящей статьи действия осуществляются лицами, входящими в одну группу лиц по основаниям, предусмотренным п. 1 ч. 1 ст. 9 настоящего Федерального закона, или если их осуществление предусмотрено актами Президента Российской Федерации или актами Правительства Российской Федерации и т. д. (п. 2 ст. 27 Закона 2006 г.)¹.

Обозначенные выше критерии оценки совместимости концентрации с рынком носят комплексный характер. Одним из таких критериев, закрепленных, например, в ст. 27 и 28 Закона 2006 г. является размер суммарной стоимости активов по бухгалтерским балансам на последнюю отчетную дату. В качестве дополнительных критериев можно назвать, например, для сделок по приобретению акций – определенный процент, для сделок по приобретению долей – значение объема долей и т. д.

Ст. 30 Закона 2006 г. называет виды сделок и действий, подлежащих *предварительному* или *последующему* контролю.

В целом следует сказать, что основной формой предупреждения злоупотреблений доминирующим положением, используемой в практике РФ, выступает институт контроля экономической концентрации хозяйствующих субъектов.

В Индии ранее действовавший Закон о монополиях и ограничительной торговой практике 1969 г.² был направлен, в

¹ Подробнее см., напр.: Павлов С.А. государственный антимонопольный контроль за экономической концентрацией как вид государственного контроля в РФ // Успехи современного естествознания. – 2008. – № 11. URL: <http://www.rae.ru/use/pdf/2008/11/9.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

² Monopolies and Restrictive Trade Practices Act of 1969. Цит. по: Мозолин В.П. Законодательство о монополиях и ограничительной торговой практике // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 167–171.

числе прочего, и на воспрепятствование концентрации экономической власти во вред обществу, и на установление контроля над монополиями в случае их противоречия общественным интересам (public interest). Критерий общественного интереса был краеугольным камнем Закона 1969 г., однако его понятие законодателем не давалось, будучи отданным на откуп государственным органам для решения в каждом конкретном случае с учетом общей экономической политики, проводимой правительством на определенном этапе развития индийского общества. Положения этого закона распространялись лишь на предприятия частного сектора и не применялись к государственным и промышленным предприятиям, управляемым по распоряжению правительства (ст. 3).

Закон признавал *крупными* предприятия, стоимость имущественных активов которых выражалась в сумме не менее 200 млн рупий, *доминирующими* – предприятия, которые осуществляют контроль (производя, обеспечивая снабжение и распределение и др.) не менее чем на $\frac{1}{3}$ общего объема товаров или услуг определенного вида в стране или на значительной части ее территории.

Денежное выражение имущественных активов доминирующего предприятия не должно быть менее 10 млн рупий. Доминирующие предприятия, осуществляющие контроль над рынком в размере не менее половины объема товаров или услуг, приходящихся на долю всей страны или какой-либо ее значительной части, признавались *монополистическими*. Применение количественных характеристик предприятий при определении этих понятий вело к смешению понятий «монополия» и «концентрация экономической власти».

Закон 1969 г. обязывал (ст. 21) крупные и доминирующие предприятия при *существенном* (приводящем к увеличению стоимости активов предприятия или объема производства либо торговой деятельности не менее, чем на 25%) расширении своей деятельности получать на то специальное разрешение правительства страны.

Крупным и доминирующим предприятиям не разрешалось без согласия со стороны правительства (ст. 23) проводить реорганизацию путем их объединения с другими предприятиями.

На основании признания Комиссией по монополиям и ограничительной торговой практике (антимонопольного органа Индии) нарушений предприятием положений ст. 21, 22, 23 и 24 Закона 1969 г. правительство вправе было вынести решение о прекращении его деятельности или его разделении.

При принятии решений относительно допустимости концентрации экономической власти в руках крупных и доминирующих предприятий правительство оценивало совместимость частных интересов предпринимателей с государственной экономической политикой, сформулированной в следующих положениях: обеспечение требований обороны страны, потребностей внутреннего и мирового рынков товарами всех видов в необходимом количестве и качестве по разумным ценам, исходя из наиболее экономичных способов их производства, снабжения и распределения; обеспечение наиболее производительного использования рабочей силы, материалов и производственных возможностей страны и эффективной торговли; использование технических и технологических достижений в торговле, расширение существующих и открытие новых рынков, создание новых предприятий; осуществление контроля над ресурсами общества для обслуживания общих интересов; уменьшение разрыва в развитии отдельных районов страны (ст. 28).

Ныне действующий Закон о конкуренции Индии 2003 г.¹ такой градации предприятий не предусматривает, запрещая в ст. 4 *злоупотребление доминирующим положением*, которое по смыслу Закона *представляет собой* положение, когда одно предприятие или группа предприятий:

1) прямо или косвенно налагает недобросовестные или дискриминирующие условия купли-продажи товаров или услуг или устанавливает недобросовестные или дискриминирующие цены (в том числе хищнические) на такие товары или услуги.

¹ The Competition Act № 12 of 2003 // The Gazette of India. Extraordinary. – New Delhi, January 14, 2003. – P. II – Sect. 1. – № 12. URL: http://www.mca.gov.in/Ministry/actsbills/pdf/The_competition_Act_2002.pdf (дата обращения: 31.07.2014) и в ред. на 3 декабря 2013 г. см. по адресу: http://www.lawreform.ie/_fileupload/EN_ACT_2002_0014.PDF (дата обращения: 31.07.2014).

При этом дискриминационными не признаются условия и цены, установленные в качестве средства ведения конкурентной борьбы;

2) в ущерб потребителям ограничивает:

а) производство или рынок товаров (услуг),

б) техническое или научное развитие в отношении товаров (услуг);

3) проводит рыночную практику, имеющую следствием отказ в доступе на рынок новым предприятиям;

4) ставит заключение договоров в зависимость от принятия контрагентом дополнительных обязательств, которые по своей природе или согласно торговым обычаям никак не связаны с предметом таких договоров;

5) использует свое доминирующее положение на соответствующем рынке для вхождения на другой соответствующий рынок или для защиты последнего.

При этом *под доминирующим положением* понимается положение силы (мощи – strength), которым пользуется предприятие на соответствующем рынке в Индии, и которое позволяет ему:

i) действовать независимо от сил конкуренции и при этом преобладать на соответствующем рынке; или

ii) воздействовать на конкурентов или потребителей на соответствующем рынке в свою пользу (ст. 4 Закона).

Согласно положениям ст. 54 Закона Центральное правительство может изъять любые разновидности предприятий (any class of enterprises) из-под действия настоящего закона, если такое изъятие необходимо в интересах безопасности государства или общественном интересе (public interest), а также любое предприятие, которое выполняет суверенные функции от имени Центрального правительства или Правительства штатов.

Также согласно положениям ст. 2, содержащим основные понятия, используемые в законе, Закон распространяется не на любую деятельность Правительства – за пределами Закона находится активность Правительства, имеющая отношение к реализации его суверенных функций, в том числе любая деятельность, осуществляемая его департаментами в сфере атомной энергии, валютного обращения, обеспечения безопасности и использования космического пространства. Такое положение вещей, как видим, отличается от существовавшего ранее.

Что касается приобретений крупных партий имущества (acquisition) одним или несколькими лицами, а также слияний (merger) и присоединений (amalgamation) предприятий, признаются монополистическим объединением (combination) таких предприятий и лиц или предприятий (shall be a combination of such enterprises and persons or enterprises), если участники таких операций подпадают под действие предписаний, адресованных предприятиям (лицам), отвечающих определенным численным показателям, указанным в законе (ст. 5).

Так, например, *монополистическим признается* любое приобретение крупных партий имущества, если стороны операции, будучи приобретателем и контрагентом – предприятием, контроль которого, акции, права голоса или активы, будучи приобретенными или приобретаемыми составляют в совокупности:

а) в Индии – более 10 млрд индийских рупий или их совокупный оборот составляет 1 млрд индийских рупий;

б) в Индии или за ее пределами более 500 млн долл., из них минимум 5 млрд индийских рупий в Индии, или их совокупный оборот составляет более 1 млрд 500 млн долл., из них минимум 15 млрд индийских рупий в Индии.

О предполагаемой операции по укрупнению стороны должны уведомить Комиссию по конкуренции Индии (Competition Commission of India). При этом никакая предполагаемая операция по укрупнению не вступает в силу ранее истечения 210 дней с момента направления в Комиссию такого уведомления (ст. 6 Закона 2003 г.).

В Китае Антимонопольный закон 2007 г.¹ относит к числу *монополистических действий*:

¹ Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China, 2007. Цит. по: Белобородов М.В. Сравнительный анализ антимонопольного регулирования стран АТР // Россия и АТР. – 2011. – № 3. – С. 105–112. URL: <http://www.riatr.ru/2011/3/105-112.pdf> (дата обращения: 01.09.2014); Закон КНР «О противодействии монополиям», принят 30 августа 2007 г. на 29 заседании Постоянного комитета ВСНП 10-го созыва (Указ Председателя КНР № 68) / пер. П. Бажанова. URL: http://pavel.bazhanov.pro/files/China_Antimonopoly_Law_2007_Russian_translation.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

а) монополистические соглашения между хозяйствующими субъектами (undertakings);

б) злоупотребление доминирующим положением на рынке со стороны хозяйствующих субъектов;

в) концентрацию (concentration) хозяйствующих субъектов, фактически устраняющую или ограничивающую конкуренцию, или потенциально способную устранить или ограничить конкуренцию¹.

Такой подход, на наш взгляд, близок классическому подходу США, при котором противоправным объявляется всякое действие лица, которое согласно ст. 2 закона Шермана 1890 г. монополизировать или пытается монополизировать, либо вступает в союз или сговор с любым другим лицом или лицами с целью монополизировать любую часть промышленности или торговли между различными штатами или с иностранными государствами. Таким образом, указанная статья объявляет незаконной как уже существующую монополизацию рынка одной фирмой, так и деятельность, на это направленную².

Глава 3 Закона 2007 г. регламентирует злоупотребление доминирующим положением на рынке хозяйствующими субъектами, понимая под таким положением возможность хозяйствующего субъекта контролировать цену, количество или другие условия торговли на рынке или препятствовать вхождению на него других хозяйствующих субъектов.

Злоупотребление доминирующим положением согласно ст. 17 Закона 2007 г. выражается в совершении хозяйствующим субъектом следующих действий:

i) продажи или покупки товаров по неоправданно соответственно высоким или низким ценам;

ii) продажи товаров без уважительных причин по ценам ниже себестоимости;

¹ См.: *Еременко В.И.* Антимонопольное законодательство Китайской Народной Республики // Конкурентное право. – 2012. – № 1. – С. 23–28.

² См. подробнее: *Беликова К.М.* Конкурентная политика США на примере запрета монополизации: эволюция подхода // Конкуренция и право. – 2012. – № 2 (март–апрель). – С. 55–63.

iii) отказе без уважительных причин от торговли с контрагентами;

iv) требовании от контрагента без уважительных причин торговать исключительно с ним или с назначенными контрагентами;

v) навязывании без уважительных причин контрагентам сопутствующих товаров или неразумных условий торговли;

vi) установлении разных цен или разных условий сделки в отношениях с контрагентами, находящимися в равных условиях (положении);

vii) производстве иных действий, определяемых антимонопольным органом как злоупотребление доминирующим положением.

Как видим, перечень противоправных действий, в которых может выразиться доминирование, – открытый.

При определении доминирующего положения хозяйствующего субъекта на рынке в соответствии со ст. 18 Закона 2007 г. во внимание должны приниматься следующие факторы, характеризующие его:

i) рыночную долю и конкурентное положение на соответствующем рынке;

ii) рыночную власть – способность контролировать рынки продаж или рынки поставки сырья;

iii) финансовое положение и технические условия;

iv) степень зависимости в сделках от других хозяйствующих субъектов;

v) степень трудности вхождения на соответствующий рынок других хозяйствующих субъектов;

vi) иные факторы, определяющие доминирующее положение на рынке хозяйствующего субъекта.

Закон в ст. 19 определяет следующие обстоятельства, свидетельствующие о занятии доминирующего положения на рынке (*prima facie*) хозяйствующими субъектами:

i) для одного субъекта – занимаемая единоличная доля рынка составляет половину соответствующего рынка или больше;

ii) для двух субъектов – совместная доля рынка составляет $\frac{2}{3}$ части рынка или больше;

iii) для трех субъектов – совместная доля рынка составляет $\frac{3}{4}$ части рынка или больше.

Хозяйствующие субъекты с рыночной долей менее 10%, подпадающие под требования п. (ii) или (iii) настоящей статьи, не признаются занимающими доминирующее положение.

Этот подход близок подходу европейского права, в рамках которого уже в Ежегодном отчете Комиссии ЕС за 1980 г. подтверждалось, что занимающим доминирующее положение может считаться предприятие с 40–45%-ной рыночной долей, при этом предприятия, занимающие 20–40% рынка, могут быть признаны доминирующими, а обладающие 10%-ной долей – нет¹.

Одновременно в ст. 19 Закона 2007 г., как и в рассмотренных выше правовых системах Бразилии и ЮАР, установлена опровержимая презумпция доминирующего положения на рынке: если хозяйствующий субъект, который, как предполагалось, занимает доминирующее положение на рынке, может доказать тем или иным способом, что он не занимает доминирующее положение на рынке, то его не следует считать стороной, занимающей доминирующее положение.

С 2008 г., когда Закон 2007 г. вступил в силу, ни одно обвинение в злоупотреблении доминированием не было успешным, поскольку истцы ни в одном деле не сумели определить соответствующие рынки (товарный и географический) для того, чтобы доказать наличие доминирования на них и факт злоупотребления доминированием. Так, например, в первом из дел, – *Sursen v. Shanda*² Шанхайский народный посреднический суд (Shanghai Intermediate People's Court) отклонил обвинение в доминировании, представленной истцом компанией Beijing Sursen

¹ Sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1986, dictada en el caso 75/84, *Metro c. Comisión* (Rec. 1986, pág. 3021). Цит. по: *Figari H., Gomez H., Zuniga M.* Hacia una metodología para la definición del Mercado relevante y la determinación de la existencia de posición del dominio // *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual.* – Primavera, 2005 – P. 153–187. URL: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/primavera2005/HFigari%20HGomez%20MZuniga.pdf> (дата обращения: 17.07.2013).

² *Competition Law in the BRICS Countries / Regazzini Emch et al. (ed.).* – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. – P. 189.

Electronic Technology Co. Ltd. (Sursen) – оператором литературного вебсайта против компании Shanda Interactive Entertainment Ltd. (Shanda). Обвинение сводилось к тому, что Sursen обвинил Shanda в том, что последнее, пользуясь своим доминирующим положением на рынке онлайн услуг по поддержанию литературного вебсайта, принуждало двух авторов прекратить писать для сайта Sursen сиквел своей популярной онлайн повести, опубликованной на сайте Shanda, и тем самым требовала от авторов соблюдения исключительного контракта, запрещенного положениями Закона 2007 г. В подтверждение правонарушающего поведения Shanda Sursen предоставило маркетинговые документы, однако суд счел такие доказательства недостаточными и отклонил иск.

В деле *Li Fangping v. China Netcom* потребитель обвинил предприятие China Netcom в злоупотреблении доминирующим положением в виде наложения на потребителей дискриминирующих условий торговли. Он обратился к этому предприятию для установки на его участке точки доступа к линии наземной телефонной связи. Оплата работ по факту их выполнения была возможна только для постоянных жителей Пекина, тогда как непостоянные жители Пекина, пусть и имеющие в Пекине недвижимость, должны были оплачивать эту услугу авансом или предоставлять гарантию оплаты по факту выполнения работ. Суд установил, что в Шанхае очень высокий уровень взаимозаменяемости услуг стационарной и мобильной связи и услуг кабельного и беспроводного Интернета. Поэтому обвинение со стороны гражданина Ли было отклонено ввиду недостаточной доказанности того факта, что предприятие China Netcom занимает доминирующее положение на соответствующем рынке. Кроме того, суд указал, что политика компании по требованию авансовых платежей или гарантии платежа оправдана необходимостью контролирования кредитных рисков.¹

Регламентация экономической концентрации хозяйствующих субъектов осуществлена в гл. 4 Закона 2007 г. Под *концентрацией хозяйствующих субъектов* положения ст. 20 понимают следующие действия: слияние, приобретение контроля над другими хозяйствующими субъектами (возможности оказывать

¹ Competition Law in the BRICS Countries / Regazzini Emch et al. (ed.). – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. – P. 189–190.

решающее влияние на них) путем приобретения акций (активов) или заключения договора, а также другими способами.

В случаях, когда концентрация способна достичь установленного Государственным советом КНР порога, требуется заранее подать заявление в антимонопольный орган, иначе осуществление концентрации не будет законно.

При оценке совместимости будущей концентрации с рынком антимонопольный орган принимает во внимание следующие факторы: рыночную долю и рыночную власть участвующих в операции хозяйствующих субъектов; степень рыночной концентрации рассматриваемого рынка; а также влияние концентрации хозяйствующих субъектов на: доступ к рынку, технологический прогресс, потребителей, других хозяйствующих субъектов, развитие национальной экономики – и другие факторы, способные оказать влияние на конкуренцию на рынке.

Антимонопольный орган принимает решение о запрете концентрации в случае, если она оказывает или может оказать влияние на конкуренцию на рынке до пределов ее устранения или ограничения. Если хозяйствующие субъекты способны доказать, что концентрация окажет положительное, а не отрицательное влияние на конкуренцию, или что концентрация осуществляется в государственных интересах, антимонопольный орган ее не запрещает. Процедура контроля над экономической концентрацией проходит в три этапа в течение не более 180 дней¹.

В ЮАР Закон о конкуренции 1998 г. (в ред. 2009 г.)² построен с использованием сходных с индийскими методов юридической техники.

¹ Подробнее см. *Еременко В.И.* Цит. соч.; О конкурентном законе – Китай. 27 февраля 2012. URL: http://www.fas.gov.ru/international-partnership/analytical-materials/analytical-materials_23942.html (дата обращения: 01.09.2014); Блог о законодательстве Китая. Конкурентное право КНР. URL: http://cnlegal.ru/china_economic_law/china_antitrust_law/feed (дата обращения: 17.07.2013).

² Competition Act № 89 of 1998, as amended in 2009 // Government Gazette. – 30 October 1998. – № 19412. URL: http://www.saflii.org/za/legis/num_act/ca1998149.pdf (дата обращения: 31.07.2014), а также <http://www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf> и <http://www.compcom.co.za/assets/Files/Competition-Amendment-Act.pdf> (дата обращения 01.09.2014).

По вопросу *злоупотребления доминированием* предусмотрены положения, согласно которым:

1) пороговая величина годового оборота фирмы (*firm* – таковой признается лицо, партнерство, траст);

2) способ исчисления размера годового оборота или активов, в отношении которых будет применяться указанная пороговая величина, – должны быть определены министром торговли и промышленности в ходе консультаций с Комиссией по конкуренции (*Competition Commission*¹).

До таких консультаций министр обязан путем публикации в официальном печатном издании Республики – *Gazette* – опубликовать предлагаемую им пороговую величину и способ исчисления размера годового оборота или соответствующих активов и пригласить всех желающих делать предложения в письменной форме (ст. 6 Закона 1998 г.). Аналогичное правило предусмотрено в отношении пороговых величин (низшей и высшей) и размера годового оборота предприятий для целей контроля над слияниями (*mergers* – ст. 11 Закона 1998 г.).

Злоупотребление доминированием описывается в терминах, сходных с описанными применительно к Индии (ст. 8 Закона 1998 г.), однако доминирование связывается с рыночной долей (ст. 7 Закона 1998 г.). Так, предприятие считается доминирующим на рынке, (а) если занимает 45% рынка; (b) если занимает 35–45% рынка – если не докажет, что не обладает рыночной властью (*market power*); (c) если занимает менее 35% рынка, но обладает рыночной властью. При этом, согласно положениям ст. 10 Закона 1998 г., предприятие вправе обратиться в Комиссию по конкуренции с просьбой установить в отношении него изъятие из-под действия положения настоящего закона. Такое изъятие может быть безусловным, либо на каких-либо условиях².

Комиссия по конкуренции создана на основе закона 1998 г. для расследования, контролирования и оценки правомерности

¹ Подробнее см. по адресу <http://www.compcom.co.za/> (дата обращения 16.08.2014).

² Подробнее см.: Exemptions. URL: <http://www.compcom.co.za/exemptions-2> (дата обращения: 16.08.2014).

(противоправности) ограничительной торговой практики, злоупотреблений доминированием и слияний с целью достижения наибольшей эффективности южно-африканской экономики (investigation and enforcement agency). Еще в ЮАР действует Трибунал по защите конкуренции (Competition Tribunal) и Апелляционный суд (Appeal Court): первый действует как административный суд (adjudicative body), второй, – рассматривает апелляции на решения первого. Так, Трибунал по защите конкуренции нашел злоупотребления доминированием в шести делах: *Patensie* (37/CR/Jun01), *South African Airways* (дважды – 80/CR/Sep06 и 18/CR/Mar01), *Sasol* (72/CR/Dec03), *Mittal Steel SA* (13/CR/Feb04) и *Senwes* (110/CR/Dec06). Решения по делам *Sasol* и *Mittal Steel SA* были затем отменены Апелляционным судом его решениями 49/CAC/Apr05 и 43/CAC/Nov04 соответственно. Более ранние дела Трибунала касались чрезмерных цен в деле *Harmony/Mittal*, в котором компания Mittal была признана устанавливающей чрезмерные цены. Это решение затем было отменено в апелляции ввиду того, что неправильно было истолковано понятие «исключительной цены», закрепляемое законом 1998 г. Ряд дел, в том числе дело *SAA* и *BATSA* (55/CR/Jun05), касается исключаящих контрактов¹.

Согласно ст. 11 закона 1998 г., слияния разделяются на 3 группы в зависимости от стоимости активов участвующих в операции предприятий, которая должна:

- быть равна или ниже низшего предела для малых слияний (a small merger);
- находиться между низшим и высшим пределами для средних слияний (an intermediate merger);
- быть равна или выше высшего предела для крупных слияний (a large merger).

Слияние имеет место в ситуации, когда одна или более фирм прямо или косвенно приобретают или устанавливают прямой или косвенный контроль над бизнесом другой фирмы (business of another firm) или его частью.

¹ Подробнее см.: Competition Law in the BRICS Countries / Regazzini Emch et al. (ed.). – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. – P. 212.

Механизмы приобретения (установления) контроля таковы:

- i) покупка или аренда (lease) акций, долей участия или активов предприятия, над которым стремятся установить контроль;
- ii) присоединение (amalgamation) или объединение иным образом (other combination) с предприятием, над которым стремятся установить контроль.

При рассмотрении операций по слияниям Комиссия по конкуренции должна сначала ответить на вопрос, имеет ли место существенное предотвращение или сокращение конкуренции на рынке в результате слияния (ст. 12А Закона 1998 г.). Если ответ на этот вопрос положительный, на основании правила разумности Комиссии должна ответить на вопросы, насколько вероятно, что слияние:

- i) выразится в технологическом прорыве, повысит эффективность производства и выразится в ином проконкурентном преимуществе, которое будет значительнее, чем эффект предотвращения или сокращения конкуренции на рынке;
- ii) может быть обосновано удовлетворением существенного общественного интереса (substantial public interest).

При этом во внимание должны быть приняты следующие факторы: сила конкуренции на соответствующем рынке и вероятность того, что предприятие, возникшее в результате слияния, будет вести себя конкурентно, соперничая с другими предприятиями на рынке, или будет сотрудничать с ними¹.

Таким образом, сравнение законодательных положений законов стран БРИКС о монополиях и конкуренции показывает, что они разнообразны по своей внешней форме и по использованию в них различных методов юридической техники, сформировавшейся вследствие национальной специфики правовых систем и приемов как правового, так и неправового регулирования общественных отношений. Кроме предмета и цели правового регулирования, объединяет их сложная правовая терминология, неопределенные и расплывчатые правовые конструкции, неясные формулировки и неопределенные понятия, – так

¹ Подробнее об этом см.: Mergers and Acquisitions. URL: <http://www.compro.com.co.za/mergers-and-acquisitions/> (дата обращения: 16.08.2014).

называемые «каучуковые» конструкции и нормы (общественный порядок и пр.).

При этом установлено, что законодательство этих стран одинаково реагирует на отношения, связанные с концентрацией капитала посредством слияний и присоединений, препятствуя «чрезмерной» концентрации. Однако, критерием «чрезмерности» концентрации и квалифицирующим признаком ее правомерности в разных странах выступают разные экономически значимые величины реорганизуемых предприятий, например, доля на соответствующем рынке (Россия, Китай), суммарная или индивидуальная балансовая стоимость активов (Бразилия, Индия, ЮАР) и др.

Выявлено, что законодатели рассмотренных стран БРИКС оперируют концепцией «рыночной власти» (market power – англ., poder de mercado – португ.), позволяющей квалифицировать ряд рыночных актов предприятий в качестве антиконкурентных злоупотреблений занимаемым ими доминирующим положением на рынке, независимо от приходящейся на их участников рыночной доли. Целесообразность такого подхода не вызывает сомнений, поскольку именно наличие рыночной власти, а не рыночной доли оказывается определяющим при решении вопроса о возможностях того или иного предприятия воздействовать на конкуренцию. Вместе с тем, и размер рыночной доли, фиксируемый Россией, Китаем и ЮАР в качестве ориентира, создающего некие рамки, начиная с выхода за которые предприятие становится объектом повышенного внимания антимонопольных органов, нельзя признать абсолютно бесполезным.

Анализ содержательного наполнения законов стран БРИКС о монополиях и конкуренции показывает наличие в них ряда общепризнанных (унифицированных) положений и норм. Так, например, к ним относятся следующие запрещенные антиконкурентные действия и признаки злоупотребления доминирующим положением – установление пределов и манипуляция ценами на товары (услуги), ведение дискриминационной политики с равными контрагентами, навязывание им сопутствующих товаров и неразумных условий договоров и др.

Как уже отмечалось выше, термин «концентрация» может относиться к самому широкому кругу операций на рынке, в результате которых происходит концентрация контроля, капитала

и управления экономической деятельностью вне зависимости от конкретной правовой формы. Один из таких механизмов, – ТНК, – был нами рассмотрен выше¹.

Сейчас обратимся к другому способу, который признается зарубежной доктриной² традиционным в числе механизмов концентрации контроля и централизации капитала и потому более других подвергающимся законодательной регламентации, и при котором юридическая личность предприятий утрачивается, – слиянию (присоединению) – посредством которого по мнению латиноамериканского правоведа Х. Гарригеса, достигается максимальная концентрация³.

¹ Подробнее о вопросах, рассмотренных в настоящем параграфе, см.: *Belikova K.M.* Market Structure Control and Restriction of Anticompetitive M&As and «Concentration» of Enterprises' Market Power in BRICS Countries: General Approaches (Asia – China and India, Euro-Asia – Russia and Africa – South Africa – in Focus) (August 15, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2481116> (дата обращения: 15.08.2014); *Belikova K.* Dominant Market Position and Prohibition of Abuse of Market Power in BRICS Countries: General Approaches (June 7, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2447332> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447332> (дата обращения: 15.08.2014); *Belikova K.* General approaches of BRICS countries legislation and legal order to counteraction against leading anticompetitive market strategies: the case of China, India, Russia and South Africa // *Boletín Latinoamericano de Competencia*. – Mayo 2014. – №35 (extra). – P. 1–35. URL: <http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamericano-de-competencia/2014> (дата обращения: 11.05.2014); *Беликова К.М.* Пределы дозволенного доминирования на рынке и контроль за слияниями и приобретениями крупных партий имущества в БРИКС на примере России, Индии и Южной Африки // *Юрист*. – 2013. – № 20. – С. 21–26; *Она же.* Реорганизация юридических лиц в странах Латинской Америки: к вопросу о понятии // *Гражданское право*. – 2013. – № 4. – С. 17–19.

² См., напр.: *Fernández P., Bonet A.* Fusiones, adquisiciones y control de las empresas. URL: <http://web.iese.edu/PabloFernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf> (дата обращения: 01.09.2014) и др.

Разграничение механизмов, ведущих к концентрации, с использованием критерия утраты либо сохранения юридической самостоятельности было известно также представителям дореволюционной цивилистической науки. См., напр.: *Венедиктов А.В.* Цит. соч. – С. 73–79.

³ *Garrigues Joaquín.* *Cursode Derecho Mercantil*. – México; Editorial Porrúa, 1979. – Т. I. – P. 619. Цит. по: *Echaiz Moreno D.* *Op. cit.* См. также: *Echaiz Moreno D.* *Op. cit.* – P. 28.

Рассмотрим общие подходы в этой сфере, выработанные правом стран БРИКС.

2.2. Слияния и присоединения как механизмы создания «экономических концентраций»: общие подходы в праве стран БРИКС

В числе механизмов концентрации, при которых предприятия не утрачивают юридической самостоятельности, а носителем прав и обязанностей остается по каждому отдельному предприятию прежний предприниматель, можно отметить, например: голосование акционеров на общем собрании по вопросу о смене действующего руководства; избрание в члены правления и наблюдательных советов нескольких компаний одних и тех же лиц; публичное предложение покупки акций¹, при которой в отличие от реорганизации и иных традиционных форм концентрации капитала не требуется согласия на ее проведение со стороны руководства общества, над которым хотят установить контроль (например, разд. VII упомянутого выше Закона Бразилии № 6.404 от 15 декабря 1976 г. об акционерных обществах).

Следствием такой покупки акций является так называемое «контролирование» – объединение юридически (формально) самостоятельных предприятий, в котором одно (контролирующее) предприятие, обладающее всеми или значительной частью акций другого (контролируемого) предприятия, а, следовательно, большинством голосов в общих собраниях последнего, способно контролировать его, всецело подчиняя своей воле и др.

Закономерным результатом концентрации и централизации собственности в результате конкурентной борьбы выступают монополистические объединения, господствующие в современном обществе в виде ТНК.

¹ Публичное предложение покупки акций включает в себя выкуп акций, практически полностью финансируемый посредством привлекаемого для этой цели кредита (leveraged-buy-out), и предложение покупки, производимое управляющими компании (management-buy-out).

Поскольку понятие монополии является не правовым, а экономическим, если абстрагироваться от деятельности предприятия, само по себе юридическое лицо нельзя охарактеризовать как монополию. Монополия существует только в виде определенных правовых форм, с помощью которых проявляется в юридической жизни. Монополистическое положение может вытекать из системы заключенных договоров; сложной системы товариществ, состоящих, в свою очередь, из акционерных обществ и компаний; владения патентом на важное изобретение. Такое положение может также являться следствием самого широкого круга операций, совершаемых на рынке, в результате которых происходит концентрация контроля и управления экономической деятельностью, что чаще всего юридически оформляется в виде слияний или присоединений.

В течение длительного времени до 60-х гг. XX в. наиболее распространенными слияниями предприятий, контролируемые государством с точки зрения их соответствия антимонопольному законодательству, являлись так называемые замеченные выше *«горизонтальные»* и *«вертикальные» объединения капиталов*.

В первом случае имеются в виду такие экономические концентрации, в результате которых один или несколько независимых экономических агентов, занятые однородной деятельностью на рынке, исчезают, «поглощенные» конкурентом, а сокращение числа конкурентов одновременно с наличием существенных барьеров для вхождения на рассматриваемый рынок может сокращать эффективную конкуренцию.

В самом крайнем своем проявлении экономическая концентрация (при наличии высоких входных барьеров) может вообще свести конкуренцию на нет, поглотив конкурентов¹; во

¹ См., напр.: Portaria conjunta SDE/SEAE № 50. – De 1 de agosto de 2001 – Expedir o Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, anexo a esta Portaria. URL: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b689996f869b70b346f3481d28> (дата обращения: 10.08.10).

Вместе с тем нельзя отрицать и тот факт, что некоторые экономические концентрации не сокращают конкуренцию на соответствующем рынке, не позволяют создавать или укреплять доминирующее положение предприятия; их целью является поиск более выгодных способов производства и распространения товаров и услуг, которые позволят повысить конкурентоспособность предприятия.

втором – объединяются фирмы, осуществляющие взаимодополняющую деятельность.

В конце 1960-х гг. приобрела заметный размах новая форма централизации капитала, которую нельзя отнести к названным выше двум формам. Речь идет о слиянии или поглощении компаний, которые действуют в различных сферах экономики. Они получили название «конгломеративных». Образующие в результате «конгломераты», представляющие собой группы предприятий, действующих на различных рынках, но поддерживающих достигнутое единство посредством финансовых и управленческих связей¹, по сути являются транснациональными корпорациями (ТНК). Такова, например, международная корпорация *ITT Corporation*, сфера деятельности которой включает такие направления, как промышленное производство, финансы, гостиничный бизнес: в ней представлены группы предприятий по производству продукции для автомобилестроения, работающие в области электронной и оборонной промышленности, а также несколько крупнейших страховых компаний и сеть отелей *Sheraton*². Такова и индийская *Birla Brothers Private Ltd.*, которая ведет свое начало с середины XIX в. В первой половине XX в., занимаясь, в основном, кредитно-финансовыми операциями, проникла в сферу промышленности. Начав с производства джута и хлопчатобумажных тканей и торговли ими, она путем поглощения компаний других отраслей превратилась в мощный концерн, интересы которого были сосредоточены в легкой промышленности. В середине 60-х гг. XX в. на ее долю приходилось уже около 100% выпуска в Индии сплавов цветных металлов, ацетатного волокна, линолеума, уксусного ангидрида, около 90% штапельного волокна, свыше 50% автомобилей, шинного корда, бумаги, отдельных видов котлов и бытовых холодильников, около 40% алюминия. Затем *Birla Brothers Private Ltd.* стала одним из ведущих производителей текстильного оборудования, выступая также крупным земельным собст-

¹ *Kohler H.* Readings in Economics. – 2nd ed. – N. Y.: Holt, 1969. – P. 495.

² History of ITT. URL: <http://www.itt.com/about/history> (дата обращения: 03.08.10).

венником, и эксплуатируя чайные (около 15 тыс. га) и другие плантации, контролируя ряд банков, финансовых и страховых компаний.

При этом к настоящему моменту организационно Birla Ltd. изменила тактику и уже к 1978 г. представляла собой группу, которая состоит из несвязанных между собой компаний, объединенных единым финансовым контролем. Компании этой группы начали занимать большое место во внешней торговле Индии, и, прежде всего, в ее экспорте, входя в число крупнейших экспортеров джутовых изделий, чая и других традиционных товаров, и развивая крупные предприятия в Непале, Пакистане, Нигерии, Судане, Эфиопии, Канаде, Великобритании, Ирландии и др. Birla Brothers Private Ltd. использовала и использует техническую помощь, займы и кредиты иностранных монополий, создает с их участием совместные компании, сохраняя при этом независимое положение в силу своей финансовой мощи и разнообразия сфер деятельности¹.

Например, в **Китае** на март 2012 г. из 13 опубликованных решений, касающихся разрешения (запрета) укрупнения предприятий путем слияния 12 операций одобрены, 1 запрещена, среди 12, получивших одобрение слияния, – In Bev/Anheuser-Busch в 2008 г., General Motors/Delphi в 2009 и др. В **Индии** к 2012 г. антимонопольный орган разрешил 28 слияний, из них 15 – реорганизации внутри предприятий одного бренда; свое первое разрешение (С-2011/07/01) он дал в ходе контроля за приобретением Bharti Group (индийским конгломератом Reliance Industries Limited) 74% долей участия в двух акционерных компаниях: Bharti AXA Life Insurance Company Limited и Bharti AXA General Insurance Company Limited. Принимая во внимание небольшие рыночные доли участников операции и тот факт, что между ними не было ни вертикальной, ни горизонтальной интеграции, разрешение было получено в сравнительно

¹ См.: *Агаянц И.А.* БСЭ. – 1969 – 1978. URL: <http://slovari.yandex.ru> (дата обращения: 22.09.2013); About Birla Brothers Private Limited. URL: <http://corporatedir.com/company/birla-brothers-private-limited> (дата обращения: 01.09.2014).

небольшой 18-дневный срок с даты уведомления о предполагаемой операции по концентрации¹.

При анализе каждой из указанных разновидностей слияний антимонопольные органы рассматриваемых стран руководствуются тремя критериями:

- 1) числом фирм на соответствующем рынке;
- 2) относительным размером их рыночной доли на рынке определенного товара или услуги;
- 3) наличием барьеров для вступления на данный рынок предприятий-новичков².

Новая форма централизации капитала обнаруживает отказ действующего права рассматриваемых стран от принципа специальной правоспособности юридического лица. В силу этого принципа юридическое лицо может иметь не любые, а лишь определенные гражданские права и обязанности, соответствующие его цели или предмету деятельности. Поскольку цель деятельности юридического лица закрепляется в его уставе, то и его способность именуется уставной. Тенденция к расширению объема правоспособности юридических лиц наблюдается в зарубежных странах уже с XIX в.

На практике принцип специальной правоспособности обходят различными путями. Обычно, предмет деятельности, цели юридического лица формулируются в уставе настолько широко, что самые разнообразные виды деятельности, весьма отдаленные от основной цели предприятия, могут быть подведе-

¹ См.: *Belikova K.M.* Market Structure Control and Restriction of Anti-competitive M&As and «Concentration» of Enterprises' Market Power in BRICS Countries: General Approaches (Asia – China and India, Euro-Asia – Russia and Africa – South Africa – in Focus) (August 15, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2481116> (дата обращения: 15.08.2014); *Belikova K.* Dominant Market Position and Prohibition of Abuse of Market Power in BRICS Countries: General Approaches (June 7, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2447332> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447332> (дата обращения: 15.08.2014).

² См., напр.: Portaria conjunta SDE/SEAE № 50, de 1º de agosto de 2001 – Expedir o Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, anexo a esta Portaria. URL: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?b689996f869b70b346f3481d28> (дата обращения: 10.08.10).

ны под уставную. Тем более что в уставах, как правило, оговаривается, что наряду с основными видами деятельности компания вправе заниматься любой иной деятельностью, которая разумно содействует достижению перечисленных в уставе целей¹.

В современный период можно выделить несколько основных мотивов, обуславливающих проведение реорганизации в формах слияния и присоединения: технологическая и экономическая интеграция, повышение конкурентоспособности на соответствующем рынке, расширение рынка сбыта товаров и услуг, повышение эффективности производства и т. д.

Как отмечают П. Фернандес и А. Боне² такие мотивы могут быть сгруппированы в несколько больших групп. Это – повышение экономической эффективности нового предприятия; плохое управление одного из участвующих в слиянии предприятий; улучшение режима налогообложения; различия в уровне информированности администрации каждого из предприятий, участвующих в слиянии; мотивы, лежащие вне экономической плоскости и т. д. Д.В. Жданов полагает, что основными мотивами, обуславливающими принятие решения о слиянии компаний в широком смысле (т. е. включая присоединение), являются экономические³. К.Б. Бер акцентирует внимание на иных мотивах слияния, подчеркивая, что вследствие концентрации уменьшается риск невыгодных последствий рыночного поведения участников операции, появляется инфраструктура для роста и капитал для инвестиций; на нее распространяется более выгодный режим налогообложения⁴.

Слияние и присоединение были широко распространены и в условиях плановой экономики в СССР, когда ставилась задача укрупнения производственно-хозяйственных комплексов и соз-

¹ *Echaiz Moreno D.* Op. cit.

² *Fernández P., Bonet A.* Fusiones, adquisiciones y control de las empresas. URL: <http://web.iese.edu/PabloFernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf> (дата обращения: 03.08.10).

³ *Жданов Д.В.* Реорганизация акционерных обществ в Российской Федерации. – М.: Статут, 2001. – С. 33.

⁴ *Boloña Behr Carlos.* Fusiones y adquisiciones // *Diario Gestión.* – Lima, 2 de agosto de 1999. Цит. по: *Echaiz Moreno D.* Op. cit.

дания крупных предприятий и объединений, охватывающих производство, снабжение и сбыт продукции, научно-исследовательские, опытно-конструкторские и технологические работы¹. Так, латиноамериканский правовед О.Х. Эксебьо полагает в этой связи, что «экономическая концентрация в руках государства нередко превращается в эффективный инструмент направляющего воздействия в рамках национальной экономики»².

Законодатели **Бразилии, России, Индии, Китая и ЮАР** предусматривают возможность совершения слияния в двух формах (частично этот вопрос уже затрагивался выше): путем образования нового предприятия, к которому в порядке универсального правопреемства переходит имущество объединяющихся предприятий (*fusão* – Бразилия, *merger by absorbtion* – КНР, *merger* – Индия, ЮАР), утрачивающих свою юридическую личность – $A + B + C = B$; путем поглощения одного или нескольких предприятий принимающим предприятием, в связи с чем поглощаемые предприятия утрачивают юридическую личность, а их имущество приобретает принимающим предприятием в порядке опять-таки универсального правопреемства (*incorporação* – Бразилия, *merger by new establishment* – КНР, *amalgamation* – Индия, ЮАР) – $A + B + C = A$ ³.

И слияние, и присоединение являются формами укрупнения компаний. В обоих случаях участники или акционеры прекращающихся обществ получают акции или доли участия в новом или принимающем обществе. Предприятия, прекратившиеся в результате слияния, не считаются ликвидированными, и их прекращение не требует одобрения со стороны их участников (напр., ст. 228 и 229 бразильского Закона 1976 г. об акцио-

¹ *Лантев В.В.* Предпринимательское право: понятие и субъекты. – М., 1997. – С. 70.

² *Hundskopf Exebio Oswaldo.* Regulación jurídica de los grupos de empresas // Informativo Legal Rodrigo. Lima, Asesores Financieros. – Noviembre de 1998. – V. 149. – P. XIX. Цит. по: *Echaiz Moreno D.* Nuevas Formas de Organización Corporativa Concentrada. 2001. URL: <http://ciberconta.unizar.es/LECCIÓN/der022/100.HTM> (дата обращения: 31.07.10).

³ См., напр., упоминавшийся выше индийский Competition Act № 12 of 2003 (art. 232 & seq.).

нерных обществах; п. 1. ст. 57 ГК РФ¹; ст. 180, 181, 183 китайского Закона 1993 г. о компаниях (в ред. 2013 г.); Закон ЮАР о компаниях 2008 г.²).

Как способы реорганизации, слияние и присоединение унифицированы и обладают общими свойствами. Основным из них является продолжение деятельности реорганизуемого лица другими лицами, при этом участники товариществ, ранее действовавших независимо друг от друга, становятся участниками товариществ вновь образованных. Продолжение деятельности обеспечивается при помощи института универсального правопреемства, т. е. преемства прав и обязанностей в целом, в совокупности – товарищество, к которому в результате одной из указанных выше операций переходит все имущество другого предприятия, становится его универсальным правопреемником.

В то же время существует два принципиальных отличия между слиянием и присоединением. Во-первых, при слиянии все реорганизуемые организации прекращают свое существование, в то время как в случае присоединения прекращаются лишь присоединяемые организации, а юридическое лицо, к которому осуществляется присоединение, продолжает существовать. Во-вторых, в результате слияния возникает новое товарищество, к которому переходят все права и обязанности сливающихся юридических лиц. Присоединение характеризуется тем, что новая организация не возникает, а все права и обязанности присоединяемых юридических лиц переходят к существующей организации. Об унификации в законодательстве стран БРИКС процедуры осуществления реорганизации в форме слияния и присоединения уже говорилось выше.

¹ Подробнее см.: *Беликова К.М.* Основы гражданского права // Правовое обеспечение профессиональной деятельности: учебное пособие для бакалавров / под ред. проф. А.Я. Капустин. – 2-е изд., перераб. и доп. Сер.: Бакалавр. Базовый курс. – М: Юрайт, 2013. – С. 145–175 (382 с.).

² Подробнее см.: South Africa Companies Act № 71 of 2008. Цит. по: *Ezra Davids, Ashleigh Hale.* South Africa. – Ch. 53. – P. 543–554 // *The Mergers & Acquisitions Review* / Ed. Simon Robinson. – 5th Ed. URL: <http://www.bowman.co.za/FileBrowser/ArticleDocuments/Mergers&AcquisitionsReview-FifthEdition-SouthAfrica.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

В процессе реорганизации, как уже указывалось, происходит не только прекращение организаций, но и создание новых юридических лиц. В юридической литературе отмечается наличие при реорганизации, как ликвидационных, так и учредительских признаков, образующих зачастую неразрывное единство.

В.В. Лаптев пришел к выводу, что создание, ликвидация и реорганизация предприятий взаимосвязаны в том смысле, что предприятия нередко создаются или ликвидируются в результате реорганизации¹, развил тем самым мысль И.Т. Тарасова, который указывал, что слияние одной акционерной компании с другой отождествляется обыкновенно с ликвидацией одной компании и учреждением другой, т. е. та компания, которая сливается с другой, считается за ликвидировавшуюся, а та компания, с которой она сливается, считается за вновь учреждающуюся. Но это не совсем верно, так как при фузионировании независимо от его форм не происходит никогда полной ликвидации, и, во всяком случае, все или только часть имущества компании переходит к другой компании; словом – фузионирование – есть только как бы частичная ликвидация². Представление о взаимной связи создания, ликвидации и реорганизации предприятий поддерживается и цивилистической мыслью других стран БРИКС³.

В заключение отметим, что на сегодняшний день не может вызывать сомнений тот факт, что укрупняющиеся таким обра-

¹ Лаптев В.В. Цит. соч. – С. 68.

² Тарасов И.Т. Учение об акционерных компаниях / Ред. кол.: В.С. Ем, Н.В. Козлова, С.М. Корнеев, Е.В. Кулагина, Д.В. Ломакин, П.А. Панкратов. – М.: Статут, 2000. – С. 583.

³ См., напр.: Kumar R. Corporate restructuring in India. URL: <http://taxguru.in/corporate-law/corporate-restructuring-india.html> (дата обращения: 24.03.2013); Company Formation – Brazil. URL: <http://www.worldlink-law.com/businfo/brazil/companyform.htm> (дата обращения: 01.09.2014) и др.

Следует отметить, что трактовка реорганизации дается учеными с учетом круга общественных отношений, в которых реорганизация применяется. Так, существует точка зрения, согласно которой целям законодательства о несостоятельности отвечает трактовка реорганизации, как сделки. См., напр.: Телюкина М.В., Ткачев В.Н., Тарасов В.И. Финансовое оздоровление как пассивная оздоровительная процедура // Адвокат. – 2003. – № 12. – С. 16–26.

зом юридические лица, могут создавать, если не фактически, то потенциально, угрозу конкуренции на рынке. Этот вопрос является предметом озабоченности правоведов, законодателей и практических деятелей, как было показано выше, поскольку общепризнано, что такие объединения могут оказывать вредное воздействие, как на общественные интересы, так и на интересы государства, поэтому их необходимо контролировать. С другой стороны, есть у концентрации рыночной власти и определенная польза, поскольку консолидированные таким образом предприятия приобретают возможность снижать свои хозяйственные издержки, повышая при этом свою общую конкурентоспособность, что, в свою очередь, способно приносить пользу национальным рынкам¹.

2.3. Методические материалы

Хрестоматия

«Сравнительное право способствует отказу от тенденции приписывать этим концепциям обязательный всеобщий характер. А ведь в истории ряда стран было немало ситуаций, когда интересы, которым должно служить право, приносились в жертву логическим схемам». (Давид Р., Жоффре-Спинози К. *Основные правовые системы современности*. – М., 1999. – С. 10)

«In the absence of a book of rules, how can we decide whether the fight is fair or foul?» (Machlup F. *The political economy of monopoly: business, labor and government policies*. – Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1952)

¹ Подробнее о соотношении вреда и пользы рассматриваемых ограничений на примере иностранных рынков с точки зрения экономики см.: Конас М. Национальные барьеры концентрации для телевизионных организаторов при возрастающей глобализации экономики средств массовой информации. Публикации института экономики средств массовой информации при Кельнском университете № 11 9-R. – Кельн, май 2001 г. URL: <http://www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/11901.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

«Честный игрок скорее проиграет в конкурентной борьбе, чем перед собственной совестью...» (Т. Семирджян)

«Желание уступить дорогу сопернику возникает лишь на краю пропасти» (В. Губарев)

«Конкуренция является особой формой соревнования, свойственной капиталистическому обществу и состоящей в борьбе отдельных производителей за кусок хлеба и за влияние, за место на рынке». (Ленин В.И. Полн. собр. соч. – Т. 36. – С. 150, 151)

«Соперничество – пища для гения». (Вольтер)

«Конкуренция обеспечивает наилучшее качество продуктов и развивает наихудшие качества людей». (Д. Сарнофф)

«В практической жизни мы находим не только конкуренцию, монополию, их антагонизм, но также и их синтез, который есть не формула, а движение. Монополия производит конкуренцию, конкуренция производит монополию. Синтез заключается в том, что монополия может держаться лишь благодаря тому, что она вступает в конкурентную борьбу». (Маркс К., Энгельс Ф. Соч. – Т. 25. – Ч. 1)

«Несправедливо, чтобы свободные люди не могли отчуждать свое имущество». (Латинское юридическое изречение)

«Закон допустит скорее потерю для частного лица, чем общественное зло». (Латинское юридическое изречение)

«Свобода не может быть частичной». (Н. Мандела)

Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме

1. Общая характеристика законодательства об ограничительной торговой практике в странах БРИКС.

2. На решение какой задачи нацелены частноправовые ограничения («пределы») свободы осуществления предпринимательской деятельности в странах БРИКС?

3. Охарактеризуйте систему контроля за структурой рынка в странах БРИКС. Какую цель преследует эта система контроля? Снабдите ответ примерами из практики.

4. Опишите положения антимонопольного законодательства стран БРИКС, направленные на установление пределов доминирования предприятий на рынках этих стран.

5. Запрещает ли право стран БРИКС злоупотребление доминированием?

6. Какова роль судебной практики в осуществлении антимонопольного регулирования стран БРИКС?

7. Слияния и присоединения как механизмы создания «экономических концентраций» в праве стран БРИКС. Можно ли выявить в праве изучаемых стран общие подходы в этом вопросе?

8. Каково рода операции, направленные на укрупнение предприятий (создание экономических «концентраций»), запрещены правом стран БРИКС? Почему?

Словарь (глоссарий)

Антимонопольное регулирование – политика, выражающаяся в регулировании монополий, слияний и поглощений, соглашений по ограничению торговли, картелей, поддержание розничных цен и антиконкурентной практики.

Доминирующая фирма – фирма, имеющая возможность оказывать влияние на рыночную цену и способная использовать стратегические преимущества своего положения по сравнению с конкурентами, что в ее высокой доле рынка.

Конкуренция (в повседневном понимании) – это соперничество экономических субъектов за лучшие условия производства, купли и продажи товаров; (в классической экономической теории) – это элемент рыночного механизма, который позволяет уравновесить спрос и предложение.

Монополистическая конкуренция – модель рынка, на котором имеется достаточно большое число фирм, продающих диф-

ференцированную продукцию и осуществляющих ценовой контроль над продажной ценой производимых ими товаров, характеризуется сравнительно большим числом продавцов, которые производят дифференцированные продукты (одежду, мебель, книги).

Чистая монополия – модель рынка, на котором присутствует единственный продавец товара, способный влиять на общий объем предложения и на цену товара или услуги; отсутствуют близкие заменители товара; имеются высокие барьеры входа¹.

Слияния юридических лиц – механизм (способ) реорганизации юридического лица для цели его укрупнения; бывают в двух формах:

1) путем образования нового предприятия, к которому в порядке универсального правопреемства переходит имущество объединяющихся предприятий (*fusão* – Бразилия, *merger by absorption* – КНР, *merger* – Индия, ЮАР), утрачивающих свою юридическую личность – ($A + B + C = B$);

2) путем поглощения одного или нескольких предприятий принимающим предприятием, в связи с чем, поглощаемые предприятия утрачивают юридическую личность, а их имущество приобретает принимающим предприятием в порядке опять-таки универсального правопреемства (*incorporação* – Бразилия, *merger by new establishment* – КНР, *amalgamation* – Индия, ЮАР) – ($A + B + C = A$).

Экономическая «концентрация» – результат сделок, иных действий, осуществление которых оказывает или может оказать влияние на состояние конкуренции, включая создание и реорганизацию коммерческих организаций (слияние или присоединение), сделки с акциями (долями), имуществом коммерческих организаций, правами в отношении коммерческих организаций... (Федеральный закон РФ от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (ред. от 28.07.2012).

¹ Глоссарий по экономике отраслевых рынков. URL: <http://ek2005.clan.su/load/1-1-0-198> (дата обращения: 22.09.2014); Glossary of terms used in EU competition policy. Antitrust and control of concentrations. Directorate-General for Competition. Brussels. July 2002. URL: http://ec.europa.eu/translacion/spanish/documents/glossary_competition_archived_en.pdf (дата обращения: 22.09.2014).

Задачи

Задача 1. Бразильское предприятие Xerox do Brazil S.A.,¹ сдававшее соответствующую копировальную технику в аренду, было обвинено в том, что ставит оказание услуг по ее техническому обслуживанию в зависимость от приобретения исключительно у них расходных материалов и запасных частей для арендованной техники.

Ответчик – S.A. Xerox do Brazil – утверждал, что положения договора не запрещают пользователям обращаться к другим производителям, а указанный пункт договора имеет единственной целью защиту собственности предприятия, поскольку в результате использования расходных материалов и запасных частей других производителей арендованное оборудование может быть повреждено. Административный совет по защите экономики (далее – АС), выявив три соответствующих товарных рынка и рыночные доли компании Xerox на них (на рынке копировальной техники компания занимала 77,7%; на рынке оказания услуг по техническому обслуживанию – 91%; на рынке расходных материалов и запасных частей – от 74,3 до 100%), заключил, что предприятие занимает доминирующее положение на всех трех рынках. Изучив переписку предприятия с арендаторами, АС пришел к выводу, что постанова продажи одного товара в зависимость от другого.

Вопрос. *В рассмотренной ситуации какое решение будет принято Административным советом по защите экономики при оценке поведения предприятия Xerox do Brazil S.A.?*

Задача 2. Бразильское предприятие Vesuvius Refratarios Ltda.², действующее в пределах одного товарного рынка, купило 100% Re-Plate Equipamentos Metalurgicos, действующего

¹ Administrative Proceeding (PA) 23/91 – Complainants: Repro Materiais e Equipamentos de Xerografia et al. Defendant: Xerox do Brasil S.A. Commissioner in charge: Marcelo Soares. Date: 31 March 1993.

² Concentration Act (AC) 08012.007674/98-59 – Applicants: Vesuvius Refratarios Ltda. & Re-Plate Equipamentos Metalurgicos. Commissioner in Charge: Lucia Salgado. Date: 12 May 1999.

на другом товарном рынке, было применено правило разумности. В результате покупки рыночная доля Vesuvius Refratarios Ltda. составила 66% соответствующего товарного рынка, на котором действовало Re-Plate Equipamentos Metalurgicos.

Вопрос. *Какие доводы можно привести в пользу того, что концентрация соответствующего товарного рынка в результате этой операции не будет создавать угрозу экономическому порядку?*

Задача 3. Предприятию British American Tobacco Co., которому принадлежал ряд товарных знаков на сигареты и более 50% продаж сигарет в Бразилии, было предъявлено обвинение в заключении исключających контрактов с дистрибьюторами. Секретариат экономического права установил, что торговые точки в аэропортах и торговых центрах, распространявшие сигареты этой компании, являлись независимыми друг от друга товарными рынками, в пределах которых рыночная доля предприятия составляла 100%.

Вопрос. *Можно ли признать соответствующие положения заключенных между указанными предприятиями соглашений недействительными? Изменится ли ответ, если речь будет идти о торговых точках, располагающихся территориально в других местах?*

Задача 4. Административный совет по защите экономики Бразилии рассмотрел шесть дел с участием Ассоциации компаний, оказывающих услуги по медицинскому страхованию, – Unimed do Brazil, – располагающей региональными отделениями по всей стране. Так, в деле *Harvida c. Unimed Fortaleza* предприятие Unimed Fortaleza было предъявлено обвинение в злоупотреблении доминирующим положением посредством установления цен на медицинские услуги, оказываемые работающими с ней учреждениями. Так, в деле *Abraspe c. Unimed Campinas* и *Unimed Encosta da Serra* обе названные компании были признаны виновными в навязывании исключających условий контракта. Согласно имеющейся информации Unimed Campinas направляла письма работающим с ней медицинским учреждениям, в которых уведомляла последних о том, что оказа-

ние их работниками услуг предприятиям-конкурентам Unimed Campinas в пределах того же географического рынка будет влечь прекращение работы с такими учреждениями. В ходе административного расследования было установлено, что в пределах рассматриваемого географического рынка с Unimed Campinas работало 42%, а с Unimed Encosta da Serra – 85% медицинских учреждений.

Вопрос. *На каком основании можно признать рассматриваемое поведение злоупотреблением доминирующим положением в форме исключаящего контракта? (Для ответа используйте положения Закона № 9.656/98, согласно которому работники медицинских учреждений вправе поддерживать профессиональные отношения с таким количеством медицинских учреждений, с каким они пожелают, а любые ограничения на занятие любой профессиональной деятельностью, включая деятельность по оказанию медицинских услуг, в том числе в форме исключаящих условий заключаемых медицинскими работниками контрактов, составляют правонарушение по смыслу приведенного закона.)*

Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы

А) На русском языке

На бумажном носителе

Основная литература

1. Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник : в 2 т. – Т. 1 / К.М. Беликова, В.Ю. Ифраимов, М.А. Ахмадова, Ц.А. Буджаева (Бегджиева) и др.; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. – М.: РУДН, 2015. – 595 с.

Дополнительная литература

1. *Беликова К.М.* Законодательные основы осуществления антимонопольными органами контроля за «экономическими

концентрациями» в странах МЕРКОСУР // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 5 (44). – С. 16–18.

2. *Беликова К.М.* Контроль за реорганизацией юридических лиц в форме слияний и присоединении в праве стран МЕРКОСУР // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – Вып. 2. – № 17. – С. 47–55.

3. *Беликова К.М.* Ограничение свободы договора в сфере антимонопольного регулирования // Российский юридический журнал. – 2008. – № 6 (63). – С. 82–90.

4. *Беликова К.М.* Основы гражданского права // Правовое обеспечение профессиональной деятельности: учебное пособие для бакалавров / под ред. проф. А.Я. Капустина. – 2-е изд., перераб. и доп. Сер.: Бакалавр. Базовый курс. – М.: Юрайт, 2013. – С. 145–175 (382 с.).

5. *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – 480 с.

6. *Беликова К.М.* Пределы дозволенного доминирования на рынке и контроль за слияниями и приобретениями крупных партий имущества в БРИКС на примере России, Индии и Южной Африки // Юрист. – 2013. – № 20. – С. 21–26.

7. *Беликова К.М.* Реорганизация юридических лиц в странах Латинской Америки: к вопросу о понятии // Гражданское право. – 2013. – № 4. – С. 17–19.

8. *Беликова К.М.* Слияние и присоединение предприятий в странах Латинской Америки // Российский юридический журнал. – 2012. – № 1 (82). – С. 42–46.

9. *Венедиктов А.В.* Слияние акционерных компаний // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. – Т. I. – М.: Статут, 2004.

10. *Гутерман А.Е.* Основания установления антимонопольных ограничений действия принципа свободы договора в отношениях хозяйствующих субъектов // Юрист. – 2014. – № 15. – С. 38–42.

11. *Еременко В.И.* Антимонопольное законодательство Китайской Народной Республики // Конкурентное право. – 2012. – № 1. – С. 23–28.

12. *Жданов Д.В.* Реорганизация акционерных обществ в Российской Федерации. – М.: Статут, 2001.

13. *Кинев А.Ю.* Административно-правовые основы и организация защиты конкуренции в Российской Федерации: монография. – М.: Элит, 2013.

14. *Кинев А.Ю.* Третий антимонопольный пакет и борьба с картелями // Закон. – 2012. – № 2. – С. 139–147.

15. *Габов А.В., Егорова М.А., Могилевский С.Д. и др.* Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / отв. ред. д.ю.н. М.А. Егорова. – М.: Юстицинформ, 2015. – 656 с.

16. *Лантев В.В.* Предпринимательское право: понятие и субъекты. – М., 1997.

17. *Мозолин В.П.* Законодательство о монополиях и ограничительной торговой практике // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979.

18. Предпринимательское право Российской Федерации: учебник для вузов / под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. – 2-е изд. – М.: Норма, 2012.

19. *Сушкевич А.Г.* Коллективное доминирование: становление института // Хозяйство и право. – 2009. – № 7. – С. 87–94.

20. *Сушкевич А.Г.* Правовая квалификация доминирующего положения в новом антимонопольном законодательстве // Закон. – 2008. – № 2. – С. 25–29.

21. *Тай Ю.* Судебная практика по делам о злоупотреблении доминирующим положением // Корпоративный юрист. – 2012. – № 1. – С. 10–12.

22. *Тарасов И.Т.* Учение об акционерных компаниях / ред. кол.: В.С. Ем, Н.В. Козлова, С.М. Корнеев, Е.В. Кулагина, Д.В. Ломакин, П.А. Панкратов. – М.: Статут, 2000.

Нормативные акты и документы

23. Федерального закона «О защите конкуренции» № 135-ФЗ от 26.07.2006 (ред. от 04.06.2014 с изм. от 21.07.2014) // Российская газета. – 27.07.2006. – № 162.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

24. *Беликова К.М.* Правовая охрана конкурентной среды в странах БРИКС: некоторые новеллы законодательства Бразилии // Вестник международных организаций. – 2012. – № 4. – С. 239–247. URL: <http://iorj.hse.ru/2012--4/70752367.html> (дата обращения: 05.05.2015).

25. *Беликова К.М.* Правовая природа картелей, консорциумов, пулов на примере стран Латинской Америки // Российское конкурентное право и экономика. – 2011. – № 2. – С. 60–64. URL: http://fas.gov.ru/eljournal/eljournal_30898.html (дата обращения: 01.09.2014).

26. *Белобородов М.В.* Сравнительный анализ антимонопольного регулирования стран АТР // Россия и АТР. – 2011. – № 3. – С. 105–112. URL: <http://www.riatr.ru/2011/3/105-112.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

27. *Городов О.А., Пузыревский С.А. и др.* Специализированный журнал «Конкуренция и право». URL: <http://www.cljournal.ru/arhiv> (дата обращения: 02.04.2015).

28. О конкурентном законе. – Китай, 27 февраля 2012. URL: http://www.fas.gov.ru/international-partnership/analytical-materials/analytical-materials_23942.html (дата обращения: 01.09.2014).

29. *Павлов С.А.* Государственный антимонопольный контроль за экономической концентрацией как вид государственного контроля в РФ // Успехи современного естествознания. – 2008. – № 11. URL: <http://www.rae.ru/use/pdf/2008/11/9.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

30. Правительство РФ утвердило 4-й антимонопольный пакет // Фармацевтический Вестник. – 05.09.2014. URL: <http://www.pharmvestnik.ru/publs/lenta/v-rossii/praviteljestvo-rf-utverdilo-4-j-antimonopoljnyj-paket.html#.VННу9cm2l6A> (дата обращения: 23.11.2014).

31. Схема «Контроль за экономической концентрацией». РФ. URL: [base.garant.ru/Федеральный закон>7](http://base.garant.ru/Федеральный_закон_7) (дата обращения: 27.07.2013).

Нормативные акты и документы

32. Закон КНР «О противодействии монополиям», принят 30.08.2007 на 29 заседании Постоянного комитета ВСНП 10-го созыва (Указ Председателя КНР № 68) / пер. П. Бажанова. URL: http://pavel.bazhanov.pro/files/China_Antimonopoly_Law_2007_Russian_translation.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

Б) На иностранном языке

На бумажном носителе

Дополнительная литература

33. *Coelho Fabio*. Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei 8.884/94. – São Paulo: Saraiva, 1995.

34. Competition Law in the BRICS Countries / Regazzini Emch et al. (ed.). – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

35. Market investigation references. Guidance about making of references under Part 4 of the Enterprise Act. Office of Fair Trading, 2002.

36. *Salomão Calixto*. Direito Concorrencial: As estruturas. – São Paulo: Malheiros, 1997.

37. *Whish R., Sufrin B*. Competition Law. – 2nd ed. – Lnd: Butterworths, 1993.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

38. Abuse of dominance and monopolization. OCDE/GD (96)131. – Paris, 1996. URL: <http://www.oecd.org/dataoecd/0/61/2379408.pdf> (дата обращения: 31.07.2014).

39. *Belikova K*. General approaches of BRICS countries legislation and legal order to counteraction against leading anticompetitive market strategies: the case of China, India, Russia and South Africa // Boletín Latinoamericano de Competencia. – May, 2014. – № 35 (extra). – P. 1–35. URL: <http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamericano-de-competencia/2014> (дата обращения: 11.05.2014).

40. *Belikova K.* Dominant Market Position and Prohibition of Abuse of Market Power in BRICS Countries: General Approaches (June 7, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2447332> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2447332> (дата обращения: 15.08.2014).

41. *Belikova K.* Market Structure Control and Restriction of Anticompetitive M&As and «Concentration» of Enterprises' Market Power in BRICS Countries: General Approaches (Asia – China and India, Euro-Asia – Russia and Africa – South Africa – in Focus) (August 15, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2481116> (дата обращения: 15.08.2014).

42. *Ezra Davids, Ashleigh Hale.* South Africa // *The Mergers & Acquisitions Review* / Ed. Simon Robinson. – 5th Ed.. – Ch. 53. – P. 543–554. URL: <http://www.bowman.co.za/FileBrowser/ArticleDocuments/Mergers&AcquisitionsReview-FifthEdition-SouthAfrica.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

43. Federal Antimonopoly Service of Russia (2012). Report on competition policy in 2012. URL: http://en.fas.gov.ru/reports-and-analytics/reports-and-analytics_30982.html (дата обращения: 12.03.2014).

44. *Fernández P., Bonet A.* Fusiones, adquisiciones y control de las empresas. URL: <http://web.iese.edu/PabloFernandez/docs/16.fusionesBonet.pdf> (дата обращения: 01.09.2014).

45. *Forgioni P.A.* Breves notas sobre sicaodominante eseua-buso // *Boletín Latinoamericano de Competencia*. – Marzo, 1998. – № 3-B. – P. 30–49. URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_3_2_es.pdf (дата обращения: 01.09.2014).

46. *Lucia Helena Salgado, Rafael Pinho de Moraes.* The new Brazilian antitrust law: beyond the ba-sics // *Boletín Latinoamericano de Competencia*. – Marzo, 2012. – № 31. – P. 62–69. URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc> (дата обращения: 01.09.2014).

47. Mergers and Acquisitions. URL: <http://www.compcom.co.za/mergers-and-acquisitions/> (дата обращения: 16.08.2014).

48. *Rocha e Silva L.* Law and policy towards vertical restraints of trade: the case of Brazil // *Boletín Latinoamericano de Competencia*. – Febrero, 2000. – № 9. – Parte 2. – P. 34–50. URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_9_2_es.pdf (дата обращения: 22.09.2014).

49. South Africa. September 2004. Revised in October 2005 & February 2006: comments were received from the South African Competition Commission // CUTS International. – P. 279–283. URL: <http://www.competitionregimes.com/pdf/Book/Africa/54-South%20Africa.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

Нормативные акты и документы

50. Competition Act № 89 of 1998, as amended in 2009 // Government Gazette. – 30 October 1998. – № 19412. URL: http://www.saflii.org/za/legis/num_act/ca1998149.pdf (дата обращения: 31.07.2014); <http://www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf>; <http://www.compcom.co.za/assets/Files/Competition-Amendment-Act.pdf> (дата обращения 01.09.2014).

51. Lei № 12.529, de 30 de Novembro de 2011, que «Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica // DOU de 1.11.2011. URL: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm#art128 (дата обращения: 01.09.2014).

52. Lei № 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência), que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências codificada pela Lei n.º 10.149, de 21 de dezembro de 2000. URL: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ed41d127fe14e82afc4ae1> (дата обращения: 31.07.10).

53. South Africa. Competition Act, 1998 (Act № 89 of October 1998, date of commencement of sections 1–3, 6, 11, 19–43, 78, 79, 84 on 30 November 1998. The remaining sections of the Act commenced on 1 September 1999), as amended, 2009 // Government Gazette. – 28 August 2009. – № 32533. – Vol. 530. URL: <http://www.compcom.co.za/assets/Files/pocket-book-2005-R.pdf>; <http://www.compcom.co.za/assets/Files/Competition-Amendment-Act.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

Перечень судебных решений

54. Решения по делам *Sursen v. Shanda* и *Li Fangping v. China Netcom*. Цит. по: *Competition Law in the BRICS Countries*. Regazzini Emch, et al. (ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. P. 189, 190.

Электронные ресурсы

55. Блог о законодательстве Китая. Конкурентное право КНР. URL: http://cnlegal.ru/china_economic_law/china_antitrust_law/feed

56. Законодательство Китая. URL: <http://chinalawinfo.ru>

57. Классика российского права. URL: <http://civil.consultant.ru/elib>

58. Комиссия по конкуренции ЮАР (Competition Commission). URL: <http://www.compcom.co.za>

59. Федеральная антимонопольная службы РФ (ФАС РФ). URL: <http://www.fas.gov.ru>

60. Competition Commission of India. URL: <http://www.cci.gov.in>

61. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). URL: <http://www.cade.gov.br>

62. Ministry of Commerce, People's Republic of China. (MOFCOM). URL: <http://english.mofcom.gov.cn>

Далее. В вопросах развития торгово-экономических отношений на первый план выходят проблемы регулирования договорных отношений, и в частности договора купли-продажи, который, как указывает Н.Г. Вилкова, занимает самое заметное место среди всех видов сделок¹. Важность этих вопросов для БРИКС подчеркивает тот факт, что в целях развития торгового сотрудничества в БРИКС ежегодно проходят собрания министров торговли стран БРИКС, на повестку дня которых выносятся

¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. – Т. I. – М.: Междунар. отношения, 2008. – С. 55.

вопросы о тесном сотрудничестве с ВТО, ЮНКТАД и пр.¹. В условиях динамичного развития правовых систем разных государств было бы невозможно регулировать данные вопросы посредством исключительно национально-правовых механизмов. В настоящее время нормы национального законодательства различных стран не способны обеспечить свободную торговлю в международно-правовом контексте и вытесняются нормами международного права, появившихся в результате процесса унификации частного права, т. е. создания одинаковых, единообразных норм².

Обратимся к исследованию возможности унификации как способа устранения правовых барьеров в международной торговле на примере Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г., Международных торговых терминов (ИНКОТЕРМС). Затем изучим национальные особенности заключения, исполнения и прекращения договора согласно нормам национальных правопорядков стран БРИКС и остановимся на воздействии предписаний специального законодательства (о поддержании и защите конкуренции, о защите потребителей и т. д.) на положения договорного права, конвергенцию положений разносистемных правопорядков стран БРИКС и свободу договора – общий принцип гражданского права.

¹ См. напр.: The Third Meeting of the BRICS Trade Ministers, Durban URL: <http://www.brics.utoronto.ca/docs/130326-trade.html> (дата обращения: 01.09.2014)

² *Беликова К.М.* Унификация договорного права: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30.

Глава 4
**УНИФИКАЦИЯ ДОГОВОРНОГО ПРАВА СТРАН БРИКС
КАК СПОСОБ УСТРАНЕНИЯ ПРАВОВЫХ БАРЬЕРОВ
В МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛЕ**

Исторически возникшие различия в концепциях договора, сложившихся в странах *common law* и странах континентальной системы права, подвергаются ныне действию динамичных унификационных процессов¹.

В целях преодоления процесса конклюдентных действий и достижения быстрой договоренности на заранее определенных условиях любая организация стремится к созданию каких-либо типовых договоров. Именно с целью создания единого правового регулирования и происходит процесс унификации частного права, осуществляемый такими институтами, как УНИДРУА (международный институт унификации частного права), ЮНСИТРАЛ (комиссия ООН по праву международной торговли), ЮНКТАД (конференция ООН по торговле и развитию), Международная торговая палата и др. Под эгидой этих организаций и институтов были созданы международно-правовые документы, регулирующие некоторые вопросы договора купли-продажи, однако по отношению к такому объединению как БРИКС существует ряд специфических особенностей, которые будут рассмотрены далее.

Наибольшее влияние на унификацию частного права имеют международные договоры, международные обычаи и источники мягкого права. К ним относятся:

– Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (United Nations Convention on Cont-

¹ См., напр.: *Беликова К.М.* Принципы европейского договорного права: сочетание подходов континентальной и общей системы права // Сравнительное право. Частноправовое регулирование имущественного оборота в разнотипных правовых системах / под ред. В.В. Безбаха, В.П. Серегина, Т.П. Данько. – М.: ГОУ ВПО «РЭА им. Г.В. Плеханова», 2009. – С. 223–230 (452 с.) и др.

racts for the International Sale of Goods, далее – CISG, Конвенция 1980 г.)¹;

– Международные торговые термины (или ИНКОТЕРМС, от англ. INCOTERMS – International Commercial Terms).² На сегодняшний день актуальной редакцией ИНКОТЕРМС является редакция 2010 г.³;

– Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 1994 г. (Принципы УНИДРУА, от англ. – UNIDROIT Principles)⁴, в настоящее время действуют в редакции 2010 г.⁵.

Рассмотрим их в контексте создания посредством их применения контрагентами из стран в БРИКС унификационного эффекта. Начнем с Конвенции 1980 г.

¹ Vienna, 11 April 1980, S. Treaty Document Number 98-9 (1984), UN Document Number A/CONF 97/19, 1489 UNTS 3. – N. Y., 2010. United Nations Publication. Sales № E.10.V.14. ISBN 978-92-1-133699-3 URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (дата обращения: 25.01.2015).

² Гражданское и торговое право капиталистических стран / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980. – С. 233. О предыдущей редакции ИНКОТЕРМС 2000 г. см., напр.: *Телицин В.М.* Особенности правового регулирования купли-продажи в международном обороте // Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР. – С. 346–350.

³ The new Incoterms® 2010 rules. URL: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010> (дата обращения: 16.09.2014); New INCOTERMS effective January 1, 2011. URL: http://www2.miq.com/cms/resource_library/files/7f52c8f0b02d4aff/incoterms_2010.pdf (дата обращения: 16.09.2014).

⁴ См.: *Беликова К.М.* Унификация договорного права: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30.

⁵ The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (the 2010 edition). A/67/17. Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-fifth session (25 June-6 July 2012). General Assembly Official Records. Sixty-seventh session. Supplement № 17. URL: <http://www.unidroit.org/english/news/principles2010-un-en.pdf> (дата обращения: 16.09.2014).

4.1. Страны БРИКС и Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

Отмечается, что эта Конвенция представляет собой универсальный международный договор, призванный унифицировать вопросы регулирования договора купли-продажи между участниками торгового оборота в мире, и является на сегодняшний день самым эффективным источником среди подобных¹. На январь 2015 г. ее участниками являются 83 государства. Среди стран БРИКС данная конвенция ратифицирована тремя государствами: Россией, Китаем и Бразилией².

Разумеется, эта Конвенция 1980 г. является не единственным источником подобного рода. До того, как в 1968 г. ЮНСИТРАЛ начала работу над созданием этого документа, уже были попытки, например, со стороны УНИДРУА унифицировать нормы частного права, касающиеся регулирования купли-продажи, что привело к принятию в 1964 г. двух Гаагских конвенций: Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров³ и Конвенции о заключении договоров международной купли-продажи⁴. Эти и ряд других конвенций не встретили широкого отклика у мирового сообщества и были ратифицированы лишь небольшим числом государств, среди которых нет ни одного из числа стран БРИКС, поэтому российские и зарубежные правоведы М.Г. Розенберг, А.С. Комаров, Adler Mar-

¹ Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦЭФР, 2004. – С. 344.

² См.: Status. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (дата обращения: 25.01.2015).

³ Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods. (The Hague, July 1, 1964). URL: <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (дата обращения: 25.01.2015).

⁴ Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods. (The Hague, July 1, 1964). URL: <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulfc-1964-en> (дата обращения: 25.01.2015); *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. – М.: Статут, 2002. – С. 314 (511 с.).

tins, Pedro Gustavo Gomes Andrade, Renato Schweizer¹ и др. отмечают исключительную важность именно Венской конвенции 1980 г.

Эта Конвенция состоит из 4 частей (parts):

- 1) сфера применения и общие положения;
- 2) заключение договора;
- 3) купля-продажа товаров;
- 4) заключительные положения.

В свою очередь, ч. 3 разделена на 5 глав:

- 1) общие положения;
- 2) обязательства продавца;
- 3) обязательства покупателя;
- 4) переход риска;
- 5) положения общие для обязательств продавца и покупателя.

теля.

Кратко остановимся на основных положениях Конвенции.

Преамбула Конвенции устанавливает основополагающие принципы и убеждения, на которых основываются положения Конвенции, такие как: равенство и взаимная выгода и убеждение в том, что принятие единообразных норм, регулирующих договоры международной купли-продажи товаров и учитывающих различные общественные, экономические и правовые системы, будет способствовать устранению правовых барьеров в международной торговле и содействовать развитию международной торговли.

Конвенция называет сферой своего применения:

а) отношения между коммерческими предприятиями (places of business), находящимися в разных государствах, если они выступают договаривающимися государствами (when the States are Contracting States);

б) отношения, при которых положения и правила, установленные международным частным правом, влекут за собой применения права договаривающегося государства (when the rules

¹ *Adler Martins, Pedro Gustavo Gomes Andrade, Renato Schweizer. International contracts within the BRIC. URL: <http://www.slideshare.net/Adlermartins/international-contracts-within-the-bric> (дата обращения: 25.01.2015).*

of private international law lead to the application of the law of a Contracting State).

Именно это положение имеет принципиальное значение, по нашему мнению, для БРИКС, так как три из пяти стран БРИКС ратифицировали эту Конвенцию, о чем будет сказано чуть позже.

В ст. 2 данной Конвенции означен достаточно широкий перечень условий, когда она не применяется, например, в отношении:

- a) товаров для личного, семейного или домашнего использования (за исключением случаев, когда продавец не знал или не мог знать о целях купли-продажи);
- b) товаров, проданных с аукциона;
- c) в порядке исполнительного производства или иным образом в силу закона;
- d) фондовых бумаг, акций, обеспечительных бумаг, оборотных документов и денег;
- e) судов водного, воздушного транспорта и на воздушной подушке;
- f) электроэнергии.

Кроме того, Конвенция не применяется к договорам (ст. 3), в которых обязательства стороны, поставляющей товары, состоят в выполнении работы (supply of labour) или иных услуг (other services). Конвенция также не регулирует отношения, связанные со страхованием, перевозкой, таможенными вопросами и пр., – такое регулирование может осуществляться с помощью названных выше условий поставки ИНКОТЕРМС.

Следующие части Конвенции – ч. 2 и 3 – не связаны друг с другом, и государство, ратифицировавшее конвенцию, может сделать оговорку о том, чтобы в отношении него применялась только одна из частей¹. Применительно к России, Бразилии и Китаю отметим, что в этих странах Конвенция 1980 г. действует в полном объеме, но с оговорками, о которых речь пойдет ниже.

¹ *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Статут, 2006. – С. 28.

Часть 2 Конвенции, как отмечалось выше, регламентирует вопросы заключения договора купли-продажи. Для заключения договора необходимо предложение заключить его – *оферта* и согласие на это предложение – *акцепт*.

Оферта может быть сделана как конкретному лицу, так и не определенному кругу лиц. Причем Конвенция 1980 г. закрепляет ряд условий, которым должно соответствовать предложение, чтобы считаться офертой: оно должно быть достаточно определенным и содержать намерение оферента считать себя связанным обязательством в случае акцепта. Оферта может быть отозвана, если сообщение об отзыве оферты пришло адресату раньше оферты (даже в случае безотзывности последней) или же до получения акцепта (данный способ не действует в случае, если оферта является безотзывной).

Акцепт – согласие лица заключить договор. Он не может быть выражен молчанием или бездействием, однако может проявляться в виде конклюдентных действий. При этом важно заметить, что акцепт на новых условиях признается встречной офертой и не может рассматриваться как акцепт, за исключением случаев, когда эти условия не меняют существенно условия договора. Акцепт можно отозвать, известив противоположную сторону ранее получения акцепта или же до его вступления в силу (если в нем был установлен срок), – в противном случае договор считается заключенным. Договор согласно положениям Конвенции 1980 г. считается заключенным в момент получения акцепта оферентом (ст. 18, 23).

Часть 3 Конвенции 1980 г. регламентирует права и обязанности сторон.

Открывают ее положения о нарушении (breach of contract – ст. 25), изменении и прекращении договора: договор может быть изменен или прекращен по соглашению сторон (A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties – ст. 29).

Обязанности продавца по Конвенции 1980 г.:

- 1) поставка товара (deliver of the goods);
- 2) передача относящихся к товару документов (hand over any documents relating to goods);
- 3) передача права собственности на товар (transfer the property in the goods).

Если продавец не должен поставить товар в определенном месте, то его обязательство заключается:

а) в передаче товара первому перевозчику, что будет являться надлежащей передачей покупателю, в том случае, если договор купли-продажи предусматривает перевозку;

б) в предоставлении покупателю товара в месте изготовления, производства или нахождения товара, если условия не подпадают под условия, обозначенные в предыдущем пункте;

с) в передаче покупателю товара в том месте, где находится коммерческое предприятие продавца (ст. 31).

В случае указания в договоре обязанности перевозки, продавец должен заключить все необходимые договоры, связанные с перевозкой товара.

Если продавец не обязан застраховать товар, то он передает покупателю всю информацию, необходимую для страхования.

Кроме того, в договоре может быть указана дата или период поставки, необходимые к соблюдению.

Конвенция 1980 г. также содержит положения о качестве товара, упаковке, таре, комплектности, об ответственности за ненадлежащее качество товара, неправильную упаковку и пр. Однако если покупатель не делает извещения продавцу в разумные сроки или в течение 2 лет, то он утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, о чем указано в ст. 39 Конвенции 1980 г. При этом, если покупатель знал или не мог не знать о каком-либо несоответствии, то продавец не несет ответственности за такое несоответствие (ст. 35 Конвенции 1980 г.).

Вместе с тем, продавец обязан предоставить товар свободным от притязаний третьих лиц (ст. 41, 42), а при наличии таких притязаний, – продавец должен известить о них покупателя в разумный срок. В противном случае он не будет иметь права ссылаться на это обстоятельство в дальнейшем.

В случае нарушения договора продавцом, согласно положениям Конвенции 1980 г. покупателю предоставляются следующие средства правовой защиты (разд. III гл. 2 Конвенции):

1) воспользоваться правами, предоставляемыми ст. 46–52 настоящей Конвенции;

2) требовать возмещения причиненных ему убытков (claim damages) согласно ст. 74–77 настоящей Конвенции. Договор может быть расторгнут, если имело место существенное нарушение его положений (fundamental breach of the contract – ст. 51) и т. д.

К обязанностям покупателя относят обязанность уплатить цену и принять исполнение (ст. 53 и сл., 60). Цена может определяться как договором, так и быть рассчитана, например, из такого показателя товара как его вес, при наличии сомнений за единицу расчета следует брать вес нетто (ст. 56).

В случае, если покупатель должен предоставить информацию относительно характеристик товара, но не делает этого в разумный срок, продавец сам составляет спецификацию и извещает об этом покупателя, который в разумный срок может составить свою спецификацию.

Что касается перехода риска, то риск утраты имущества переходит на покупателя в случае, когда продавец передал товар покупателю (если только утрата имущества не вызвана действиями продавца) или передал его первому перевозчику, если иное не установлено договором, причем такая утрата не освобождает покупателя от уплаты цены. Кроме того, если договором установлен срок и место, где он должен быть исполнен, то в этом месте и в этот срок будет произведен переход риска с продавца на покупателя.

В случае нарушения договора покупателем, согласно положениям Конвенции 1980 г. продавцу предоставляются следующие средства правовой защиты (разд. III гл. 3 Конвенции):

1) воспользоваться правами, предоставляемыми ст. 62–65 настоящей Конвенции;

2) требовать возмещения причиненных ему убытков (claim damages) согласно ст. 74–77 настоящей Конвенции.

Конвенция 1989 г. также регулирует вопросы предвидимого нарушения договора (anticipatory breach – ст. 71–71), например, неплатежеспособности покупателя. В случае такой неплатежеспособности, продавец может приостановить выполнение своих обязанностей или воспрепятствовать получению товара покупателем.

Когда заведомо ясно, что сторона нарушит свои обязательства, то договор можно расторгнуть. При этом в случае нару-

шений своих обязательств, стороны могут требовать возмещения убытков, а также упущенную выгоду, за исключением тех убытков, которые разумно было предвидеть.

При неисполнении обязательств по причинам, независящим от воли сторон, сторона, нарушившая обязательство, освобождается от ответственности, но согласно положениям Конвенции, она обязана известить другую сторону о возникновении непредвиденных препятствий.

Конвенция регулирует и вопросы, связанные с расторжением договора. Так, при расторжении договора стороны освобождаются от своих обязанностей, но вправе требовать возмещения убытков у противоположной стороны, а также возврата уже исполненной или уплаченной части. Если покупатель не может вернуть товар в первоначальном виде, то он не может расторгнуть договор. В свою очередь продавец возвращает цену товара, а также проценты от этой цены. Продавец может удерживать товар, пока его расходы не будут компенсированы, в случае просрочки уплаты цены, но при этом продавец обязан принимать меры для сохранения товара. Разумеется, это лишь краткий очерк положений Конвенции 1980 г.¹

Следует сказать, что существует ряд проблем, связанных с применением данной Конвенции странами БРИКС. Рассмотрим их.

Первая проблема, связанная с действием данной Конвенции в БРИКС, уже упоминалась выше. На сегодняшний день ее ратифицировали лишь три страны-участницы БРИКС: Россия, Китай и Бразилия, причем в последней Конвенция действует лишь с 2014 г. Ситуация усугубляется тем, что эти страны присоединились к конвенции с оговорками. Китай присоединился к данной Конвенции в декабре 1986 г. со следующей оговоркой: Венская Конвенция о договорах купли-продажи товаров может применяться только в том случае, если другое государство, являющееся государством нахождения контрагента договора, также ратифицировало данную Конвенцию. Таким образом,

¹ *Старцев Д.Д.* Страны БРИКС и Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.: общие вопросы применения // Законодательство и экономика. – 2015. – № 3. – С. 60–66.

еще до совсем недавнего времени применение Конвенции китайской стороной со странами из числа БРИКС было возможно лишь с Россией. Сейчас ситуация немного улучшилась, так как к этому списку добавилась еще и Бразилия.

Сама же Конвенция 1980 г. в пп. (b) п. ст. 1 допускает применение Конвенции, если хотя бы одна сторона является ее участницей, тем не менее, как отмечают такие авторы как Адлер Мартинс, Петер Шлехтрим и др., данное положение вызвало значительное неодобрение при принятии Конвенции, вследствие чего было разрешено сделать оговорку в отношении данной статьи¹, чем и воспользовался Китай.

Используя положения ст. 95 этой же Конвенции, Китай сделал в отношении ст. 1 такую оговорку, которая практически исключала применение унифицированных правил регулирования договора купли-продажи (по Конвенции) в странах БРИКС, усложняя сотрудничество между этими странами дополнительными ненужными преградами.

Соответственно, при возникновении споров между сторонами из Китая и ЮАР, Китая и Индии перед судом будет вставать вопрос о том, какое законодательство использовать. Как известно, выбор законодательства может быть определен в договоре (арбитражная оговорка), путем договоренности уже после заключения договора, а также самим судом.

Отметим в этой связи, что в настоящее время сложности в этом плане возникают даже между государствами-участниками Конвенции 1980 г., входящими в БРИКС. Не зря поэтому отмечают, что для договора международного характера одним из самых сложных вопросов является определение права, применимого к договорным обязательствам, и этот вопрос всегда находится в центре внимания в международном частном праве². Приведем пример.

¹ *Schlechtriem P.* Requirements of application and sphere of applicability of the CISG // *Victoria University of Wellington Law Review.* – 2005. – № 4. – P. 783.

² *Люй Цзин.* Право, применимое к договорным обязательствам по российскому и китайскому международному частному праву: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2010. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1366499> (дата обращения: 16.09.2014).

Согласно положениям ГК РФ стороны договора, где одна из сторон – иностранный участник, вправе выбрать право, применимое к правам и обязанностям из такого договора, при условии, что это не затрагивает действия императивных норм законодательства РФ (ст. 1186, 1192). При этом согласно п. 1–3 ст. 1211 ГК РФ в случае, если стороны не договорились о подлежащем применению праве, к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Такой стороной, признается (если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела) сторона, являющаяся продавцом – в договоре купли-продажи, арендодателем – в договоре аренды; перевозчиком – в договоре перевозки; хранителем – в договоре хранения; комиссионером – в договоре комиссии; агентом – в агентском договоре и пр.

Таким образом, исходя из этих положений, в случае, когда одной из сторон является российский контрагент, можно применить рассматриваемую Конвенцию. Что касается права Индии, то стороны также свободны при выборе применимого права в отличие от Бразилии, где такой свободы нет, – выбор падает на право стороны акцептанта¹. Однако если спор, возникший из такого договора, будет рассматриваться в суде Индии, иностранное право будет служить лишь одним из фактических обстоятельств, подлежащих доказыванию. Это связано с тем, что для стран об-

¹ *Коста Лазота Лукас Агусто*. Договор международной купли-продажи: применимые нормы по праву Российской Федерации и Бразилии // Сборник докладов выпускников магистратуры кафедры гражданского и трудового права РУДН «Актуальные проблемы гражданского процесса» (10 апреля 2013 г.). URL: <http://www.nauka-pravo.com/blogs/blog-rudn-mezhdunarodnoe-chastnoe-pravo/dogovor-mezhdunarodnoi-kupli-prodazhi-primimye-normy-po-pravu-rosiiskoi-federaci-i-brazili.html> (дата обращения: 30.06.2013).

щего права (например, США, Великобритании) традиционным является квалификация иностранного права как факта¹.

Что касается Китая, то в китайском коллизионном праве, возникшем в последней четверти XX в., при определении обязательственного статута международной коммерческой сделки главенствует субъективный подход – «принцип автономии воли сторон», – а «принцип наиболее тесной связи» играет вспомогательную роль, что, как отмечается², отвечает требованиям справедливости и правосудия: с одной стороны, в юридическом смысле все правовые системы равны между собой, но с другой стороны, в содержательном аспекте они отличаются, подчас серьезно, друг от друга и стороны вправе выбрать правовую систему, которая устраивала бы обе стороны и отвечала реальной необходимости регулирования их договорных отношений. Такая несогласованность подходов выступает фактором, негативно влияющим, по нашему мнению, на процесс унификации.

Далее. И Россия, и Китай, и Бразилия сделали к Конвенции 1980 г. оговорку по отношению к ст. 11, основанную на ст. 96 этой Конвенции. Суть ее сводится к признанию ничтожной устной формы договора купли-продажи. Таким образом, договор купли-продажи в международном частном праве может быть только письменным³. Гораздо либеральнее к этому вопросу подходит Индия, где договор купли-продажи может быть заключен в любой форме, и ЮАР, где договор купли-продажи тоже может быть заключен как устно, так и письменно, а также частично устно, частично письменно.

С учетом описанного положения дел и опираясь на тесное сотрудничество стран БРИКС, развиваемое в последнее время,

¹ Тимохов Ю.А. Иностранное право: «факт» или «право» // Иностранное право в судебной практике. – М.: Волтерс Клувер. – 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z184_page_10.html (дата обращения: 28.08.2013).

² Люй Цзин. Цит. соч.

³ *Alberto de Campos Cordeiro Neto, Gisely Moura Radael, Luiz Felipe Calábria Lopes*. Brazil and the accession to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Advantages and disadvantages. September 2011. URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/neto-radael-lopes.html> (дата обращения: 25.01.2015).

некоторые авторы, исследующие этот вопрос¹, удивлены тем, что до сих пор нет ни одного международного договора, созданного в духе Венской Конвенции 1980 г., унифицирующего правила взаимной купли-продажи.

Следующей важной проблемой является проблема восполнения пробелов Конвенции. Так, Конвенция 1980 г. не охватывает ряд важных вопросов: действительность договора, неустойка при нарушении договора, ответственность продавца за причиненные товаром вред здоровью или смерть, вопросы исковой давности, вопросы арбитража, кроме того, как уже указывалось выше Конвенция в ст. 2 исключает из своего предмета довольно обширный круг общественных отношений². Некоторые из этих вопросов регулируются другими международными актами (например, Конвенцией об исковой давности в международной купле-продаже товаров и протоколом к ней). В основном же регулирование осуществляется внутренним законодательством стран, их национальными правовыми порядками, и здесь возникают еще вопросы: когда нужно использовать внутригосударственное право и как урегулировать спор без отсылки к нему? В связи с этим видный российский правовед А.С. Комаров в своей работе «Восполнение пробелов Венской конвенции при разрешении споров»³, во-первых, указывает на невозможность решения данной проблемы в отрыве от практики международных судов. Таким образом, восполнить вышеуказанные пробелы Конвенции 1980 г. можно с помощью прецедентного права по текстам ЮНСИТРАЛ (case law on UNCITRAL). В настоящее время это наиболее репрезентативный материал по вопросам применения Конвенции 1980 г.; во-вторых, он полагает необходимым применять общие принципы Принципов между-

¹ *Adler Martins, Pedro Gustavo Gomes Andrade, Renato Schweizer. Op. cit.*

² Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦЭФР. 2004. – С. 345.

³ *Комаров А.С. Восполнение пробелов Венской конвенции при разрешении споров (Доклад на конференции в Торгово-промышленной палате Российской Федерации 8 декабря 2005 г.) // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 3. – С. 7–14.*

народных коммерческих договоров УНИДРУА, как основу регулирования договоров купли-продажи в случае неразрешимых ситуаций. Представляется, что такой подход не решит всех проблем и не устранил все пробелы Конвенции 1980 г., однако может существенно облегчить ее применение.

Учитывая вышеизложенное, становится понятно, что регулирование купли-продажи в БРИКС сложно назвать полностью унифицированным и не имеющим недостатков, однако уже имеющаяся Конвенция и возможность ее применения в этих странах имеет больше положительный оттенок для торговли между этими странами, нежели отрицательный.

Разумеется, такой подход к регулированию купли-продажи является наиболее верным, так как снимает преграды между сторонами из разных стран по поводу содержания договоров купли-продажи и их условий. Именно поэтому на практике остается наиболее предпочтительным использование вышеназванного акта унификации. Одной из основных проблем для БРИКС в этом плане остается оговорка Китая, которая в определенной мере тормозит процесс унификации в данном объединении.

4.2. Применение в БРИКС ИНКОТЕРМС 2010 г.

В отличие от Венской Конвенции 1980 г., не ратифицированной двумя государствами БРИКС, Международные торговые термины (ИНКОТЕРМС) признаются и применяются всеми пятью странами.

ИНКОТЕРМС – это сборник торговых обычаев и обыкновений, выраженных в специальных обозначениях (терминах), определяющих базисные условия поставки товаров в договоре купли-продажи (определение цены, распределение обязанностей сторон по поставке, перевозке, предоставлению документов, страхованию, определение момента выполнения обязанностей, передачи товара, перехода риска и пр.)¹. ИНКОТЕРМС

¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. – Т. I. – М.: Междунар. отношения, 2008. – С. 71.

восполняют пробелы Конвенции 1980 г. в части поставки товаров, таможенных вопросов и пр. Существует несколько редакций ИНКОТЕРМС – 1936, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 и 2000 гг.¹. В настоящее время актуальной редакцией ИНКОТЕРМС является свод ИНКОТЕРМС 2010 г., содержащий 11 торговых терминов. Существование более новой редакции не исключает возможности применения ИНКОТЕРМС предыдущих редакций. При выборе ИНКОТЕРМС стороны в договоре указывают на их использование, указывая какую именно редакцию следует применять к договору. Условия ИНКОТЕРМС могут быть дополнены условиями договора, если того пожелают стороны, а в случае наличия противоречий между условиями ИНКОТЕРМС и условиями договора предпочтение отдается условиям договора.

Согласно ИНКОТЕРМС 2010 г., торговые термины разделены на две группы. В первую входят правила для любого вида (-ов) транспорта. К ним относятся:

- **EXW** – *Ex Works* – Франко завод;
- **FCA** – *Free Carrier* – Франко перевозчик;
- **CPT** – *Carriage Paid to* – Перевозка оплачена до;
- **CIP** – *Carriage and Insurance Paid to* – Перевозка и страхование оплачены до;
- **DAT** – *Delivered at Terminal* – Поставка на терминале;
- **DAP** – *Delivered at Place* – Поставка в месте назначения;
- **DDP** – *Delivered Duty Paid* – Поставка с оплатой пошлин.

Во вторую группу входят правила для морского и внутреннего водного транспорта. К ним относятся:

- **FAS** – *Free Alongside Ship* – Свободно вдоль борта судна;
- **FOB** – *Free on Board* – Свободно на борту;
- **CFR** – *Cost and Freight* – Стоимость и фрахт;
- **CIF** – *Cost Insurance and Freight* – Стоимость, страхование и фрахт.

В то же время несмотря на новое деление по сравнению с ИНКОТЕРМС 2000 г., в части деления на категории сохранилась старая структура деления на 4 группы:

- 1) категория **E** (EXW);

¹ Розенберг М.Г. Цит. соч. – С. 31.

- 2) категория **F** (FCA, FAS, FOB);
- 3) категория **C** (CFR, CIF, CPT, CIP);
- 4) категория **D** (DAT, DAP, DDP).

По сравнению с ИНКОТЕРМС 2000 исчезли термины DAF, DES, DEQ и DDU, вместо них были введены термины DAT и DAP. Рассмотрим каждый из терминов подробнее.

EXW – термин предполагающий, что продавец выполнил свои обязательства при передаче товара на месте своего предприятия, склада, фабрики и пр. В данном случае продавец освобождается от таможенных, страховых и прочих формальностей. Все это ложится на плечи покупателя, то есть на продавца лежит минимум обязательств, связанных с транспортировкой, страхованием и т. д. Если же покупатель не в состоянии произвести перевозку самостоятельно, то следует применить термин FCA.

Говоря о терминах второй категории нужно сразу отметить, что они используются только в отношении морских перевозок и внутреннего водного транспорта.

FCA (франко перевозчик) означает, что продавец доставит товар, прошедший таможенную очистку в согласованное с покупателем место, причем в случае, если этим местом является предприятие продавца, то тот несет ответственность за отгрузку товара, и наоборот, в случае, если местом выбрано любое иное место, то ответственность продавец нести не будет. Данный термин позволяет использовать любой вид транспорта, включая смешанные перевозки. Если покупатель доверяет перевозку товара не перевозчику (перевозчиком называется лицо, с которым заключается гражданско-правовой договор о перевозке товара), а другому лицу, то покупатель считается исполнившим обязательства в момент передачи товара перевозчику.

FAS (свободно вдоль борта судна) предполагает исполнение обязательств продавца в момент, когда товар размещен вдоль борта судна, после этого все риски и расходы несет уже покупатель. При этом на продавца ложатся обязанности по очистке товара от экспортных пошлин, что должно быть отражено в условиях договора (так как до ИНКОТЕРМС 2010 г. и ИНКОТЕРМС 2000 г. такого положения не было).

FOB (франко борт / свободно на борту) схож с термином FAS, однако переход рисков и исполнение обязанностей продавца происходит в момент передачи товара через поручни судна. Важно, что если стороны не намерены таким образом осуществлять передачу товара, то ИНКОТЕРМС 2010 г. рекомендует использовать термин FCA.

CFR (стоимость и фрахт) данный термин моментом осуществления передачи товара называет также переход товара через поручни судна, однако риски и дополнительные выплаты ложатся на покупателя после отгрузки товара. При этом экспортные пошлины уплачиваются продавцом.

CIF (стоимость, согласование, фрахт) схож с CFR с той лишь разницей, что продавец также осуществляет страхование товара во время перевозки и прочие связанные с этим договоры. ИНКОТЕРМС 2010 г. рекомендует использовать CIP вместо CIF, если стороны не намерены определить моментом осуществления обязанностей продавца момент перехода товара через поручни судна.

CPT (перевозка оплачена до согласованного пункта назначения) предполагает передачу товара названному перевозчику с оплатой его услуг, при этом после передачи товара перевозчику покупатель несет все риски и дополнительные расходы, возникающие после передачи товара. Данный термин входит в первую категорию – перевозки осуществляемые любым видом транспорта. При этом в случае смешанной перевозки риски переходят на покупателя во время передачи товара первому перевозчику.

CIP (перевозка и страхование оплачены до согласованного пункта назначения) предполагает то же самое, что CPT, с той лишь разницей, что продавец обеспечивает страхование товара в связи со случайной гибелью или повреждением имущества за свой счет. Данный термин также используется для всех видов транспорта с теми же условиями, что и CPT.

DAT (поставка на терминале) термин, заменяющий более узкий, ранее связанный лишь с морскими перевозками термин DEQ (по ИНКОТЕРМС 2000 г.) означает, что продавец осуществляет поставку в тот момент, когда товар предоставлен покупателю в согласованном терминале, порту или ином мес-

те. Риски до этого пункта несет продавец. Соответственно термин DEQ подразумевал то же самое, но относился к категории перевозок исключительного морского типа. Товар по данной категории не освобождается от таможенных пошлин продавцом, это прерогатива покупателя. Основным и главным отличием от DEQ остается то, что по данной категории продавец может использовать любой транспорт или смешанную перевозку.

DAF (поставка в пункте) термин, заменяющий ранее используемые в ИНКОТЕРМС 2000 г. термины DAF, DES и DDU более широким толкованием. Термин означает, что продавец выполняет свои обязанности в тот момент, когда покупатель получает в распоряжение товар на пребывавшем транспортном средстве, готовым к разгрузке в согласованном месте. Продавец несет все риски, связанные с доставкой товара. Данный термин предполагает выполнение продавцом таможенных формальностей для вывоза, но не для ввоза. Если стороны намереваются возложить обязанности уплаты импортных пошлин на продавца, то лучше использовать термин DDP. При использовании данного термина возможна перевозка любым транспортным средством.

DDP (поставка с оплатой пошлин с указанием места назначения) представляет собой термин похожий на DAF с той разницей, что продавец полностью освобождает товар от таможенных формальностей. Данный термин связывает продавца обязательствами наиболее полно, в отличие от термина EXW, где на продавца возлагаются минимум обязанностей.

Сейчас можно констатировать, что ИНКОТЕРМС, созданные в 1936 г. с целью предоставить коммерсантам согласованный набор международных правил толкования наиболее часто используемых торговых терминов, отражающих самые распространенные в международной торговле коммерческие условия, с тех пор пересматривались и обновлялись, следуя за развитием практики международной торговли. ИНКОТЕРМС представляет собой практичный сборник торговых обычаев, дополняющих Конвенцию 1980 г., что, безусловно позитивно сказывается на унификации частного права в мире и в БРИКС.

4.3. БРИКС и Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 г.

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА, Принципы) создают основу правового регулирования коммерческих договоров в мире, отношения в сфере международной торговли. Этот документ (свод предписаний), впервые опубликованный в 1994 г., является примером одного из современных подходов в регулировании международных общественных отношений. Основная задача, стоявшая перед разработчиками Принципов УНИДРУА и достигнутая ими, заключалась в создании универсальных правил ведения международной торговли, признаваемых во всех странах мира. Создателями Принципов выступили выдающиеся ученые и правоведы разных стран мира, хорошо знающие специфику национального правового регулирования в рассматриваемой сфере. Ввиду этого, Принципы УНИДРУА зачастую используются национальными судами и коммерческими арбитражами в качестве аргументации выносимых ими решений как по транснациональным, так и по внутренним спорам.

Так, многие отечественные исследователи, среди которых А.С. Комаров, М.Г. Розенберг и А.В. Кукин, отмечают, что в настоящее время суды все чаще ссылаются на Принципы УНИДРУА как на основополагающие начала, способные восполнить некоторые пробелы Венской Конвенции 1980 г.¹

Принципы являются источником так называемого «мягкого» права (*soft law*), т. е. не являются юридически обязательными, представляя собой источник рекомендательного характера, не обеспеченного никакими административными механизмами воздействия².

¹ См., напр.: Кукин А.В. Практика применения принципов УНИДРУА // Законодательство и экономика. – 1999. – № 12. URL: http://www.yust.ru/ru/publications/item.shtml?item_29 (дата обращения: 28.09.2013).

² Подробнее о *soft law* см.: Безбах В.В., Беликова К.М. «Принципы Европейского договорного права» и учение о *lex mercatoria* и *soft law* // Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные институты): учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К.М. Беликовой. – М.: Изд-во УДН, 2011. – С. 123–130.

Многие отечественные правоведы-международники, такие как М.Н. Копылов¹, Р.М. Валеев², высказывают главную мысль по поводу источников «мягкого» права: это инструмент наиболее динамичного и быстрого развития права, так как государства не чувствуют себя связанными обязательствами по поводу выполнения данных источников. Это утверждение кажется справедливым в свете того факта, что Конвенция 1980 г., являющаяся источником «твёрдого» права, не была ратифицирована Индией и ЮАР, даже при ее гибких условиях применения, вытекающих из ст. 6 и 12. Вместе с тем, справедливости ради, стоит отметить, что, с другой стороны, именно этот подход к ее применению и сделал ее столь популярным источником для многих государств³. Необходимо также отметить, что при создании Принципов разработчики смогли устранить важную проблему – «институт оговорок», применяемых государствами с целью исключить действие определенных норм.

Принципы УНИДРУА характеризуются легким способом применения: оно напрямую зависит от воли сторон. Необходимо указать на то, что применяются Принципы в соглашении, – путем указания на использование Принципов как таковых или на использование *lex mercatoria*, или путем отсылки к применению Принципов с использованием иных словосочетаний⁴.

Кроме того, к Принципам можно обращаться и без отсылки в договоре, например, в случае отсутствия соглашения сторон о применимом праве. Принципы также могут использоваться для «толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов»⁵, и для толкования национального законо-

¹ Копылов М.Н. Место норм «мягкого права» в системе международного экологического права // Международное право – International law. – 2005. – № 4 (24). – С. 35.

² Валеев Р.М., Курдюков Г.И. Международное право общая часть: учебник. – М.: Статут, 2011. – С. 38.

³ Кукин А.В. Соотношение Принципов УНИДРУА и Венской Конвенции международной купли-продажи товаров // Законодательство и экономика. – № 4. – 2000. – С. 46–50.

⁴ Розенберг М.Г. Цит. соч. – С. 33.

⁵ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. Преамбула. URL: <http://www.unidroit.org/English/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf> (дата обращения 19.09.2013).

дательства. Например, в случае столкновения норм национального законодательства (к примеру, при столкновении положений законодательства России и Бразилии о применимом праве). Так, согласно российскому законодательству применительно к договору при отсутствии соглашения о применимом праве подлежит применению право страны продавца (ст. 1211 ГК РФ), а по бразильскому – право страны, куда была отправлена оферта.

Как упоминалось выше, Принципы УНИДРУА не подлежат ратификации государствами, то есть могут использоваться в договорах между любыми сторонами (коммерсантами) из разных стран, в отличие от, например, Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Так, Индия и ЮАР – страны, не ратифицировавшие Венскую конвенцию 1980 г., – могут использовать Принципы УНИДРУА, а также вышеупомянутые ИНКОТЕРМС, что представляется на сегодняшний день наиболее верным в свете унификации частного права, во всем мире. Что касается России, судебная практика МКАС в некоторых своих решениях, например, от 27.07.99 по делу № 302/1996, от 06.09.02 по делу № 217/2001 и др.¹ ссылается на принципы УНИДРУА, делая этот документ все более универсальным. Мировая судебная практика знает немало случаев использования принципов УНИДРУА, в случаях, когда Конвенция 1980 г. молчит, – например, в вопросах расчетов процентных ставок и пр.²

Самая важная роль, которую выполняют Принципы УНИДРУА, это квалификация правовых понятий. Во-первых, вырабатывается единый понятийный аппарат в сфере международной торговли, а, во-вторых, Принципы способствуют единообразному правовому регулированию международных торговых отношений. Так, ст. 1.11 Принципов УНИДРУА 2010 г. приводит перечень определений «суд», «место деятельности», «должник», «письменная форма»³. К числу базовых принципов,

¹ См.: *Розенберг М.Г.* Цит. соч. – С. 34.

² *Кукин А.В.* Соотношение Принципов УНИДРУА и Венской Конвенции международной купли-продажи товаров // *Законодательство и экономика.* – № 4. – 2000. – С. 46–50.

³ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. URL: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (дата обращения: 16.09.2014).

принятых в международной торговле, Принципы относят свободу сторон вступать, заключать договор и определять его условия; свободу формы договора; обязательность договора; преимущество императивных норм над Принципами; право исключить применение Принципов; единообразие толкования Принципов; решение вопросов, прямо не разрешенных в Принципах (в той мере, в какой это возможно), в соответствии с выраженными в них общими принципами; добросовестность; связанность сторон любыми оговоренным обычаями; необходимость извещения контрагента в случае необходимости и пр.¹.

Структура Принципов такова: положения относительно основополагающих принципов международных коммерческих договоров, далее – предписания о порядке заключения и исполнения договоров, затем – о последствиях их неисполнения. Действующая редакция Принципов УНИДРУА 2010 г. значительно дополнена, в частности прибавилось 26 новых статей, касающихся института реституции, вопроса множественности лиц в договоре, признания недействительности договоров в силу их противоречия императивным международным нормам, условных договорных обязательств².

Укажем на некоторые прогрессивные положения Принципов, которые обязывают стороны действовать добросовестно на протяжении всего договора и закрепляют, что сторону не связывают обычаи, применение которых неразумно в конкретном случае. Напротив, Конвенция 1980 г. говорит об обязательности любого обычая, о котором договорились стороны; а в части об уведомлении предусматривает, что сторона даже в случае ошибки при отправке такого уведомления не лишается права ссылаться на него. Принципы же устанавливают более жесткий подход к этому вопросу уведомлений. Стоит также сказать, что Принципы содержат и новые положения, например, о способах

¹ См. подробнее, напр.: *Беликова К.М.* Унификация договорного права: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30.

² Принципы международных коммерческих договоров 2010 г. / под ред. Т.Г. Христенко. – М.: Статут, 2013. – 758 с.

заключения договора, письменных подтверждениях, договорах с открытыми условиями, конфликте проформ и пр.¹. С учетом некоторых различий Принципов и Конвенции 1980 г., они могут взаимно дополнять друг друга в вопросах регулирования купли-продажи, или, как уже было отмечено, быть использованы Индией и ЮАР в качестве инструмента, унифицирующего договоры купли-продажи в соответствии с Конвенцией, принятой Бразилией, Китаем и Россией. Разумеется, в случае конфликта норм Конвенции и норм Принципов предпочтение будет отдано Конвенции.

С одной стороны, Принципы являются источником так называемого «мягкого» права и не являются юридически обязательными, представляя собой источник рекомендательного характера, не обеспеченного никакими административными механизмами воздействия. С другой стороны, для применения Принципов УНИДРУА не требуется их ратификация государством, то есть Принципы применяются по соглашению сторон (коммерсантов). В этом и заключается, по нашему мнению, причина всеобщего признания и всемирной авторитетности Принципов УНИДРУА.

Итак, подводя итог, нужно заметить, что унификация регулирования купли-продажи в мире достигла того, что даже среди такого небольшого объединения как БРИКС существует возможность применения унифицированных правил: ИНКОТЕРМС во всех странах, Принципов УНИДРУА во всех странах и Конвенции 1980 г. в трех странах, а также в отношениях, где одна из сторон (кроме Китая) является участницей Конвенции. Разумеется, такой подход к регулированию купли-продажи является наиболее верным, так как снимает преграды между сторонами из разных стран по поводу вопросов регулирования договоров

¹ Кукин А.В. Соотношение Принципов УНИДРУА и Венской Конвенции международной купли-продажи товаров // Законодательство и экономика. – № 4. – 2000. – С. 46–50; Беликова К.М. Унификация договорного права: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права» // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30.

купли-продажи и его условий. Именно поэтому на практике остается наиболее предпочтительным использование вышеназванных унифицированных правил. Даже стороны из таких стран как ЮАР и Индия, как уже отмечалось выше, могут прибегнуть к регулированию договора купли-продажи посредством Принципов УНИДРУА, что и происходит на практике. Одной из основных проблем для БРИКС в этом плане остается оговорка Китая, которая в определенной мере тормозит процесс унификации в данном объединении. Вместе с тем на сегодняшний день процесс унификации норм, регулирующих куплю-продажу в международном торговом обороте в странах БРИКС, прошел уже большой путь, хотя об унифицированном, «коммунитарном» праве стран БРИКС, базирующемся на наднациональных предписаниях в сфере гражданского и торгового права, напрямую применяемых национальными судами, как нам представляется, говорить можно будет еще не скоро, однако, многие шаги в этом направлении уже сделаны по объективным причинам, что нашло отражение в нормах национальных правовых систем, хотя бы потому, что в настоящее время правовые системы не существуют изолированно друг от друга, подвергаясь сближению, взаимному обогащению и пр. Результаты этих процессов описаны ниже.

4.4. Методические материалы

Хрестоматия

«Несомненный интерес с точки зрения современного регулирования международных сделок, среди которых купля-продажа занимает, безусловно, самое заметное место, представляет рассмотрение международных источников регулирования договоров, которыми опосредуются коммерческие отношения между контрагентами, имеющими различную национальную принадлежность». (Н.Г. Вилкова)

«Важно подчеркнуть тенденцию к сближению и даже унификации норм гражданского, и в первую очередь торгового,

права не только в пределах одной страны, но и в международном масштабе. Особенно сильная потребность в такой унификации возникает в период, когда значительно возрастают объем и значение международных экономических связей, происходит процесс экономической и политической интеграции, образуются международные экономические союзы». (*А.С. Комаров*)

«ИНКОТЕРМС являются плодом многолетнего обобщения международной коммерческой практики толкования условий контракта, которые определяют базис поставки». (*М.Г. Розенберг*)

«Принципы приобретают характер международного торгового обычая, используемого и при отсутствии соглашения сторон о его применении». (*М.Г. Розенберг*)

«Незнание – не довод. Невежество – не аргумент». (*Борух Спиноза*)

«Обстоятельства переменчивы, принципы – никогда». (*О. де Бальзак*)

«Международное торговое право это право, регулирующее, с одной стороны, отношения по торговле одного государства к другому и отношения каждого из них к подданным (гражданам) другого; а с другой стороны, взаимные отношения подданных (граждан) разных государств, как частных лиц». (*Г.Ф. Шершеневич*)

«Прецедент увековечивает принцип». (*Бенджамин Дизраэли*)

«При разных принципах не найти общего языка». (*Конфуций*)

Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме

1. Перечислите несколько международных организаций, способствующих унификации частного права в сфере купли-продажи товаров.

2. Назовите и перечислите источники права, возымевшие наибольшее влияние в сфере унификации международной купли-продажи.

3. Какие государства из числа государств, входящих в БРИКС, ратифицировали Венскую Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.?

4. Какие правоотношения не входят в предмет регулирования Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. согласно ст. 2?

5. Объясните, какую оговорку сделал Китай на основании ст. 95 по отношению к ст. 1 Венской Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

6. Перечислите торговые термины, указанные в ИНКО-ТЕРМС 2010 г., а также распределите их согласно классификации 2010 года и классификации 2000 года. Что лежит в основе этих двух классификаций?

7. Дайте краткую характеристику Принципов УНИДРУА 2010 г. Как вы понимаете понятие *lex mercatoria*?

Словарь (глоссарий)

«Lex mercatoria» – это совокупность регулирующих международных коммерческие отношения принципов и норм, содержащихся в международных договорах, обычаях, обыкновениях, общих принципах права и др.

«Мягкое» право – это термин, обозначающий рекомендательные нормы в международном праве.

ИСС (от англ. International Chamber of Commerce) – Международная торговая палата.

Акцепт – принятие предложения о вступление в договор. Акцепт на новых условиях признается встречной офертой, в случае изменения существенных условий договора.

ИНКОТЕРМС (от англ. INCOTERMS – International Commercial Terms) – Международные торговые термины.

Источник права – форма закрепления права (формальное определение), а также правоотношения, внутри которых рождается право (материальное определение).

Международный коммерческий договор (внешнеэкономическая сделка) – соглашение двух или более лиц по поводу купли-продажи товаров (а также смежные с ними сделки), включающие иностранный элемент (субъект, объект или юридический факт).

Общие принципы права – это общепризнанные правовые постулаты, характеризующие сущность и социальную природу права в целом.

Оферта – предложение вступить в договор. В международной купле-продаже оферта признается по умолчанию отзывной.

Применимое право – это система правовых норм, регулирующих отношения между сторонами договора с иностранным элементом.

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА – это уникальный свод норм, регулирующих отношения в сфере международной торговли.

Принципы УНИДРУА (UNIDROIT Principles) – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА.

CISG (Венская Конвенция 1980 г.) – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / Венская Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров.

УНИДРУА (от франц. UNIDROIT) – Международный институт унификации частного права.

ЮНКТАД (от англ. UNCTAD) – Конференция ООН по торговле и развитию.

ЮНСИТРАЛ (от англ. UNCITRAL) – Комиссия ООН по праву международной торговли.

Задачи

Задача 1. Компания А, находящаяся в Китае, заключила с Компанией Б, находящейся в Индии, договор поставки медицинского оборудования. Договор не предусматривал Венскую Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г. в качестве применимого права. Иной оговорки о применимом праве также не было. В результате ненадлежащего исполнения договора Компания А обратилась в государственный суд Великобритании на основании пророгационной оговорки, в которой ссылались на положения Венской Конвенции.

Вопрос. *Применима ли данная конвенция в настоящем деле? Объясните почему?*

Задача 2. Компания А, находящаяся в России, и компания Б, находящаяся в Китае, заключили договор, согласно которому компания А должна: создать экспериментальный автомобиль по специальной технологии компании А, написать для этого автомобиля программное обеспечение, а также осуществить сбор данных об аэродинамике данного автомобиля, после чего продать автомобиль компании Б за сумму USD 5 000 000. Сумма же всех услуг по проектированию, созданию и наладке автомобиля была оценена в USD 10 000 000. После успешного исполнения договора компания Б обнаружила сбой в программной системе автомобиля и потребовала возмещения убытков в международном коммерческом арбитраже. Обосновывая свои требования, компания Б ссылалась на Венскую Конвенцию 1980 г.

Вопрос (задание). *Проанализируйте ст. 3 Венской Конвенции 1980 г. Применима ли она в данной ситуации, даже если стороны договорились о ее применении?*

Задача 3. Компания А (поставщик) и компания Б (покупатель) заключили договор поставки 4 контейнеров зерна из России с доставкой груза в порт Кейптауна (ЮАР) на условиях DAT ИНКОТЕРМС 2010 г. В процессе разгрузки товара 1 контейнер упал в море и был съеден чайками, 2 других были повреждены после разгрузки, что вызвало частичную порчу зерна

при дальнейшей транспортировке. Компания Б предъявила претензии компании А о поставке некачественного товара.

Вопрос. *Как разрешить сложившуюся ситуацию?*

Задача 4. Компания А (поставщик) и компания Б (покупатель) заключили договор поставки 10 т мака из государства 1 до границы государства 2 на условиях DAP (ИНКОТЕРМС 2010). Товар был поставлен транспортом поставщика до границы государства 2 и при прохождении границы был изъят в связи с законодательными ограничениями в стране 2 на ввоз мака. Компания Б предъявила иск к компании А о возмещении вреда в связи с неисполнением обязательств по договору поставки.

Вопрос. *Как разрешить описанную ситуацию?*

Задача 5. Фирма, зарегистрированная в иностранном государстве, обратилась с иском к российскому акционерному обществу о взыскании с него стоимости контракта за поставку продукции.

Российским торговым предприятием (покупателем) в июле 2013 г. был заключен внешнеторговый контракт с этой фирмой (продавцом) на поставку товара.

Стороны при заключении сделки в письменной форме договорились, что поставка товара будет осуществляться на условиях SIF (морская перевозка) в редакции ИНКОТЕРМС 2010 г. При этом обязанность по оплате фрахта до пункта назначения и по страхованию сделки возлагалась на продавца – иностранную фирму.

Фактически перевозка была осуществлена на условиях FOB, так как продавец поставку не страховал.

В пути товар был испорчен попаданием морской воды во время шторма. Покупатель, получив товар в негодном состоянии, счел это виной продавца, который односторонне изменил базисные условия поставки с SIF на FOB, что, в свою очередь, привело к ненадлежащему исполнению обязательств по сделке.

Иностранная фирма настаивала, что имело место двустороннее (по соглашению сторон) изменение договора. В качестве доказательства этого приводились следующие обстоятельства: продавец отправил по факсу оферту с предложением снизить цену контракта; покупатель в телефонных переговорах согласил-

ся с этим предложением. В результате телефонных переговоров продавец счел возможным зафрахтовать судно на условиях FOB и не страховать сделку.

Российское предприятие отрицало факт устного согласия на изменение условий контракта.

Вопрос. *Какое решение в данной ситуации должен принять суд?*

Задача 6. В соответствии с контрактом акционерное общество Natura (г. Рио-де-Жанейро, Бразилия) должно было поставить фирме «Космос» (г. Санкт-Петербург, Россия) 10 т замороженных кур на условиях ИНКОТЕРМС 2010 СР. Первая партия товара в количестве 2 т была отгружена на указанных условиях 30.05.2013.

Факсограммой от 24.06.2013 продавец предложил покупателю изменить базис поставки второй партии товара на СРТ, внося также изменение в п. 4 контракта и исключив из цены стоимость страховки товара.

По прибытии груза в Новороссийск выяснилось его ненадлежащее качество, что послужило основанием для полного отказа от оплаты этой партии товара. Кроме того, покупатель отказался выплачивать продавцу задолженность за первую партию кур, которая составила 19 072,80 долл. США.

Считая, что покупатель поступает неправомерно, продавец направил ему рекламацию, в которой указал, что, в случае отказа покупателя рассчитаться за поставку товара, он вынужден, будет обратиться в арбитражный суд, в котором попытается помимо задолженности за поставку кур взыскать проценты за пользование чужими денежными средствами, а также расходы по ведению дела в суде.

Вопрос. *Правомерны ли требования продавца?*

Задача 7. Компания из Бразилии продала компании из Китая пакет облигаций на 10 000 000 USD. При этом оплата ценных бумаг была разбита на 4 этапа с периодичностью раз в полгода по 2 500 000 USD. Согласно тексту данного договора к нему применимы, и Венская Конвенция 1980 г., и ИНКОТЕРМС, и Принципы УНИДРУА. В результате банкротства компании из

Бразилии та не смогла сделать последнюю выплату в размере 2 500 000 USD, кроме того, данная компания ссылаясь на ничтожность сделки купли-продажи и требовала произвести реституцию.

Вопрос (задание). *Проанализируйте данную ситуацию и ответьте, является ли данный договор ничтожным.*

Задача 8. Российское акционерное общество заключило с бразильской компанией смешанный договор о выполнении услуг по написанию программного обеспечения и его продаже российской компании вместе с оборудованием. Поставка оборудования прошла успешно на условиях ИНКОТЕРМС DAT, однако российское акционерное общество отказалось принимать поставку, сославшись на то, что в договоре не указана редакция ИНКОТЕРМС, применимая к правоотношениям между российской и бразильской компаниями. По мнению российской компании, должны применяться ИНКОТЕРМС 2000, где термин DAT отсутствует.

Вопрос. *Кто прав в данной ситуации? Что происходит, если в договоре не указана редакция ИНКОТЕРМС?*

Задача 9. Индийская компания и компания из ЮАР заключили сделку международной купли-продажи тапочек и футболок. В качестве применимого права данные компании указали «общеизвестные принципы международного права» и «положения *lex mercatoria*». В результате пожара на складе компании из ЮАР большая часть тапочек и футболок сгорела. Стороны направили спор в арбитраж согласно имеющейся в договоре арбитражной оговорке. Индийская компания настаивала, что оговорка о применимом праве подразумевает применение Венской Конвенции ООН 1980 г., тогда как компания из ЮАР в качестве применимого права называла Принципы УНИДРУА.

Вопрос. *Как вы полагаете, могут ли действовать Принципы УНИДРУА при подобной оговорке. Кто виноват в данной ситуации? Применима ли доктрина форс-мажора в данном деле?*

Задача 10. Представитель компании «Джейсон и К^о» на основании доверенности заключил сделку с иностранной ком-

панией о поставке нефтегазовых трубных систем. При доставке груза возникли проблемы, компания не смогла принять часть товара в указанный срок, попросив отсрочки. Через некоторое время трубы были доставлены на место отгрузки, но груз снова был отправлен обратно в связи с отсутствием места на складе компании. В результате задержки компания-продавец потеряла крупного клиента, были причинены убытки, связанные с повторной перевозкой груза.

Компания предъявила иск к представителю компании «Джейсон и К^о» с требованием о возмещении причиненного вреда и упущенной выгоды. Однако представитель компании, заключивший сделку, считает требования неправомерными, поскольку правоотношения по договору поставки возникли между компанией (принципалом) и третьим лицом (продавцом) согласно ст. 2.2.3 Принципов УНИДРУА.

Вопрос (задание). *Оцените доводы сторон и разрешите ситуацию. Правомерно ли в данном случае использование Принципов УНИДРУА?*

Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы

А) На русском языке

На бумажном носителе

Основная литература

1. Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник : в 2 т. – Т. 1 / К.М. Беликова, В.Ю. Ифраимов, М.А. Ахмадова, Ц.А. Буджаева (Бегджиева) и др.; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. – М.: РУДН, 2015. – 595 с.

Дополнительная литература

2. *Безбах В.В., Беликова К.М.* «Принципы Европейского договорного права» и учение о *lex mercatoria* и *soft law* // Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные ин-

ституты): учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К.М. Беликовой. – М.: Изд-во УДН, 2011. – С. 123–130.

3. *Беликова К.М.* Принципы европейского договорного права: сочетание подходов континентальной и общей системы права // Сравнительное право. Частноправовое регулирование имущественного оборота в разнотипных правовых системах / под ред. В.В. Безбаха, В.П. Серегина, Т. П. Данько. – М.: ГОУ ВПО «РЭА им. Г.В. Плеханова», 2009. – С. 223–230 (452 с.).

4. *Беликова К.М.* Унификация договорного права: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30.

5. *Валеев Р.М., Курдюков Г.И.* Международное право общая часть: учебник. – М.: Статут, 2011.

6. *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. – М.: Статут, 2002. – 511 с.

7. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦЭФР, 2004.

8. Гражданское и торговое право капиталистических стран / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980.

9. *Копылов М.Н.* Место норм «мягкого права» в системе международного экологического права // Международное право – International law. – 2005. – № 4 (24). – С. 35 и сл.

10. *Кукин А.В.* Практика применения принципов УНИДРУА // Законодательство и экономика. – 1999. – № 12.

11. *Кукин А.В.* Соотношение Принципов УНИДРУА и Венской Конвенции международной купли-продажи товаров // Законодательство и экономика. – 2000. – № 4. – С. 46–50.

12. *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Статут, 2006.

13. *Телицин В.М.* Особенности правового регулирования купли-продажи в международном обороте // Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР. – С. 346–350.

Нормативные акты и документы

14. Принципы международных коммерческих договоров 2010 г. / под ред. Христенко Т.Г. – М.: Статут, 2013. – 758 с.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

15. *Комаров А.С.* Восполнение пробелов Венской конвенции при разрешении споров (Доклад на конференции в Торгово-промышленной палате Российской Федерации 8 декабря 2005 г.) // Международный коммерческий арбитраж. – 2006. – № 3. – С. 7–14.

16. *Коста Лазота Лукас Агусто.* Договор международной купли-продажи: применимые нормы по праву Российской Федерации и Бразилии // Сборник докладов выпускников магистратуры кафедры гражданского и трудового права РУДН «Актуальные проблемы гражданского процесса» (10 апреля 2013 г.). URL: <http://www.nauka-pravo.com/blogs/blog-rudn-mezhdunarodnoe-chastnoe-pravo/dogovor-mezhdunarodnoi-kupli-prodazhi-primnimye-normy-po-pravu-rosiiskoi-federaci-i-brazili.html> (дата обращения: 30.06.2013).

17. *Кужин А.В.* Практика применения принципов УНИДРУА // Законодательство и экономика. – 1999. – № 12. URL: http://www.yust.ru/ru/publications/item.shtml?item_29 (дата обращения: 28.09.2013).

18. *Люй Цзин.* Право, применимое к договорным обязательствам по российскому и китайскому международному частному праву: автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2010. – 28 с. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1366499> (дата обращения: 16.09.2014).

19. *Тимохов Ю.А.* Иностранное право: «факт» или «право» // Иностранное право в судебной практике. – М.: Волтерс Клувер, 2004. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z184_page_10.html (дата обращения: 28.08.2013).

Нормативные акты и документы

20. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010. Преамбула. URL: <http://www.unidroit.org/English/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf> (дата обращения 19.09.2013).

Б) На иностранном языке

На бумажном носителе

Дополнительная литература

21. *Schlechtriem P.* Requirements of application and sphere of applicability of the CISG // Victoria University of Wellington Law Review. – 2005. – № 4. – P. 783.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

22. *Adler Martins, Pedro Gustavo Gomes Andrade, Renato Schweizer.* International contracts within the BRIC. URL: <http://www.slideshare.net/Adlermartins/international-contracts-within-the-bric> (дата обращения: 16.09.2014).

23. *Alberto de Campos Cordeiro Neto, Gisely Moura Radael, Luiz Felipe Calábria Lopes.* Brazil and the accession to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): Advantages and disadvantages. September, 2011. URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/neto-radael-lobes.html> (дата обращения: 16.09.2014).

Нормативные акты и документы

24. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods. (The Hague, July 1, 1964). URL: <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (дата обращения: 16.09.2014).

26. New INCOTERMS effective January 1, 2011. URL: http://www2.miq.com/cms/resource_library/files/7f52c8f0b02d4aff/incoterms_2010.pdf (дата обращения: 16.09.2014).

27. Status 1980 – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (дата обращения: 16.09.2014).

28. The new INCOTERMS 2010 rules. URL: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010> (дата обращения: 16.09.2014).

29. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (the 2010 edition). A/67/17. Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-fifth session (25 June – 6 July 2012). General Assembly Official Records. Sixty-seventh session. Supplement № 17. URL: <http://www.unidroit.org/english/news/principles2010-un-en.pdf> (дата обращения: 16.09.2014).

30. Vienna, 11 April 1980, S.Treaty Document Number 98-9 (1984), UN Document Number A/CONF 97/19, 1489 UNTS 3. – N. Y., 2010. United Nations Publication. Sales № E.10.V.14. URL: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (дата обращения: 16.09.2014).

Перечень судебных решений

30. Дело о применении ОУП СССР – КНР. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, October 2, 1998, URL: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002r1.html> (дата обращения: 24.05.2015).

Электронные ресурсы

31. Официальный сайт ICC. URL: <http://www.iccwbo.org>

32. Официальный сайт Международного института по унификации частного права (УНИДРУА). URL: <http://www.unidroit.org>

33. Официальный сайт УНИДРУА. URL: <http://www.unidroit.org>

34. Официальный сайт ЮНСИТРАЛ. URL: <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/index.html>

35. Содержание Кратких сборников с информацией о судебных и арбитражных решениях, касающихся разработанных ЮНСИТРАЛ конвенций и типовых законов. URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law/digests.html

Далее обратимся к исследованию вопросов правовой регламентации отношений в сфере договорного права стран БРИКС *на национальном уровне*, что поможет ответить на вопрос о принципиальной возможности и сроках создания единообразной системы договорного права стран БРИКС в результате конвергенции предписаний разносистемных правопорядков и специального законодательства (о защите конкуренции, потребителей и т. д.) в положения национального договорного права.

Отметим в этой связи, что договор, как средство регулирования отношений между субъектами имущественного оборота выступает предметом широкого изучения в юридической доктрине. В современных научных исследованиях значительное внимание уделяется изучению и анализу источников правового регулирования и практики их применения в европейских странах¹. Представляется, что более полезным в настоящее время является ознакомление с опытом и правовыми образцами тех стран, которые решают на современном этапе своего развития сходные с российскими социально-экономические задачи.

Методология обозначенного выше рассмотрения базируется на представлении о том, что в последнее время из общего договорного права выделяются нормы, которые регулируют договорные отношения между профессиональными предпринимателями и потребителями их товаров и услуг². В отношении этой категории

¹ См., напр.: *Беликова К.М.* Развитие принципов договорного права в Европе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2007. – № 2. – С. 59–67 и др.

² См., напр.: *Беликова К.М.* Правовой режим защиты прав потребителей в странах МЕРКОСУР: некоторые аспекты информационной безопасности // Вестник калмыцкого университета. – 2012. – № 4 (16). – С. 107–113. URL: http://kalmsu.ru/files/dokument2011/p_k_2012/Vestnik_1_2

договоров современное законодательство устанавливает особый порядок контроля за их содержанием, особый порядок ответственности и др. С.Н. Братусь, например, затрагивая проблему дифференциации гражданско-правового регулирования, писал: «Идея дифференцированности исходит из того, что, признавая принципиальную однородность имущественных отношений, регулируемых гражданским правом независимо от состава участников, необходимо учитывать различия внутри этого единства, их подвиды, определяемые различиями в составе участников и в характере самих отношений»¹. Мы полагаем, что дифференциация правового регулирования объективно обусловлена. Дальнейшее изложение будет производиться нами именно с такой позиции.

Есть и иная категория лиц, вступающих в отношения, регулируемые правом, испытывающая на себе повышенное внимание и защиту законодателя, в том числе и посредством норм об обязательствах, содержащихся в гражданских кодексах², – работники, – в этом они весьма схожи с потребителями. Они также будут время от времени становиться объектом внимания в настоящей теме.

vestnik_4.pdf (дата обращения: 27.01.2013); *Она же*. Защита прав потребителей в МЕРКОСУР: теория и практика // Законодательство и экономика. – 2012. – № 8. – С. 57–68; *Она же*. Потребители в Европейском Союзе: некоторые аспекты защиты прав в контексте социализации права // Право и экономика. – 2012. – № 6. – С. 10–17; *Она же*. Ответственность за вред, причиненный потребителям недоброкачественными товарами, в праве стран МЕРКОСУР // Цивилист. – 2011. – № 3 (июль–сентябрь). – С. 17–22; *Она же*. Защита прав потребителей в Европейском Союзе: некоторые векторы развития // Право и экономика. – 2011. – № 4 (278). – С. 53–58; *Безбах В.В., Беликова К.М.* Гражданское и торговое право Европейского Союза (основные институты): учебное пособие / под ред. В.В. Безбаха, В.Ф. Поньки, К.М. Беликовой. – М.: Изд-во УДН, 2011. – С. 225–259; *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 285–402 (480 с.); *Она же*. Ограничение свободы договора в сфере антимонопольного регулирования // Российский юридический журнал. – 2008. – № 6 (63). – С. 82–90.

¹ *Братусь С.Н.* Предмет и система советского гражданского права. – М., 1963. – С. 168.

² Например, в Европе и Америке такая ситуация встречается в Германии (ГГУ) и Канаде (ГК Квебека).

Глава 5
**ДОГОВОРНОЕ ПРАВО СТРАН БРИКС:
НА ПУТИ К СОЗДАНИЮ ЕДИНООБРАЗНОЙ
СИСТЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ?**

**5.1. Содержание предписаний национальных
правопорядков о заключении, исполнении
и прекращении договора**

В **Бразилии** договор является основным источником возникновения обязательственных отношений, как и в других современных государствах¹. Однако как и в Гражданском Кодексе 1916 г.², так и в действующем Гражданском Кодексе Бразилии 2002 г. понятие договора специально не формулируется даже в том разделе, который посвящен общим положениям о договорах.

Хотя Книга 1 Особенной части ГК Бразилии 2002 г. называется «Об обязательственных правах», в кодексе отсутствует и определение обязательства. Ст. 233, открывающая эту Часть, говорит о нескольких разновидностях обязательств: обязательствах по предоставлению *определенной* и *неопределенной* вещи (*obrigações de dar coisa certa* и *obrigações de dar coisa incerta*) и обязательствах позитивного и негативного свойства – *сделать* что-либо (*obrigações fazer*) и *не делать* что-либо (*obrigações nao fazer*). ГК 2002 г. признает альтернативные обязательства (гл. IV титула I Книги I Особенной части); делимые и неделимые обязательства (гл. V титула I Книги I Особенной части); солидарные обязательства (гл. VI титула I Книги I Особенной части).

¹ См., напр.: *Безбах В.В., Беликова К.М.* Актуальные вопросы договорного права и их отражение в гражданских кодексах стран Латинской Америки // *Право стран Латинской Америки: кодификация материального и процессуального гражданского права: монография / под ред. проф. В.В. Безбаха и проф. В.Ф. Поньки.* – М.: РУДН, 2013. – С. 222–301 (482 с.).

² См.: *Capitulo I de Titulo IV do Livro III «Do Direito das Obrigações» // Codigo Civil Brasileiro.* Porto Alegre, 1983.

Частное право латиноамериканских стран, в том числе и Бразилии, исторически является дуалистическим¹, что ведет к разграничению в праве договоров на гражданские и торговые. Однако все общие положения, относящиеся к торговым договорам, содержатся, как правило, в гражданских кодексах. К числу торговых договоров относятся, в частности, все те, посредством которых приобретаются движимости с целью последующей перепродажи, банковские договоры, вексельные, чековые сделки; договоры хранения и перевозки; страхования, строительного подряда и др.

Так, Часть первая упомянутого выше действующего Торгового кодекса Бразилии 1850 г. затрагивала до принятия ГК Бразилии 2002 г. вопрос об обязанностях коммерсантов, о торговой отчетности коммерсантов и вспомогательных торговых деятелей, о банкирах, об управляющих депозитных домов и т. д., о торговых обязательствах и договорах, в том числе о торговом правомочии (о договоре поручения), о торговом представительстве, о торговой купле-продаже, о сдаче вещей в аренду, о торговом залоге с передачей заложенной вещи залогодержателю, об ипотеке, о торговом депозите. Таким образом, любое лицо, занимающееся торговлей, признавалось коммерсантом. Испытав влияние ФТК 1807 г. ТК Бразилии отличался от него тем, что не содержал обобщенного перечня сделок, признаваемых торговыми: установить круг таких сделок можно было лишь путем анализа всего текста ТК².

Новый ГК Бразилии 2002 г., который отражает тенденцию к унификации частноправового регулирования³, регламентиру-

¹ Подробнее о проблемах, возникающих в связи с дуализмом системы частного права, и путях их разрешения, см.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 23–36, 102–154 (480 с.).

² Там же. – С. 41, 42.

³ Подробнее см.: *Беликова К.М.* Тенденция к унификации частноправового регулирования в странах Латинской Америки на примере *Esboço do Código civil* 1856-1865 гг., ГК 1916 г. и ГК 2002 г. Бразилии // *Право и политика.* – 2013. – № 2. – С. 182–191; *Она же.* Кодификация в странах Латинской Америки: тенденция к унификации частноправового регулирования (на примере проекта гражданского кодекса Аргентины 1998 г.) // *Современное право.* – 2012. – № 9. – С. 144–150.

ет своими положениями также и торговые по своей сути договоры. Эта новелла отражена в ГК Бразилии 2002 г. следующим образом: торговые сделки, находившие ранее закрепление в ТК 1850 г., не будучи регламентированы специальным законодательством, регулируются положениями раздела об обязательствах ГК 2002 г. (*Direito das Obrigações*), либо попадают в сферу действия законодательства о защите прав потребителей и предписаний трудового или административного права. Сохраняют действие также отдельные законы, регламентирующие заключение и исполнение некоторых видов торговых сделок, например, купли-продажи.

Эта идея базируется на представлении о том, что никакой принципиальной разницы между общегражданскими и торговыми сделками не существует. Некоторые правоведы полагают, что по мере того, как в обществе стирались сословные границы, гражданское и торговое право взаимно обогащались, и *фактическое слияние норм гражданского и торгового права* привело к тому, что в качестве не только желаемой, но и необходимой, стала осознаваться мысль об *отказе от дуализма частного права*.

Стоит сказать, что предвестником идеи унификации обязательственно-правового регулирования в латиноамериканских странах считают А.Т. Фрейтаса¹. Современные бразильские правоведы обосновывают необходимость унификации следующим образом: это реформаторское воззрение, иллюстрирующее тенденцию к коммерциализации гражданского права, основывается на представлении о «генерализации» торгового права. «Все

¹ *Frontini P.S.* Unificação do Direito Privado: mais de um século de polémica (ou a réplica dos fatos contra os doutores) // Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo. – Pág. 88; *Karam Munir. Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro* // Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial. – São Paulo, 1984. – V. 8. – № 29. – P. 95–112; *Беликова К.М.* Аугусто Тейшера Фрейтас // Развитие научной мысли в персоналиях: политико-правовой аспект. – Саарбрюккен (Германия): LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG, 2011. – С. 48–51 (104 с.). URL: <https://www.lap-publishing.com/catalog/details/store/gb/book/978-3-8473-0950-5/Развитие-научной-мысли-в-персоналиях> (дата обращения: 16.09.2014).

акты правовой жизни, – полагает, например, Х.Е. Боргес, – производятся для получения некоего блага, – они могут либо быть, либо не быть торговыми по своей сути, т. е. могут либо иметь лукративную цель, либо не иметь ее», поэтому вместо того чтобы закреплять правовые предписания в двух кодексах – торговом – общем по своей сути, содержащем определения понятий и принципы регулирования, и гражданском (дополнительном), необходимо объединить их в один свод регламентарных предписаний»¹.

Своеобразием подхода бразильского законодателя, относящегося к чертам, характеризующим особенность правовой системы Бразилии в этом вопросе, является то обстоятельство, что унификация частноправового регулирования видится сквозь призму закрепляемой на уровне ГК концепции «предпринимательской деятельности» (*atividade empresarial*). Так, Книга II Особенной части ГК Бразилии 2002 г. «Право предприятия» (*Direito de Empresa*) отходит от традиционной закреплённой Торговым кодексом 1850 г. системы, базировавшейся на фигуре коммерсанта и профессиональном занятии торговлей (*teoria dos atos de comércio*), оперируя категорией «предприниматель» (*empresário*) и «предпринимательская деятельность» (*atividade empresarial – teoria da empresa* – Титул I Книги II Особенной части).

Ключевой фигурой становится фигура предпринимателя, осуществляющего на профессиональной основе экономическую деятельность, организованную для производства и продажи на рынках товаров и услуг².

Предпринимательской (*empresarial*) считается любая экономическая деятельность, направленная на извлечение прибыли (*atividade lucrativa*), осуществляемая на профессиональной основе и организованная с целью производства или введения в

¹ *Borges J.E.* Curso de direito comercial terrestre. – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1964. – P. 50.

² *Machado D.C.* O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa. URL: http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud11/O_Novo_Código_Civi_Brasileiro_e_a_Teoria_da_Empresa.htm (дата обращения: 31.07.10); *Bulgarelli W.* Direito Comercial. – 15ª Edição. – São Paulo: Atlas, 2000. – P. 19.

оборот товаров и услуг (ст. 966 ГК). Исключение составляет интеллектуальная деятельность научного характера, а также литературная или художественная¹.

К еще одной особенности гражданского права Бразилии применительно к договорам относится то, что ГК 2002 г. распространил принципы добросовестности и солидаризма (*socialidade*), на договорные отношения. Примером солидаристского императива может служить провозглашение социальной функции договора. Так, согласно положениям ст. 421 ГК, как отмечалось выше, свобода заключать договор осуществляется в пределах социальной функции договора.

В этой связи применительно к договору присоединения, где участвует, например, потребитель, ст. 423 ГК гласит: «в случае, когда в договоре присоединения содержатся противоречивые или двусмысленные условия, их надлежит толковать наиболее благоприятным для присоединяющейся стороны образом». Нам представляется, что также как в свое время было объективно обусловлено нормативное закрепление идеи социальной функции собственности², удовлетворению объективной потребности в защите более слабой стороны правоотношения содействует соответствующая ориентация императивных норм законодательства.

Далее. Условиями действительности сделки (*negócio jurídico*) выступают дееспособность заключающих ее сторон (*agente capaz*), непротиворечие закону (*objeto lícito*), исполнимость

¹ Подробнее см.: *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 265–274 (480 с.); *Она же.* Договорное право стран БРИКС: опыт Бразилии в свете новой парадигмы построения частноправового регулирования (перепечатка) // Вопросы российского и международного права. – 2012. – № 9–10. – С. 58–85. URL: <http://www.publishing-vak.ru/archive-2012/law-9.htm> (дата обращения: 16.09.2014).

² Подробнее об этом см.: *Беликова К.М.* Социально-ориентированные императивы в латиноамериканских гражданских кодексах // Нравственные императивы в праве. – 2011. – № 3. – С. 39–46. URL: http://moscou-ecole.ru/lib/nrav_imp/nravstvennye_imperativy_v_prave_2011_n_3.pdf (дата обращения: 16.09.2014).

(possível), предмет сделки должен быть определенным или определенным (determinado ou determinável); должна быть соблюдена форма сделки, предписанная законом (ст. 104 ГК Бразилии 2002 г.). Необходимым является также наличие волеизъявления и правового основания сделки (*causa*).

Положение о *дееспособности* как условии действительности договоров применительно к торговым договорам практически ничем не отличалось от гражданских. Так, согласно ранее действовавшим положениям Торгового кодекса 1850 г. заниматься торговлей на территории Империи вправе было любое лицо, способное свободно распоряжаться своим имуществом и не включенное в число лиц, которым занятие торговлей запрещалось. Это были законно эмансипированные несовершеннолетние и мужчины старше 18 лет – с письменного разрешения родителей. Эмансипированными для целей ведения торговли считались мужчины старше 21 года – в случае, когда они занимались торговлей (*associado ao comércio*) или с письменного разрешения обзаводились торговым предприятием (*levantar estabelecimento comercial*). Замужние женщины старше 18 лет вправе были заниматься торговлей от своего имени с разрешения мужа, оформленного в виде публичного акта (п. 3 и 4 ст. 1).

Согласно ныне действующей редакции ГК Бразилии 2002 г., отменившего положения ТК 1850 г. в рассматриваемой части, и сохранившей подход предыдущего Кодекса, – до 16 лет лицо абсолютно недееспособно (ст. 3); с 16 до 21 года – относительно дееспособно в отношении определенных действий (актов) или способа их осуществления (*são incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer* – ст. 4). Одновременно ГК 2002 г. предусматривает ряд оснований, по которым несовершеннолетний может стать полностью дееспособным, например, вступление в брак, ведение гражданского или торгового дела (*estabelecimento civil ou comercial*) или вступление в трудовые отношения, если в результате таких действий несовершеннолетний, достигший полных 16 лет, сам ведет свое хозяйство (*tenha economia própria* – ст. 5).

Помимо несовершеннолетних действительные договоры в ряде случаев не могут заключать и некоторые иные категории физических лиц. К их числу относятся, в частности, те, кто по

причине умственной болезни (умалишенные) не обладает необходимыми для этого способностями или навыками и пр. (ст. 3 ГК 2002 г.).

Предмет сделки (а также договора), т. е. то, что одна сторона должна передать или сделать для другой стороны, трактуется в ГК Бразилии 2002 г. исходя из положений об обязательстве дать определенную (ст. 233–242), либо неопределенную вещь (ст. 243–246), либо сделать что-то (ст. 247–249) в том смысле, что составляющие его *действия* должны быть *исполнимы*, а *имущество* должно быть *определенным* либо *определимым*, а также существующим в натуре к моменту заключения договора (если только договор не направлен на передачу будущих вещей как таковых – напр., будущего урожая). Так, например, по договору страхования страховщик обязуется за выплачиваемую ему страховую премию обеспечить и защитить законный интерес страхователя, относящийся к личности или имуществу, от неопределенных рисков (ст. 757 ГК Бразилии 2002 г.). Единственное условие здесь таково: будущие вещи могут выступать предметом договора, если это соотносится с их назначением в обороте (еще не произведенные товары, еще не выращенный урожай и т. п.), однако еще не полученное наследство не может быть предметом договора (ст. 426 ГК Бразилии).

Составляющее предмет договора действие иногда может быть неисполнимым физически или юридически¹ – этим вызвано к жизни такое условие действительности как исполнимость (*possível*). Изначальная невозможность исполнения (*impossibilidade inicial do objeto*) делает договоры недействительными, как, например, договоры об образовании товарищества в целях занятия контрабандой; договоры о предоставлении услуг, обеспечивающих благоприятный исход судебного разбирательства; договоры, предметом которых выступает еще не полученное наследство (ст. 426 ГК 2002 г.) и т. п.

Определенность или определимость охватываемого предметом договора имущества требует исключения неясных или проти-

¹ Юридически неисполнимы действия, прямо запрещаемые законом либо допускаемые по специальному разрешению, которое не получено на момент заключения договора.

воречивых указаний на передаваемые по договору вещи. Поэтому в случае, когда речь идет об индивидуально-определенных вещах, риск неясного или неопределенного указания меньше, чем в отношении вещей, определяемых родовыми признаками. Для последних обычно предусматриваются дополнительные правила.

Непотребляемые вещи должны сопровождаться, в частности, указаниями, позволяющими их индивидуализировать; потребляемым вещам достаточно указания на их род и качество, а количество может быть определено с учетом назначения предмета договора, и указывать его не обязательно. Например, договор о приобретении нефти для отопления гостиницы на зимний период может быть ограничен указанием покупной цены за единицу емкости; общее количество приобретаемого топлива указывать в данном случае считается нецелесообразным. Предметом договора могут охватываться и вещи, принадлежащие чужим лицам, при условии, что договор не предполагает передачу права собственности на такие вещи.

Требования, которым должен удовлетворять предмет договора (помимо изложенных выше в общей форме), сводятся к следующему:

а) кредитор вправе настаивать на получении вещи (*coisa dada em pagamento*) или иного предоставления (*dação em pagamento*), чем то, в предоставлении которого состояло обязательство первоначально (ст. 356). Тем самым, по нашему мнению, подтверждается принцип реального исполнения обязательств;

б) качество вещи, выступающей предметом договора, должно соответствовать «среднему уровню»; кредитор не может настаивать на предоставлении вещи наилучшего качества, должник не вправе выбирать для предоставления вещь наихудшего качества.

В этом контексте особое исключительно важное значение приобретает *право потребителей на получение информации*, позволяющей им принимать решение о необходимости и целесообразности для них вступления в тот или иной договор. Так, Кодекс о защите потребителей Бразилии¹ закрепляет право на

¹ Lei № 8.078 del 11/09/90 – Código de Defesa do Consumidor // DOU. – 12.09.1990, Suplemento. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm (дата обращения: 16.09.2014).

информационную безопасность в ст. 6 гл. III в числе базовых прав потребителей, где указывается, что о товарах и услугах должна предоставляться адекватная и понятная информация. Ст. 8 и 9 отсылают к главе, содержащей обязанность продавца предоставлять информацию относительно влияния товаров и услуг на здоровье потребителя и его безопасность. В ст. 30 и 31 говорится об информации, которая должна содержаться в оферте.

В этой связи нельзя обойти вниманием вопрос о рекламе и предъявляемых к ней законом требованиях, поскольку следует признать, что существуют факторы, делающие рекламу не только привлекательной, но порой и опасной. Реклама, без сомнения, является частью нашей жизни. Содержание же рекламы не всегда объективно. Как правило, она представляет рекламируемый продукт односторонне, поскольку ее целью является совершенно определенное воздействие на поведение референтной группы, на которую она направлена.

Вместе с тем реклама является единственным средством, позволяющим наиболее простым, но не всегда наилучшим, образом ознакомиться с появившимися новинками. К числу неоспоримых характеристик рекламы относится то, что она всегда оптимистична, поскольку всегда характеризует предлагаемые товар или услугу с позитивной стороны, она всегда хорошо продумана и содержит какой-либо стереотип: жизнь прекрасна, небо голубое, женщины привлекательны (или, по крайней мере, могут очень скоро стать привлекательными), дети здоровы, семьи благополучны, работа превращается в игру и т. д.¹

По этим (и не только) причинам некоторые виды рекламы запрещаются, как таящие в себе определенные угрозы. Так, в Бразилии запрещается вводящая в заблуждение и/или незаконная реклама. Под *вводящей в заблуждение рекламой* понимается такая, которая содержит неточности относительно происхождения, характеристик, количества, качества, цены, способов использования товара или услуги и упускает из вида существ-

¹ Ley № 24.240 – La Ley de Defensa del Consumidor comentada por consumidores. URL: <http://proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10-58/80-proconsumer/108-ley-de-defensa-del-consumidor> (дата обращения: 16.09.2014).

венные для потребителя данные. *Незаконной* является реклама, которая содержит дискриминирующие кого-либо или что-либо сведения; провоцирует насилие; использует страх, суеверия и предрассудки, отсутствие опыта или способности здраво рассуждать у детей; провоцирует поведение, опасное для здоровья и безопасности и т. д. (ст. 37 Кодекса о защите потребителей). Объясняются подобные запреты наличием у потребителя права на получение *достоверной* информации о товаре или услуге, которые он хочет приобрести, а также возможностями средств массовой информации по осуществлению манипуляций общественным сознанием. Предоставляемая в рекламе информация должна быть, кроме того, ясной, понятной и точной. Одновременно, она становится неотъемлемой частью заключенного договора и обязывает поставщика товара или услуги.

Что касается *causa* (правового основания сделки), то ее отсутствие делает договор недействительным. Так, обнаружение страховщиком по заключении договора отсутствия у страхователя страхового интереса – его заинтересованности в наступлении страхового случая, – влечет недействительность такого договора. Например, согласно ст. 762 ГК Бразилии 2002 г. ничтожен договор, направленный на устранение рисков от умышленных действий страхователя, выгодоприобретателя или их представителей, способствовавших наступлению страхового случая (ст. 757).

Заключению договора в Кодексе 2002 г. Бразилии посвящены положения ст. 427–435. В соответствии с ГК Бразилии 2002 г. *оферта* (*proposta de contrato*) должна быть обращена к определенному лицу (или нескольким определенным лицам) либо к определенным лицам (ст. 427). Однако допускается и так называемая *публичная оферта*, т. е. оферта, обращенная к неопределенному кругу лиц, к публике. Нередко такая оферта содержится в рекламных объявлениях (ст. 429 ГК Бразилии).

Бразильское законодательство отдает предпочтение конструкции безотзывной оферты. Оферта связывает оферента, если иное не следует из ее условий (например, в самой оферте установлен определенный срок для ее акцепта), природы обязательства (акцепт на оферту продать скоропортящиеся продукты следует направлять в разумный срок с учетом природы предлагаемого товара) или обстоятельств дела (ст. 427).

Не порождает оферты:

I. Между присутствующими – отсутствие немедленного акцепта. Присутствующими для целей данного пункта считаются также лица, поддерживающие связь по телефону или посредством иных сходных средств связи.

II. Между отсутствующими – неполучение акцепта по истечении срока, достаточного для отправки ответа с уведомлением об этом оферента (теория «почтового ящика»).

III. Между отсутствующими – отсутствие акцепта по истечении указанного в оферте срока для ее акцепта.

IV. До или одновременно с получением оферты адресатом последний получает также и сообщение о том, что оферент больше не рассматривает адресата своим потенциальным контрагентом (ст. 428).

В оферте должны содержаться все существенные условия договора, т. е. она должна быть составлена так, чтобы простое согласие на предложение могло означать заключение договора. Только тогда оферта порождает правовые последствия. Так, оферта, предлагающая заключение договора купли-продажи, должна содержать в себе указания не только на вид, качество и цену товара, но также и на его количество (т. е. должен быть охарактеризован предмет договора, за исключением особых случаев, когда из характера договора вытекает, что каждому отдельному покупателю предлагается один предмет указываемого в оферте вида).

Акцепт, в свою очередь, также должен отвечать определенным требованиям, от которых зависит его действительность. Он, в частности, должен содержать безоговорочное принятие условий оферты; любая включенная в него оговорка превращает его во встречную оферту (ст. 431 ГК Бразилии 2002 г.). Акцепт, кроме того, может совершаться только тем лицом, к которому он адресован.

При *заключении договора между присутствующими* договор считается заключенным немедленно по достижении согласия сторонами; акцепт оферты производится в этом случае практически в момент выдвижения оферты. К этой ситуации приравниваются и случаи обмена офертой и акцептом по теле-

фону (п. I ст. 428 ГК Бразилии 2002 г.). Так, оферта прекращает действовать:

– если она была сделана без указания определенного или определимого срока лицу, с которым оферент находится в непосредственной связи и оферта не была акцептована немедленно;

– если она была сделана без указания определенного или определимого срока лицу, с которым оферент не находится в непосредственной связи и истек срок, достаточный для того, чтобы акцепт мог быть получен с использованием того средства связи, которым была направлена оферта;

– если до или одновременно с получением оферты получателем также получен отзыв оферты (ст. 428 ГК Бразилии).

Остальные случаи представляют собой *заключение договора между отсутствующими*, для которых определение момента заключения договора производится с позиций «теории почтового ящика»¹, согласно которой договор считается заключенным в момент отсылки акцепта оференту (ст. 434 ГК Бразилии).

Если оферент не установил срока для акцепта своей оферты, то акцепт должен быть отправлен немедленно. Акцепт считается несуществующим (*inexistente*), если до или одновременно с получением акцепта оферентом приходит и его отзыв (ст. 433).

Корректировке в настоящее время подвергается *содержание договоров* с точки зрения запрета включения в них некоторых положений, которые грубо ущемляют интересы рядовых участников имущественного оборота – потребителей. Поэтому бразильский законодатель, признавая в качестве оснований реализации прав потребителей неравенство и отсутствие равновесия между сторонами договора (п. I ст. 4 Кодекса), считает *несправедливыми*, а потому ничтожными, такие условия договора, которые:

а) ограничивают ответственность поставщика перед потребителем;

б) запрещают потребителю возвращать дефектный товар поставщику или возвращать себе денежную сумму, выплаченную в счет оплаты дефектного товара или услуги;

¹ Об этой теории см., например, Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004. – С. 180.

- с) устанавливают обязанности для лиц, не являющихся поставщиками и потребителями в данном договоре;
- д) ставят потребителя в чрезвычайно невыгодное положение;
- е) обязывают потребителя предоставлять доказательства вины противоположной стороны в процессе;
- ф) запрещают потребителю осуществлять свое право на обращение в административный или судебный орган, имеющий полномочия на рассмотрение споров с участием потребителей до обращения с целью разрешения конфликта к соответствующему поставщику или указанному им лицу;
- г) позволяют поставщику произвольно менять цену;
- h) позволяют поставщику изменять договор в какой-либо части без согласия потребителя;
- і) устанавливают невозможность возвращения потребителю внесенных им в качестве платежа денежных средств, как следствие невыполнения им какого-либо из обязательств, когда есть основание предполагать, что последний вернет купленный товар;
- ј) навязывают заключение или совершение другой помимо указанной в договоре торговой операции;
- к) делают возможным нарушение норм о защите окружающей среды;
- l) не соответствуют системе норм о защите прав потребителей.

§ 4 ст. 51 Кодекса в качестве средства правовой защиты предоставляет потребителю право подавать иск о признании соответствующих условий договора ничтожными, если они противоречат кодексу или, по другой причине нарушают справедливое равновесие между правами и обязанностями сторон в организацию, представляющую интересы потребителя или в соответствующую прокуратуру.

Что касается соответствия воли и волеизъявления, то в изъяснениях следует больше принимать во внимание намерение лица (*intenção*), нежели буквальный смысл выражений (*sentido literal da linguagem* – ст. 112 ГК Бразилии 2002 г.).

Исполнение договора (*pagamento*) должно быть надлежащим, каким в Бразилии признается действие, совершаемое над-

лежащими сторонами, в надлежащее время, в надлежащем месте и по надлежащему предмету.

Надлежащей стороной не обязательно признается кредитор либо должник; исполнение может быть совершено не только должником, но и любым иным лицом, заинтересованным в прекращении возникшего из договора обязательства, и даже третьим, незаинтересованным лицом, действующим, однако, от имени и по поручению должника (ст. 304 ГК Бразилии 2002 г.). Признается надлежащим исполнение, принятое не только кредитором, но и его представителем (ст. 308). Не считается надлежащим исполнение недееспособному (ст. 310).

При невозможности обнаружить кредитора или при его отказе от принятия исполненного¹ должнику предоставляется возможность сдать исполнение на хранение или в депозит, в судебный или иной государственный орган (*pagamento em consignação* – ст. 334-345 ГК Бразилии 2002 г.). Кредитор вправе возражать против такой сдачи (консигнации) по тем же основаниям, что и против принятия исполнения (например, ссылаясь на несвоевременность, частичность исполнения и т. п.). Для должника консигнация является актом, заменяющим исполнение, она (будучи подтвержденной судебным решением) освобождает его от дальнейших обязательств перед кредитором. Если суд не признает правомерности консигнации, должник обязан забрать все сданное на хранение или в депозит, а его обязанности перед кредитором возобновляются в прежнем объеме.

Надлежащим местом исполнения признается то, которое указано в договоре; при отсутствии такого указания местом исполнения считается место нахождения определенного в договоре имущества, а в иных случаях – место жительства должника на момент исполнения договора (ст. 327–330).

Если иное не установлено законом, срок исполнения устанавливается в договоре, и в этом случае кредитор вправе потребовать исполнения немедленно по наступлении срока (ст. 331). Кредитор вправе требовать досрочного исполнения в случае:

¹ Возможны и иные случаи: неспособность кредитора принять исполненное; недостоверность полномочий кредитора на такое принятие; утрата правового основания, на котором совершается исполнение и др.

I. Несостоятельности должника или начала конкурса в отношении его имущества.

II. Установления на имущество, предоставленное ему в ипотечное обеспечение, повторной ипотеки в отношении другого кредитора и др. (ст. 333).

Прекращение договора возможно по достаточно широкому кругу оснований, включающему в себя, в частности, исполнение, гибель выступающей предметом договорного обязательства вещи; признание договора недействительным; прощение долга, новацию (ст. 360–367), зачет (compensação – ст. 360–380), совпадение должника и кредитора в одном лице (confusão – ст. 381–384 ГК Бразилии 2002 г.) и др.

Допустим односторонний отказ (resilição unilateral) от договора по основаниям, указанным в законе, осуществляемый посредством уведомления другой стороны. Если при этом одна из сторон сделала существенные вложения в исполнение своей части обязательств по договору, односторонний отказ от договора становится действительным после истечения срока, достаточного для возврата вложенных средств потратившей их стороне (ст. 473 ГК Бразилии 2002 г.).

Что касается защиты прав потребителей в связи с вопросом прекращения договора, то современное законодательство о защите прав потребителей предоставляет покупателю определенный период времени после заключения договора (передачи товара) продавцом, в течение которого, при определенных условиях, покупатель может вернуть полученный товар или расторгнуть заключенный договор.

Анализ положений Кодекса о защите потребителей Бразилии позволяет заключить, что никаких особых предписаний на счет расторжения договора, отличающихся от общих оснований, закрепляемых положениями ГК, он не предусматривает.

Согласно ст. 49 Кодекса Бразилии о защите потребителей, потребитель в течение 7 дней с момента подписания договора или получения товара (услуги), в случае, если договор был подписан вне места ведения торговли продавцом, особенно, если он был заключен по телефону или в месте жительства покупателя, имеет право расторгнуть договор. Если покупатель использовал указанное право, ему должна быть возвращена упла-

ченная им цена товара или услуги, если факт оплаты подтвержден каким-либо документом.

Что касается *ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора*, условиями наступления таковой признаются факт нарушения договора, наличие ущерба (*perdas* и *danos*), вина должника, в том числе умысел (*culpa o contratante* и *dolo*). Непреодолимая сила (*força maior*) и случай (*caso fortuito*), – обстоятельства, которые нельзя предотвратить и которых нельзя избежать, – помешавшие исполнению, освобождают должника от ответственности перед кредитором (ст. 389–393 ГК Бразилии 2002 г.).

Понятие убытков, которые могут быть причинены неисполнением (ненадлежащим исполнением), используемое ГК Бразилии 2002 г., включает в себя как положительный ущерб, так и упущенную выгоду.

Анализ различных видов договоров, зафиксированных в ГК, позволяет утверждать, что при неисправности должника кредитору предоставляются различные возможности охраны своих интересов. Он, в частности, может:

- а) требовать от суда принуждения должника к исполнению своей обязанности;
- б) нарушить исполнение обязательства другому лицу за счет должника;
- в) взыскать с должника причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением убытки.

Кроме того, на экономически сильную сторону законодатель возлагает ряд дополнительных обязанностей, в том числе обязанность гарантировать безопасность предлагаемых товаров и услуг. Так, Кодекс Бразилии о защите потребителей устанавливает институт законной гарантии. В Бразилии традиционно ведется Реестр коммерсантов, имеющих магазины, а также опоздавших с выплатой или не вернувших взятый кредит. Эта деятельность направлена на информирование потребителей с целью исключения несправедливого сокрытия подобной информации. Кроме того, государственными органами, осуществляющими защиту потребителей, ведется Реестр поставщиков, на которых потребителями поданы жалобы, а также ежегодно публикуются сведения о том, какие из указанных предприятий

рассмотрели поданные на них жалобы и устранили соответствующие нарушения, а какие нет. Поскольку ни одно из предприятий не хочет получать подобного рода рекламу, данный вид учета становится действенным средством борьбы с предприятиями, допускающими нарушения прав потребителей, и улучшает положение последних.

Что касается ответственности за вред, причиненный недоброкачественными товарами, то в Бразилии ответственность лиц, участвующих в производстве, продаже и перепродаже товаров и услуг потребителям предполагается *объективной* и *солидарной*. Так, согласно ст. 12 и 14 Кодекса о защите потребителей, поставщики товаров и услуг несут ответственность за вред, причиненный потребителям независимо от доказанности их вины. Поставщик может освободиться от ответственности только, если докажет, что вред возник по вине потребителя или третьего лица, или, что указанного дефекта товара не существует (ст. 14 § 3, I и II Кодекса). В отношении лиц свободных профессий из этого принципа делается исключение, согласно которому, они несут ответственность, только, если их вина доказана (ст. 14 § 4 Кодекса). Солидарная ответственность производителя (изготовителя); проектировщика; импортера; лица, оказывающего услугу, и коммерсанта предполагает, что в случае обнаружения недостатка товара или причинения товаром вреда, потребитель, по своему выбору, может реализовать свои права против любого из указанных лиц, в соответствии с положениями ст. 7, п. 1, 13, 18, 19 и 25 § 1 и 2 Кодекса¹.

Проведенный обзор позволяет заключить, что, к числу особенностей регламентации договорных отношений в Бразилии можно отнести как идею генерализации предпринимательской деятельности, сквозь призму которой рассматриваются договорные отношения, так и приложение солидаристского императива в

¹ См. об этом также: *Безбах В.В., Беликова К.М.* Актуальные вопросы договорного права и их отражение в гражданских кодексах стран Латинской Америки // *Право стран Латинской Америки: кодификация материального и процессуального гражданского права: монография / под ред. проф. В.В. Безбаха и проф. В.Ф. Поньки.* – М.: РУДН, 2013. – С. 222–301 (482 с.).

договорным отношениям, нацеленного на защиту более слабой стороны (потребителя) в рассматриваемых отношениях. Как Гражданский кодекс, так и Кодекс о защите потребителей довольно подробно регламентируют все существенные вопросы, возникающие при заключении, исполнении и прекращении договора.

В России, как уже отмечалось выше, после принятия в 1993 г. Конституции РФ начал разрабатываться и был поэтапно введен в действие основополагающий закон в сфере гражданского права, – Гражданский кодекс РФ, заменивший ГК РСФСР 1964 г., который, основываясь на началах плановой экономики, пришел в несоответствие с конституционными положениями о частной собственности, свободе предпринимательской деятельности и др. Вследствие чего в правовой доктрине действующий Гражданский кодекс нередко стали именовать «экономической конституцией»¹ страны.

Построенный по пандектной системе, в «Общих положениях» ГК содержит правовые нормы, регламентирующие наиболее существенные вопросы в системе гражданских отношений, в которых договор выступает как основной регулятор этих отношений². В этом формате естественной потребностью в условиях преобладания в экономике частной собственности и свободного товарно-денежного оборота стало закрепление в положении ст. 1 ГК РФ в качестве одного из главных принципов – принципа свободы договора³.

Свобода договора выражается в четырех аспектах: во-первых, в свободе заключения договора (любой участник граж-

¹ См., напр.: *Гаджиев Г.А.* Экономическая конституция. Конституционные гарантии предпринимательской (экономической) деятельности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – № 1. – С. 4 и сл.

² Подробнее об этом см.: *Тихомиров Ю.А.* Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. -1990. – № 5. – С. 27–35. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=156587> (дата обращения: 16.09.2014).

³ *Яковлев В.Ф.* Гражданский кодекс РФ: развитие общих положений гражданского права // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. – М.: Статут, 2008. – С. 51.

данского оборота вправе самостоятельно решать, заключить договор или нет; как правило, контрагента нельзя понудить к заключению сделки); во-вторых, в выборе контрагента; в – третьих, в выборе типа или вида договора; в-четвертых, в определении его условий (ст. 421 ГК)¹.

Из принципа свободы договора законодатель делает определенные исключения; понуждение к заключению договора не допускается за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена ГК РФ, законом или добровольно принятым обязательством (ст. 421 ГК РФ). В настоящее время случаи, когда обязанность заключить договор установлена законом, не многочисленны. Как правило, обязанность заключить договор имеет место, когда заключение договора соответствует интересам как всего общества в целом, так и лица, обязанного заключить такой договор.

Так, согласно п. 1 ст. 343 ГК РФ залогодатель или залогодержатель в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязан, если иное не установлено законом или договором, застраховать заложенное имущество за счет залогодателя. Иногда такая обязанность находит выражение в виде возложения на конкретное лицо обязанности заключения договора в ряде иных ситуаций, например, при заключении договоров, подлежащих заключению: в силу предварительных договоров; по итогам торгов (в том числе государственные контракты на поставку товаров и выполнение подрядных работ для государственных нужд (ст. 528, 765 ГК) и т. д.

С целью обеспечить эффективную реализацию «принципа обязательности заключения договоров» указанного типа, законодатель, во-первых, санкционирует возможность судебного понуждения уклоняющейся стороны к заключению обязательного для нее договора; во-вторых, возлагает на уклоняющуюся сторону бремя возмещения убытков, причиненных таким ее уклонением корреспондирующей стороне (п. 4 ст. 445 ГК РФ); в-третьих, позволяет передавать разногласия по условиям обязательного договора на разрешение суда (ст. 446 ГК РФ).

¹ Романцев Ю.В. Свобода договора (нравственно-юридический аспект) // Гражданское право. – 2013. – № 3. – С. 31.

Анализ норм ГК РФ позволяет определить, что ключевую роль в регулировании договоров играет разд. III «Общая часть обязательственного права», включающий подразд. 1 «Общие положения об обязательствах» и подразд. 2 «Общие положения о договоре». Следует отметить, что нормы, направленные на регулирование института договора, содержатся и в других разделах кодекса. Так, в научной литературе справедливо, на наш взгляд, подчеркивается, что «практически весь текст Гражданского кодекса решает задачу регулирования договоров»¹.

Предметом широкого научного обсуждения является вопрос об определении понятия гражданско-правового договора, так как еще в римском праве договор рассматривался юристами неоднозначно, – и как основание возникновения правоотношения, и как само правоотношение, возникшее из этого основания, и, наконец, как форма, которую соответствующее правоотношение принимает².

Согласно ст. 420 ГК РФ договором признается *соглашение* двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Как отмечает в этой связи В.А. Белов, независимо от того, что «понимается под пресловутым «соглашением», через которое определяется договор – сам ли *процесс его достижения* (т. е. собственно действия нескольких лиц, направленные на то, чтобы выработать нормы и правила регламентации своих отношений) либо *результат такого процесса*, уже достигнутое соглашение (т. е. совокупность норм и правил, выработанных сторонами общественных отношений с целью их автономной регламентации), выходит, что договор представляет собой разновидность сделки – многостороннюю сделку»³. В этом качестве договор противостоит односторонним сделкам, примерами которых могут быть, в частности, и завещание, и разнарядка (указания об отгрузке/пере-

¹ См.: *Витрянский В.В.* Гражданский кодекс о договоре // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1995. – № 10. – С. 100.

² См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. – М.: Статут, 2006. – С. 37.

³ *Белов В.А.* Гражданское право. – Т. 2. – М.: Юрайт, 2012. – С. 681.

даче товаров) покупателя или поставщика. Такие сделки относятся к числу односторонних, поскольку для их совершения в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны (п. 2 ст. 154 ГК РФ).

Договор, как многосторонняя сделка (ст. 154 ГК РФ), содержит согласованные волеизъявления сторон, которые отражаются в следующих актах:

- 1) предложение заключить договор – *оферта*;
- 2) положительный ответ на оферту – *акцепт*.

Предложение заключить договор признается офертой, если соответствует определенным требованиям. Во-первых, оферта должна иметь конкретного адресата (п. 1 ст. 435 ГК РФ); в свою очередь, предложение, не имеющее адресата, может быть квалифицировано либо как *приглашение делать оферты* (напр., реклама), либо как *публичная оферта* (ст. 437 ГК РФ).

В отношении рекламы применительно к вопросу защиты прав потребителей в РФ отметим, что в нашей стране реклама, в которой тот или иной товар подлежит сравнению с товарами конкурентов, используется предпринимателями достаточно редко, поскольку зачастую она признается судами недопустимой в силу нарушения п. 1 ч. 2 ст. 5 ФЗ «О рекламе»¹, согласно которому не допускается некорректное сравнение рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами. При этом ответа на вопрос о том, какое сравнение является корректным, а какое некорректным, законодательством не предусмотрено. Этот пробел восполняется доктриной. Так, например, по мнению О.А. Городова², некорректным будет сравнение тогда, когда его результатом стало распространение ложных, неточных или искаженных сведений о конкуренте. В.О. Нюняев³ полагает, что некорректное сравнение предпола-

¹ № 38-ФЗ «О рекламе» // Российская газета. № 51 от 15.03.2006.

² Городов О.А. Право промышленной собственности: учебник. – М.: Статут, 2011. – С. 694.

³ Нюняев В.О. Правовое регулирование рекламной деятельности: дис. ... к.ю.н. – СПб. 2008. – С. 100.

гает субъективно-оценочное суждение, которое может ввести потребителя в заблуждение и т. д. При этом согласно п. 1 ст. 8 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»¹ потребитель вправе потребовать предоставления необходимой и достоверной информации об изготовителе (исполнителе, продавце), режиме его работы и реализуемых им товарах (работах, услугах) – ст. 10 Закона «О защите прав потребителей» 1992 г.). Кроме того, презюмируется, что потребитель имеет право на безопасность товара (работы, услуги), а вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя вследствие необеспечения безопасности товара (работы), подлежит возмещению в соответствии со ст. 14 этого Закона. Одновременно в ст. 12 предусматривается ответственность изготовителя (исполнителя, продавца) за ненадлежащую информацию о товаре (работе, услуге)².

В основном же предложение о заключении договора, адресованное неопределенному кругу лиц, не является публичной офертой, поскольку предложение может не иметь необходимой для оферты определенности по содержанию³.

¹ «Российская газета» от 7 апреля 1992 г. (в ред. ФЗ от 5 мая 2014 г. № 112-ФЗ).

² Об ответственности за вред, причиненный товарами (услугами) см. подробнее, напр.: *Румянцев М.Б.* Правовое регулирование отношений из причинения вреда источником повышенной опасности в РФ и США: дис. ... к.ю.н. – М., 2013. – 220 с.

³ Для сравнения см. подходы стран континентальной системы права: *Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2004. – С. 503–507; Договор страхования имущества // Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – С. 671–794; Безбах В.В., Беликова К.М. Заключение, исполнение и прекращение договора в странах Латинской Америки // Адвокат. – 2012. – № 6. – С. 56–72; Беликова К.М. Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – С. 340–348; Она же. Правовой режим защиты прав потребителей в странах МЕРКОСУР: некоторые аспекты информационной безопасности // Вестник калмыцкого университета. – 2012. – № 4 (16). – С. 107–113. URL: http://kalmsu.ru/files/dokument_2011/p_k_2012/Vestnik_1_2/vestnik_4.pdf (дата обращения: 16.09.2014).*

Во-вторых, оферта должна быть «достаточно определенной», т. е. выражать однозначную волю стороны заключить договор, поскольку любая неопределенность порождает многообразие понимания содержания оферты. Однако законодатель не уточняет, что именно должно быть в оферте достаточно определено. В-третьих, оферта должна содержать все существенные условия предлагаемого к заключению договора, которые однозначно определены как существенные в ст. 432 ГК РФ. В конечном счете смысл данного требования к оферте состоит в том, что оферта, по выражению немецкого юриста Л. Эннекцера, «должна быть настолько определенной, чтобы можно было путем ее принятия достигнуть соглашения о всем договоре»¹.

Адресат оферты может либо отклонить ее, либо принять, т. е. произвести акцепт оферты, – полностью и безоговорочно. А.Н. Кучер отмечает в этой связи, что требования ст. 438 ГК РФ есть принцип зеркального соответствия акцепта оферте, когда «договор может быть заключен только при полном совпадении волеизъявления сторон, т. е. при достижении полного согласия относительно всех условий договора»².

На оферента по общему правилу возлагается обязанность заключить договор согласно условиям, обозначенным в адресной (конкретной) или публичной оферте, которым корреспондирует обязанность адресата, если оферта была акцептована. Однако, оферта и ее акцепт, направленные адресату и полученные им, а также фактически не дошедшие до него, могут быть отозваны специальным извещением. Так, если извещение об отзыве оферты (акцепта) поступило ранее или одновременно с офертой (акцептом), то последние считаются неполученными адресатом. При этом положения ст. 436 ГК РФ декларирует принцип безотзывности оферты, согласно которому оферта не может быть отозвана в течение срока, установленного для ее акцепта, т. е. оферент лишается возможности совершить какие-либо действия, способные воспрепятствовать наступлению гражданско-правовых последствий акцепта оферты.

¹ См.: Эннекцерус Л. Курс гражданского права. – Т. 1. – Полутом 2. – М.: Иностранная литература, 1950. – С. 175.

² Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: Юридический аспект. – М., 2005. – С. 160.

Адресат при этом должен выразить свое согласие или отказаться от оферты в пределах определенного срока; если данный срок не установлен оферентом, то стороны должны руководствоваться положениями ст. 441 ГК РФ. Согласно этой статье для письменной оферты договор считается заключенным, если акцепт получен оферентом до окончания срока, установленного законом или иными правовыми актами, а для устной оферты акцепт должен быть получен немедленно. Договор признается заключенным с момента получения акцепта оферентом (система получения акцепта).

Представляется важным отметить, что договор, кроме волеизъявления сторон в форме оферты и акцепта может содержать и иные составные части, а именно: договор о передаче движимой вещи в собственность наряду с соглашением включает в себя реальный акт (передачу вещи, уплату страховой премии в договоре страхования и пр.)¹, а договор о передаче недвижимой вещи в собственность – акт государственной регистрации соглашения² и т. д. С этой точки зрения ученым, формирующим научную доктрину по рассматриваемому вопросу понятие договора, закрепляемое законодателем в ст. 420 ГК РФ, представляется неполным, так как «редуцирует договор до голого – соглашения двух или нескольких лиц»³.

Договоры бывают возмездные и безвозмездные. Возмездные – такие, по которым сторона должна получить плату или иное встречное предоставление (договор купли-продажи, проката, имущественного найма, перевозки грузов и пассажиров и др.). Безвозмездные – по которым одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления (договор дарения, безвозмездного пользования имуществом и др.).

Так, по договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой сторо-

¹ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Заключение договора // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2013. – № 5. – С. 60.

² Крашенинников Е.А. К вопросу о «собственности на требование» // Очерки по торговому праву. – Вып. 12. – Ярославль, 2005. – С. 34; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Оговорка о сохранении права собственности // Вестник ВАС РФ. – 2011. – № 9. – С. 43.

³ Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Цит. соч.

не (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и заплатить за него определенную денежную сумму (цену – п. 1 ст. 454 ГК РФ). А по договору дарения одна сторона (даритель) безвозмездно передает или обязуется передать другой стороне (одаряемому) вещь в собственность либо освобождает ее или обязуется освободить ее от имущественной обязанности перед собой или третьим лицом (п. 1 ст. 572 ГК РФ).

Условия, на которых достигнуто соглашение сторон, составляет содержание договора. По своему правовому значению все условия договора делятся на существенные, обычные и случайные. Для того, чтобы договор считался заключенным, необходимо согласовать все его существенные условия. Набор существенных условий различен в зависимости от того, о каком договоре идет речь. Так, цена недвижимого имущества (земельного участка, здания, сооружения, квартиры) является существенным условием договора купли-продажи недвижимости (п. 1 ст. 555 ГК РФ), тогда как для обычного договора купли-продажи цена продаваемого товара существенным условием не считается (п. 1 ст. 458 ГК РФ).

Существенные условия договора представлены в схеме 5.1.

Обычные условия (в отличие от существенных) не нуждаются в согласовании сторон; они предусмотрены в соответствующих нормативных актах и вступают в силу автоматически. Это не значит, что обычные условия действуют против воли сторон. Например, при заключении договора аренды автоматически вступает в действие условие, предусмотренное ст. 211 ГК РФ, в соответствии с которым риск случайно гибели или повреждения имущества несет его собственник, т. е. арендодатель.

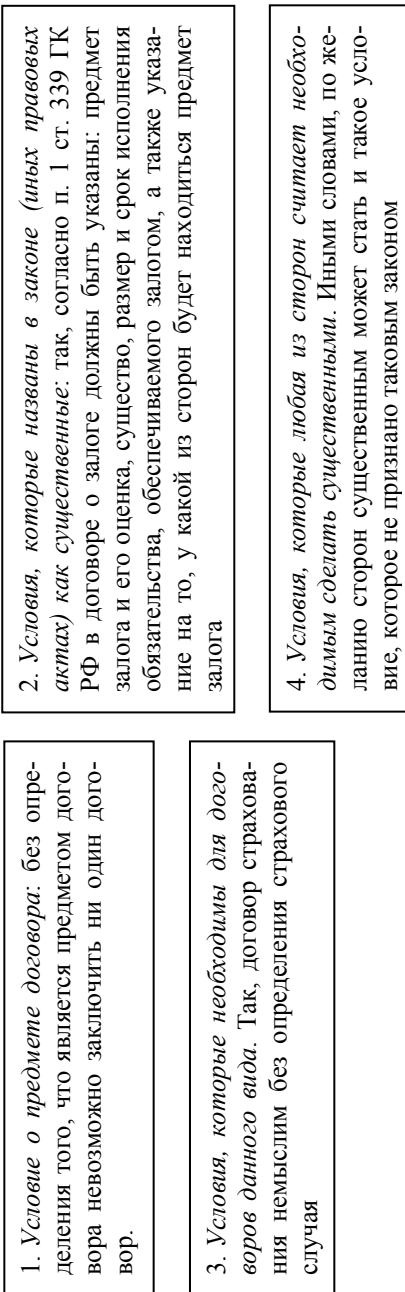
Случайными считают такие условия, которые изменяют либо дополняют обычные условия. Так, если при заключении договора купли-продажи стороны не договорились, каким видом транспорта (хотя могли договориться об этом – это случайное условие) товар будет доставлен покупателю, договор считается заключенным и без такого условия.

Для заключения договора необходимо согласовать все его существенные условия в требуемой законом *форме*. Договор может быть заключен в любой форме, предусмотренной для совершения сделок (п. 1 ст. 434 ГК РФ).

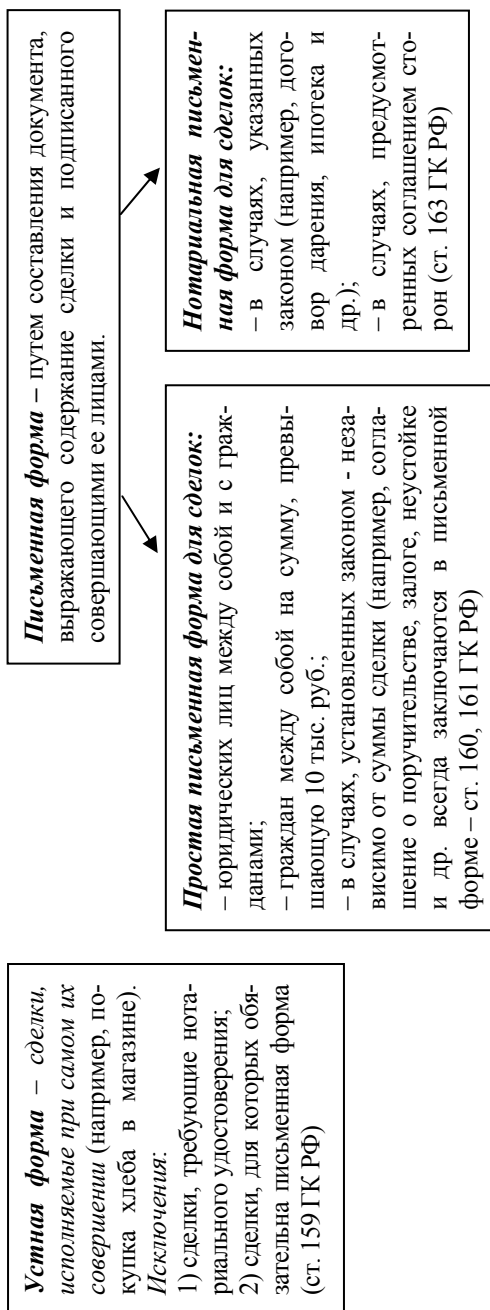
Формы совершения сделок представлены в схеме 5.2.

Схема 5.1

Существенные условия договора



Формы совершения сделок (ст. 158 ГК РФ)



Большое значение имеет также вопрос о начале и окончании действия договора. Договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения (ст. 425 ГК РФ). Вместе с тем стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора. Так, изготовитель продукции отгрузил ее потребителю, нуждающемуся в ней, а последний принял ее без какой-либо договоренности между ними, а свои отношения они юридически оформили – заключили договор – позже.

Далее. Одним из самых дискуссионных вопросов является вопрос недействительности сделок, повышенный интерес к нему на сегодняшний день обусловлен последними изменениями в ГК РФ. 1 сентября 2013 г. вступил в силу второй блок поправок в Гражданский кодекс РФ, затронувший, в том числе, и сделки¹. В этой связи интересны мнения ученых по этому вопросу, предшествовавшие этим изменениям. Отметим, что ученые давали и дают различные определения понятия «недействительная сделка» с позиции характеристики его как института, призванного сдерживать «произвол частной воли»². Так, В.А. Белов пишет, что «недействительная сделка не предусмотрена правовыми нормами, внешне перед нами сделка, реально же сделки нет. По итогам такой «квазисделки» никто ни к чему не обязан, никто ничем не связан»³. С.А. Зинченко и В.В. Галлов приходят к выводу, что недействительная сделка формируется неправомерными действиями субъектов, которым нормами объективного права придан статус юридического факта, а не те, на которые рассчитывали субъекты изъявленной своей волей⁴. Таким

¹ См.: Изменения в ГК РФ согласно ФЗ от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразд. 4 и 5 разд. 1 ч. 1 и ст. 1153 ч. 3 ГК РФ» об основаниях и о последствиях недействительности сделок // СЗ РФ от 13 мая 2013 г. № 19 ст. 2327.

² Гамбаров Ю.С. Недействительность сделок: ничтожные и оспоримые сделки // Закон. – 2010. – № 11. – С. 165. Обзор более ранних представлений на этот счет см. в кн.: Хейфец Ф.С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. – М.: Юрайт, 1999.

³ Белов В.А. Чертова дюжина вопросов (о судьбе института недействительности сделки) // Корпоративный юрист. – 2005. – № 4. – С. 27–29.

⁴ Зинченко С.А., Галлов В.В. Сделка и ее недействительность в доктрине, законодательстве, правоприменении // Законы России. – 2009. – № 4. – С. 90–101.

образом, по мнению исследователей, которое мы поддерживаем, недействительная сделка отличается от действительной тем, что заинтересованные стороны не достигают ожидаемых правовых последствий.

Ст. 166 ГК РФ устанавливает следующую классификацию недействительных сделок – ничтожные и оспоримые. И те и другие сделки признаются недействительными по основаниям, установленным Гражданским кодексом. Сделка признается ничтожной независимо от признания судом (презумпция ничтожности), а недействительность оспоримой сделки устанавливается только в судебном порядке. Таким образом, в качестве классификационного критерия, который указывает на отличия ничтожной сделки от оспоримой выступает способ их признания таковыми¹.

Вместе с тем, приведенная модель классификации недействительных сделок в отечественной цивилистике подвергалась определенной критике. Так, Д.О. Тузов полагал, что использование категории «недействительность» сразу в двух значениях: в собственном смысле отсутствия правового эффекта (порок сделки) и в смысле наличия в сделке пороков, приводящих к такому отсутствию, приводит к тому, что ничтожность и оспоримость рассматриваются в качестве видов недействительности². Развивая эту идею С.А. Зинченко и В.В. Галлов справедливо отмечают, что после признания оспоримой сделки недействительной теряется классификационный критерий отличия ее от ничтожной сделки, так как и та, и другая становятся недействительными³.

Возвращаясь к действующему законодательству отметим, что самыми существенными являются изменения в части признания сделок недействительными – Кодекс меняет презумп-

¹ Подробнее об этом см.: *Хейфец Ф.С.* Цит. соч.

² *Тузов Д.О.* Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: дис. ... д.ю.н.: 12.00.03. – Томск, 2006. – 365 с.; *Он же.* Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике // *Корпоративный юрист.* – 2005. – № 4. – С. 37 и сл.

³ См.: *Зинченко С.А., Галлов В.В.* Цит. соч.

цию ничтожной сделки, нарушающей требования закона¹. Теперь такая сделка по общему правилу будет оспоримой (п. 1 ст. 168 ГК РФ) и признать ее недействительной станет сложнее. Так, в п. 2 новой редакции ст. 168 устанавливается, что для признания сделки ничтожной (если из закона не следует, что такая сделка оспорима или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки) необходимо соблюдение двух условий: сделка, во-первых, должна нарушать требование закона или иного правового акта и, во-вторых, посягать на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц.

О применении последствий недействительности ничтожной сделки вправе заявить сторона сделки либо другое лицо, предусмотренное законом (раньше – любое заинтересованное лицо), и только при наличии охраняемого законом интереса в признании сделки недействительной (п. 3 ст. 166 ГК РФ). Закрепление законодателем четкого круга лиц, имеющих право требовать признания сделки ничтожной, является, на наш взгляд, одним из безусловных достижений ГК РФ.

Вместе с тем и другие, внесенные в ГК РФ поправки декларируют ряд важных общих правил, направленных на пресечение использования недействительности в качестве способа выхода из сделки одного из контрагента:

1) если из поведения стороны явствует воля сохранить сделку, то такая сторона не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором она знала или должна была знать при проявлении воли (п. 2 ст. 166 ГК РФ), т. е. если один из контрагентов знал о наличии порока сделки, но не заявил об этом, то он лишается права ссылаться на этот порок впоследствии;

2) заявление о недействительности сделки не будет иметь правового значения, если заявитель действует недобросовестно, в частности, если его поведение после заключения сделки дава-

¹ Изменения в ГК РФ уже вступили в силу в сентябре. Что учесть в работе уже сегодня // Арбитражная практика. – 2013. – № 8. URL: http://www.arbitr-praktika.ru/arhiv/137_avg_2013/topic1748_izmeneniya_v_gk_rf_vstupaut_v_silu_v_sentyabre_chno_uchest_v_rabote_uje_segodnya.html (дата обращения: 23.02.2014).

ло основание другим лицам полагаться на действительность сделки (п. 5 ст. 166 ГК РФ);

3) законодатель детализирует, что существенное заблуждение (ст. 178 ГК РФ) имеет место, если сторона, разумно и объективно оценивая ситуацию (зная о действительном положении дел), не совершила бы сделку. К таким случаям прямо отнесены, в частности, очевидная оговорка, описка, опечатка, а также заблуждение относительно стороны сделки. Установлено, что сделка не может быть признана недействительной, если другая сторона выразит согласие на те условия, из которых исходила при заключении сделки заблуждавшаяся сторона.

Особо стоит сказать о недействительности условий договора, ущемляющих права потребителя. Так, согласно ст. 16 Закона «О защите прав потребителей» 1992 г. условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами РФ в области защиты прав потребителей, признаются недействительными. Если в результате исполнения договора, ущемляющего права потребителя, у него возникли убытки, они подлежат возмещению изготовителем (исполнителем, продавцом) в полном объеме. В частности, запрещается обуславливать: приобретение одних товаров (работ, услуг) обязательным приобретением иных товаров (работ, услуг); удовлетворение требований потребителей, предъявляемых в течение гарантийного срока, условиями, не связанными с недостатками товаров (работ, услуг). Убытки, причиненные потребителю вследствие нарушения его права на свободный выбор товаров (работ, услуг), возмещаются продавцом (исполнителем) в полном объеме. Равным образом продавец (исполнитель) не вправе без согласия потребителя выполнять дополнительные работы, услуги за плату, а потребитель вправе отказаться от оплаты таких работ (услуг). А если они оплачены, потребитель вправе потребовать от продавца (исполнителя) возврата уплаченной суммы. Согласие потребителя на выполнение дополнительных работ и услуг за плату оформляется продавцом (исполнителем) в письменной форме, если иное не предусмотрено федеральным законом. В этом формате потребители имеют право на защиту своих прав судом (ст. 17 Закона «О защите прав потребителей» 1992 г.). О защите прав по-

требителей при продаже им товаров говорится в гл. II рассматриваемого Закона, при выполнении работ (оказании услуг), – в гл. III.

Далее. Любые обязательства, вытекающие из заключенного между сторонами договора, носят временный характер (ограничены во времени). Как правило, обязательства сторон прекращаются в силу действия правопрекращающих юридических фактов, установленных в гл. 26 раздела III ГК РФ «Прекращение обязательств». В силу п. 1 ст. 407 ГК РФ основания, прекращающие обязательства, могут быть предусмотрены в законе, иных нормативных актах или в договорах. То есть перечень юридических фактов и составов, установленных в гл. 26 ГК РФ не является исчерпывающим.

Основания прекращения обязательств подразделяют на два блока в зависимости от волеобразующего элемента, – факта погашения обязательств по воле его участников и при полном удовлетворении имущественного интереса кредитора либо прекращения обязательств независимо от воли сторон и достижения цели соглашения между сторонами. Так, к первому блоку правопрекращающих юридических фактов и составов относятся следующие: надлежащее исполнение (ст. 408); отступное (ст. 409 ГК); зачет (ст. 410 ГК); новация (ст. 414 ГК); прощение долга (ст. 415 ГК). Ко второму, – совпадение сторон в одном лице (ст. 413); невозможность исполнения (ст. 416 ГК); издание государственного акта (ст. 417 ГК); смерть гражданина (ст. 418 ГК); ликвидация юридического лица (ст. 419 ГК); ненадлежащее исполнение (напр., п. 1 ст. 18 Закона «О защите прав потребителей» 1992 г.).

По общему правилу, истечение срока договора только тогда прекращает его действие, когда стороны надлежащим образом исполнили все лежащие на них обязательства.

Исполнение считается надлежащим, когда должник совершил входящие в содержание его обязанности действия в установленном в договоре срок, в установленном договором месте, надлежащим образом и надлежащему кредитору. Таким образом, надлежащее исполнение выступает ключевым основанием, прекращающим обязательства, в том числе договора. Чтобы быть надлежащим, исполнение обязательств должно отвечать

определенным требованиям, составляющим принципы исполнения обязательств¹: так, *принцип надлежащего исполнения* «применительно к договорным обязательствам конкретизируется в понятии договорной дисциплины, соблюдение которой предполагает необходимость точного и своевременного исполнения сторонами договора всех своих обязанностей². В числе иных принципов, на которых базируются договорные обязательства, можно назвать: *принцип недопустимости одностороннего отказа от договора* (или «принцип неизменности обязательства»³ – известный как доктрина *clausula rebus sic stantibus* в праве стран континентальной системы или *doctrine of frustration* в праве стран общего права⁴); *принцип реального исполнения обязательства*; *принцип добросовестности* (п. 5 ст. 10 ГК РФ⁵) и пр.

Если же не исполнена надлежащим образом хотя бы одна обязанность, вытекающая из договора, то договор не прекращает свое действие и по истечении срока, на который был заключен. Так, если договор подряда заключен сроком на 1 год, то по истечении этого года договор не прекращает свое действие, если подрядчик не завершил предусмотренные договором подряда работы. Напротив, в договорных отношениях с участием потребителя предусматривается право потребителя отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар суммы в случае обнаружения в товаре недостатков, если они не были оговорены продавцом. А в отношении технически сложного товара потребитель в случае обнаружения в нем недостатков вправе, как один из вариантов пове-

¹ Российское гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. – Т. 2. – М.: Статут, 2010. – С. 63.

² Там же. – С. 63.

³ Гражданское право России. Общая часть. Курс лекций / отв. ред. О.Н. Садилов. – М., 2001. – С. 589.

⁴ См., напр.: *Беликова К.М.* Развитие принципов договорного права в Европе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2007. – № 2. – С. 59–67.

⁵ Изменения в ГК РФ согласно ФЗ от 30.12.2012 №302-ФЗ «О внесении изменений в гл. 1, 2, 3 и 4 ч. 1 ГК РФ», вступившие в силу с 1 марта 2013 г. // Российская газета. – 11.01.2013. – № 3.

дения, отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за такой товар суммы в течение 15 дней со дня передачи потребителю такого товара (п. 1 ст. 18 Закона «О защите прав потребителей» 1992 г.).

За неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств стороны несут установленную гражданским законодательством (гл. 25 ГК РФ) имущественную ответственность.

Кроме того, надлежащее исполнение договорных обязательств обеспечивается способами, установленными законом: неустойкой, залогом, поручительством и т. д. (гл. 23 ГК РФ). Так, *неустойкой* (штрафом, пеней) признается определенная законом (законная неустойка) или договором (договорная неустойка) денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности, при просрочке исполнения (ст. 330 ГК РФ).

Смысл *залога* состоит в том, что в случае неисполнения обязательства кредитор по обеспеченному залогом обязательству вправе получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (ст. 334 ГК РФ).

При *поручительстве* третье лицо (поручитель) в письменной форме принимает на себя обязательство перед кредитором за исполнение должником своего обязательства (полностью или в части – ст. 361 ГК РФ). В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником своего обязательства, и должник, и поручитель солидарно (вместе) отвечают по обеспеченному поручительством обязательству (ст. 363 ГК РФ).

Как уже отмечалось вышезаключенные договоры должны исполняться на тех условиях, на которых было достигнуто соглашение сторон, и не должны изменяться. Такое правило придает устойчивость имущественному обороту. Вместе с тем, может возникнуть такая ситуация, когда интересы сторон требуют *изменения и даже расторжения договора*. Это возможно только по взаимному соглашению сторон. Так, стороны, заключившие договор аренды сроком на 5 лет, могут по соглашению между собой прекратить его действие, не дожидаясь истечения 5-лет-

него срока. Бывают и другие ситуации. Так, в тех случаях, когда возможность изменения или расторжения договора не предусмотрена законом или договором и сторонами не достигнуто соглашение об этом, договор может быть изменен или расторгнут по требованию одной из сторон только по решению суда и только в следующих случаях:

– *при существенном нарушении договора другой стороной.* Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора. Так, если между акционерным обществом и аудиторской фирмой заключен договор на оказание аудиторских услуг, а после проведенной аудиторской проверки налоговая инспекция обнаружила нарушения, которые пропустила аудиторская фирма при проверке, акционерное общество вправе в судебном порядке требовать расторжения договора на оказание аудиторских услуг;

– *в связи с существенным изменением обстоятельств, из которых стороны исходили при заключении договора.* Изменение обстоятельств признается существенным, когда обстоятельства изменились настолько, что, если бы стороны могли это разумно предвидеть, договор вообще не был бы ими заключен или был бы заключен на значительно отличающихся условиях. Так, основанием для изменения договора аренды помещения под гостиницу будет резкое сокращение притока туристов вследствие изменения экологических условий;

– *в иных случаях, предусмотренных законом или договором* (ст. 450, 451 ГК РФ). Так, например, договор поднайма жилого помещения, предоставленного по договору социального найма, может быть расторгнут при невыполнении поднаимателем условий договора поднайма жилого помещения (ст. 79 Жилищного кодекса РФ¹).

Обычно соглашение об изменении или расторжении договора совершается в той же форме, что и первоначальный договор. В случае изменения договора меняется и содержание обя-

¹ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // Российская газета. – 12.01.2005. – № 1.

зательства, основанного на данном договоре, но только в той части, в которой был изменен договор. Так, если сторона договора поставки согласилась с тем, что поставщик вместо товара первого сорта будет поставлять товар второго сорта, то покупатель будет вправе требовать поставки товара именно второго, а не первого сорта. При изменении или расторжении договора в судебном порядке основанное на договоре обязательство изменяется или прекращается с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда.

На основании изложенного можно заключить, что договорное право России на современном этапе претерпевает ряд существенных изменений, которые нашли отражение в новеллах реформированного Гражданского кодекса и Закона «О защите прав потребителей» 1992 г. Эти изменения, на наш взгляд, отвечают потребностям гражданско-правового регулирования общественных отношений.

В Индии, как и в других зарубежных странах, для нормальной повседневной торговли и регулярного товарообмена необходимо, чтобы создавались действительные и эффективные договоры. Договорное право является одной из важнейших составляющих торгового права Индии. Оно затрагивает множество сфер, в том числе торговлю, промышленность и др., будучи основным способом оформления деловых отношений в современной Индии.

Основу договорного права Индии создает Закон о договоре 1872 г.¹ (далее – Закон 1872 г.), действие которого распространяется на всю Индию, кроме штата Джамму и Кашмир.

Его основная цель состоит в том, чтобы обеспечить, соблюдение прав и исполнение обязанностей, возникающих у сторон при заключении договора, а также гарантировать эффективность и доступность средств правовой защиты при необходимости их применения. На сегодняшний день Закон 1872 г., главным образом, определяет общие принципы и правила, которыми следует руководствоваться в процессе заключения и

¹ The Indian Contract Act, 1872. Act № 9 of 1872 1 (25 April, 1872). URL: <http://www.indiankanoon.org/doc/171398/> (дата обращения: 25.01.2015).

исполнения договоров. Закон состоит из двух частей: первая часть (ст. 1–75) содержит в себе общие принципы договорного права, и поэтому относится ко всем договорам независимо от их характера; вторая часть (ст. 124–238) касается отдельных видов договоров, например, соглашения о компенсации и гарантии, залоге и представительстве и др.¹ Имевшиеся в Законе ранее: гл. VII (ст. 76–123) Закона 1872 г. о купле-продаже товаров (Sale of Goods,) и гл. XI (ст. 239–266), включающая в себя положения о договоре товарищества (of Partnership), – отменены.

Существует множество доктринальных определений договора, выработанных странами общего права, к которым относится и Индия.

Так, Д. Самонд и Д. Вильямс² применительно к праву Великобритании определяют договор как соглашение, создающее и определяющее обязательства между сторонами.

По мнению В. Ансона³, договор – это соглашение, заключаемое между двумя или более сторонами на основании закона, согласно которому, права, приобретаемые контрагентом (контрагентами), уполномочивают его (их) совершить определенные действия или воздержаться от каких-либо действий в отношении другого контрагента или нескольких контрагентов.

«Любое соглашение и обещание, исполнения которых можно требовать на основании закона, – это договор», – говорит

¹ Indian Contract Act. Summary of key points. URL: <http://www.net-lawman.co.in/ia/indian-contract-act> (дата обращения: 25.01.2015).

Раньше общая структура Закона 1872 г. выглядела следующим образом: ст. с 1 по 75 – закрепляли общие принципы, касающиеся заключения и т. д. договора; ст. 76–123 – включали положения о продаже товаров, ст. 124–147 – были связаны с соглашениями о компенсации и гарантиях при причинении вреда; ст. 148–181 – гласили о соглашениях, ссуде и залоге имущества; ст. 182–238 – об агентском договоре и ст. 239–266 – посвящались торговому товариществу.

² Вильямс Д., Самонд Д. Основы договорного права / пер. с англ. С.А. Андрианов, В.В. Зайцева; под ред. Е.А. Флейшиц. – М.: Инстр. лит., 1955. – С. 23.

³ Ансон В. Договорное право / пер. с англ.; под общ. ред. и с предисл. О.Н. Садикова. – М.: Юридическая литература, 1984. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1392.html (дата обращения: 29.08.2013).

Поллок (Pollock). «Договор – говорит Халсбери (Halsbury) – это соглашение между двумя и более лицами, которые имеют намерение быть обязанными согласно закону к исполнению такого соглашения (enforceable at law), достигнутого путем акцепта одной из сторон предложения (оферты), сделанного ей другой стороной, сделать что-то или воздержаться от какого-либо действия»¹.

Легальное определение договора закрепляется в Законе о договоре 1872 г. Определение, данное в п. (h) ст. 2 индийского Закона о договоре 1872 г., представляется общим и допускающим появление различных доктринальных толкований: «договор – это соглашение, исполнения которого можно требовать на основании закона» (An agreement enforceable by law is a contract).

Под «соглашением», в данном случае понимается «обещание или ряд обещаний» (a promise or a set of promises), посредством которых у обеих сторон формируются обязанность предоставить встречное удовлетворение (consideration – п. (e) и (f) ст. 2 Закона 1872 г.).

Под встречным удовлетворением (согласно ст. 23 Закона 1872 г. – considerations and objects) понимается некое благо, обещанное одной стороной другой стороне в процессе формирования договора. При этом *consideration* или *object* не должно быть запрещено законом, т. е. должно быть такого рода, которое разрешено; его предоставление не должно нарушать положений ни одного из действующих законов или быть обманным; не должно состоять в причинении вреда личности или имуществу, а также противоречить государственной политике (public policy). *Consideration* может состоять в предоставлении денег, вещей, услуг, обещании совершить определенные действия в будущем или воздержаться от их совершения и др. (п. (a)–(i) ст. 23). Заметим также, что в том случае, когда у должника или кредитора уже имеется обязательство в отношении конкретного объекта, такой объект не может стать основанием нового договорного отношения.

¹ What is Law? Study Note – 1: Indian Contract Act, 1872 / Ed. by Ms. Educonz Pvt. Ltd. Law & Audit. URL: http://www.educonz.com/download/law_audit.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

Согласно доктрине встречного удовлетворения, разработанной общим правом¹, основание договора представляет собой некую предпосылку заключения договора, выражающуюся в том, что обе стороны предоставляют определенные имущественные гарантии исполнения договора еще до момента его заключения. Этой доктрине на сегодняшний день придается уже не такое большое значение в экономически развитых странах, как раньше – так, например, уже начиная с середины XX в. Единообразный торговый кодекс США стал рассматривать соглашение сторон (agreement), понимаемое как переговоры сторон (the bargain of the parties in fact) в качестве обязательного элемента понятия договора (ст. 1–201 ЕТК США²).

Наряду с предоставлением встречного удовлетворения, создающим предпосылку наличия договора, обязательство возникает тогда, когда предложение о заключении сделки принято. Косвенно, соглашение представляет собой принятое предложение. Другими словами, соглашение состоит из предложения или «оферты» («offer») и его принятия или «акцепта» («acceptance»).

«Оферта» или предложение является отправной точкой в процессе заключения договора. Заключение любого соглашения инициируется одной из сторон, которая делает предложение другой стороне купить что-либо, воспользоваться какой-либо услугой и т. д. Когда одна сторона, желающая создать юридически значимое обязательство, уведомляет другую сторону о своей готовности совершить или не совершать определенные действия в пользу последней, в целях получения согласия от другой стороны на такие действия или на воздержание от действий, она и выносит «оферту» или предложение.

Достижение соглашения является результатом принятия предложения. Таким образом, «акцепт» представляет собой вторую стадию заключения договора. Акцепт является актом проявления адресатом оферты его согласия на условия предложения, он демонстрирует готовность адресата оферты связать

¹ См.: Indian Contract Act. Summary of key points. URL: <http://www.netlawman.co.in/ia/indian-contract-act> (дата обращения: 18.09.2014)

² § 1–201. General Definitions // Uniform Commercial Code. URL: <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201> (дата обращения: 18.09.2014).

себя предложенными ему условиями оферты. Для того, чтобы акцепт считался состоявшимся, его принятие должно детальным образом корреспондировать условиям оферты, оно должно быть безоговорочно и абсолютно, и оферент должен получить сообщение о принятии предложения (об акцепте – ст. 3–9 Закона 1872 г.).

Таким образом, в Индии договор – это обещание, правовую основу которого составляет оферта, акцепт и встречное удовлетворение, являющиеся обязательными элементами договорного правоотношения. Именно во взаимодействии этих элементов и заключается отражение природы договора. При этом, отсутствие одного из элементов порождает недействительность договора.

При этом согласно ст. 10 Закона 1872 г. «What agreements are contracts» все соглашения (agreements) являются договорами (contract) когда они заключены:

- по взаимному согласию сторон (made by the free consent),
- при предоставлении сторонами юридически действительного встречного удовлетворения (for a lawful consideration),
- в отношении законного предмета сделки (with a lawful object);
- при отсутствии оснований недействительности (are not hereby expressly declared to be void), таких как, например, заключение дееспособными сторонами – parties should be competent to contract; договор не должен заключаться под влиянием заблуждения или ошибки, например, относительно предмета договора, обмана и пр. (misrepresentation, mistake, fraud, etc.).

Согласие (consent) является очень важной составной частью договорных правоотношений (ст. 13 Закона 1872 г.). Согласие признается свободным (free consent), когда отсутствует:

1) принуждение (coercion) к заключению договора в смысле положений ст. 15 настоящего Закона (например, в результате угроз и пр.);

2) недолжное влияние (undue influence), понимаемое в смысле положений ст. 16 настоящего Закона (например, доминирование над волей контрагента и использование его в недобросовестных целях), либо обман (fraud) в смысле положений ст. 17 настоящего Закона (например, обещание чего-либо без намере-

ния это выполнить), либо заблуждение (misrepresentation) в смысле положений ст. 18 настоящего Закона (например, неумышленное подведение контрагента к ошибочному представлению о сути предмета договора);

3) ошибка (mistake) в смысле положений 20–22 настоящего Закона (например, о сути договора, – вместо договора купли-продажи лицо предполагает, что заключает договор дарения)¹.

Договоры, заключенные в нарушение этих предписаний недействительны (ст. 19 Закона 1872 г.). Так, в случае, если лицо становится стороной по договору вследствие получения искаженной информации о сути обязательства, или его представления о договоре ошибочны, такой договор признается недействительным как мошеннический (ст. 19, 20 Закона 1872 г.).

Кроме того, договор должен быть определенным (certain), и его цель должна состоять в том, чтобы создать конкретное правоотношение. Договор становится недействительным, если его содержание неопределенно и не может быть определено (ст. 29 Закона 1872 г.). Соглашения, которые не могут быть исполнены согласно закону, не являются договорами (ст. 2).

Лицами, компетентными вступать в договорные отношения, являются совершеннолетние согласно положениям закона лица (who is of the age of majority), находящиеся в здравом рассудке (of sound mind) и не лишенные на основании какого-либо закона, распространяющегося на них, права заключать договоры (not disqualified from contracting by any law to which he is subject – ст. 11 Закона 1872 г.). Таким образом, не могут заключить договоров лица, не достигшие совершеннолетия, не находящиеся в здравом рассудке, и лица, лишенные на основании закона права заключать договоры. Вместе с тем, в ряде случаев стороной по договору может выступать лица частично дееспособные.

Что касается лиц, не находящихся в здравом рассудке (a person who is usually of unsound mind), к таким лицам с точки зрения индийского Закона о договоре относятся лица, не спо-

¹ Подробнее см.: Free consent [under Indian Contract Act 1872]. URL: <http://cec.sakshat.ac.in/cec/B.Com/NMEICT-COMMERCE1/Business-Regulatory-Framework/Free-Consent/content/downloads/script.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

собные на момент заключения договора понять условия договора и сформировать рациональное представление о том, каким образом заключение договора повлияет на интересы данного лица. Лицо, обычно находящееся в здравом рассудке, случайно пришедшее в противоположное состояние – *of unsound mind* – не может заключать действительных договоров, пока находится в таком необычном для себя состоянии. И наоборот. Душевнобольной не может вступать в договорные отношения, поэтому договор, одной из сторон по которому является лицо, не осознающее характера своих действий, недействителен. Однако если договор будет заключен таким лицом в состоянии вменяемости, то он будет действовать, и стороны будут обязаны выполнять его условия (ст. 12 Закона 1872 г.). Так, пациент сумасшедшего дома может совершать договоры в периоды здравомыслия, а нормальный человек, страдающий от лихорадки или находящийся в состоянии опьянения, в связи с чем он не может понимать условий договора и формировать рациональное представление о том, каким образом его заключение повлияет на его интересы, не может заключить договор, пока длится лихорадочный бред или состояние опьянения.

Равным образом человек, находящийся под влиянием гипноза, также временно не осознает характера своих действий. Умственные отклонения, которые являются результатом старости или болезни, также влияют на возможность физического лица вступать в договорные отношения, поэтому, если лицо, находящееся в таком состоянии, не осознает, к чему приведут его действия, оно не может стать стороной по договору.

Таким образом, повторим, – рассмотренные положения, на наш взгляд, указывают на наличие двух обязательных элементов, без которых договора не может существовать. Во-первых, должно быть в наличии соглашение между сторонами, формируемое посредством акцента оферты. Во-вторых, соглашение должно быть таким, исполнения которого можно требовать на основании закона» (*agreement enforceable by law*). Качество исполнимости на основании закона, т. е. действительности придается наличием встречного удовлетворения, поскольку:

– соглашение недействительно, если встречное удовлетворение или предмет сделки незаконны хотя бы частично (*agree-*

ment void, if considerations and objects unlawful in part – ст. 24 Закона 1872 г.),

– соглашение недействительно, если нет встречного удовлетворения, кроме случаев, когда такое соглашение:

1) составлено в письменной форме и зарегистрировано согласно положениям закона, действующего в этой сфере на момент заключения соглашения либо достигнуто по причине настоящей любви и привязанности между сторонами, участвующими в нем, и состоящими друг с другом в близком родстве (is made on account of natural love and affection between parties standing in);

2) представляет собой выполнение обещания компенсировать (полностью или в части) потери лицу, которое уже добровольно сделало что-то лицу, давшему обещание (например, добровольно вместо должника исполнило его обязательства перед кем-либо, существующие у него на основании закона), или представляет собой нечто, что лицо, давшее обещание, обязано сделать ввиду юридического принуждения, которое может быть к нему применено (something which the promisor was legally compellable to do);

3) представляет собой обещание относительно выплаты долга (целиком или в части), данное в письменной форме и подписанное лицом, к которому обращено требование выполнить такое обещание, или санкционированное от имени такого лица в общем виде или каким-то особым образом его агентом при условии, что обратит взыскание на кредитора по такому долгу мешают ограничительные (запретительные) положения закона.

В этих (перечисленных в п. 1–3) случаях соглашение – это договор и без предоставления встречного удовлетворения.

В остальных случаях договорное обязательство представляет собой правовую обязанность, возникающую у сторон на основании обещания, данного друг другу, совершить определенные действия или воздержаться от каких-либо действий, даваемого в обмен на встречное удовлетворение.

Таким образом, общее правило состоит в том, что соглашение, заключенное без должного *consideration*, недействительно. Однако, согласно ст. 25 индийского Закона о договоре,

наличие *consideration* для признания действительности договора не всегда обязательно. Закон допускает наличие ряда исключений из общего правила, в результате которых обещание без соответствующего основания становится обязательным для выполнения¹.

Кроме того, наличие встречного удовлетворения (*consideration*) не требуется в иных случаях:

– при заключении агентского договора согласно ст. 185 индийского Закона о договоре 1872 г.;

– когда имел место фактически совершенный договор дарения. В этом последнем случае также нет обязательного условия о близком родстве или наличии каких-либо близких отношений между сторонами.

Согласно п. «b» ст. 2 Закона о договорах, когда лицо, которому внесено предложение, демонстрирует свое согласие в отношении того, чтобы принять это предложение, оно считается принятым, при этом, принятое предложение становится обещанием. Так, в широком смысле, договор выражается в обмене обещаниями между двумя и более лицами, который приводит к возникновению взаимных прав и обязанностей совершить или воздержаться от совершения определенных действий при условии, что законом признана или установлена возможность возникновения такого рода обязательств.

Договорное обязательство является результатом сделки, заключенной между сторонами соглашения, которые обозначаются как должник и кредитор.

Обобщая сказанное, к числу условий действительности договора нужно отнести:

– намерение сторон создать соответствующие правоотношения или осознанное желание возникновения определенных правовых последствий (воля) и подлинное согласие сторон на вступление в договорные отношения (свободное волеизъявление);

– дееспособность сторон и достижение ими возраста совершеннолетия;

¹ См.: Thirteenth Report of the Law Commission of India (Contract Act, 1872). New Delhi, September 26, 1958. URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in/1-50/Report13.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

– непротиворечие соглашения закону (в том числе национальным интересам, публичному порядку, включая определенность условий договора и пр.);

– перспектива реальной исполнимости договора.

В случае нарушения реального исполнения договора, предоставляется возможность получения судебного решения о принудительном исполнении договорных обязательств, однако из этого правила есть различные исключения, в связи с чем оно применяется индивидуально в зависимости от ситуации¹.

Закон о договорах Индии 1872 г. выделяет следующие виды встречного удовлетворения:

– будущее – подлежащее исполнению (executory), – означающее, что основание договора может представлять собой некое обещание, которое будет исполнено в будущем. Например, А обещает передать В виджеты в будущем в такой-то дате, а В обещает А оплатить их по факту отгрузки. Если А не передаст виджеты как было оговорено, В вправе подать иск против А с требованием расторгнуть договор;

– настоящее – действующее (executed) – означающее, что основание договора представляет собой действие, уже совершенное ввиду будущего выполнения обещания. Например, если между клиентом «А» и магазином заключен договор о поставке товаров и «А» осуществляет сегодня все платежи по договору в пользу владельца магазина, обязующегося поставить соответствующий товар завтра.

Прошлым (past) встречное удовлетворение быть не может. Опишем эту ситуацию. Если сторона действует добровольно и *затем* другая сторона дает обещание, это действие и есть прошлое встречное удовлетворение (так как действие, за которое оно предполагается, уже совершено безвозмездно). Например, А подвозит В на рынок и обратно домой. Когда А везет В домой В обещает А дать ему денег на бензин для автомобиля. А не вправе подать иск на В и требовать от него на основании закона выполнения его обещания (to enforce B's promise) поскольку

¹ См.: What is Law? Study Note – 1: Indian Contract Act, 1872 / Ed. by Ms. Educonz Pvt. Ltd. Law & Audit. URL: http://www.educonz.com/download/law_audit.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

встречное удовлетворение (действия А, направленные на то, чтобы подвезти В) было предоставлено *до* того, как В дал свое обещание, а А подвез В не ожидая получить что-нибудь (напр., деньги на бензин) взамен¹.

Далее. Индийское законодательство предусматривает различные обстоятельства, при наличии которых договор будет являться недействительным. Соглашение, не осуществимое согласно закону, ничтожно изначально согласно ст. 2 Закона о договоре.

В Законе 1872 г. предусматривается и ряд иных случаев (кроме уже названных) признания договора недействительным, когда он:

- прекращает быть осуществимым согласно закону;
- заключен для цели ограничить какое-либо лицо, кроме несовершеннолетнего, в желании вступить в брак (ст. 26 Закона 1872 г.) или с целью ограничения торговли (in restraint of trade – ст. 27 Закона 1872 г.), а равно с целью ограничения правовых процедур (in restraint of legal proceedings – ст. 28 Закона 1872 г.);
- заключен под отлагательным условием и когда объективно невозможно наступление последствий, с которыми непосредственно связано вступление договора в силу (ст. 33, 35 Закона 1872 г.);
- может стать недействительным в силу его незаконности, последовавшей уже после его заключения. Например, если лицо из Индии заключает соглашение с лицом из Пакистана о поставке товара в Пакистан, и после того, как договор был заключен, вспыхивает война между Индией и Пакистаном, и поставка товаров в Пакистан запрещается законодательством;
- является оспоримым и становится недействительным по желанию потерпевшей стороны и др.

Последствия признания договора недействительным обозначаются в индийском законодательстве термином «реституция». По общему правилу, когда договор становится недействительным, он не должен быть исполнен ни одной из сторон. Од-

¹ Difference between executory, executed and past consideration? URL: http://www.answers.com/Q/Difference_between_executory_executed_and_past_consideration (дата обращения: 16.09.2014).

нако на практике может возникнуть ситуация, когда одна из сторон успела получить от другой какую-либо выгоду во исполнение договора. В таком случае, после признания договора недействительным она должна вернуть все полученное имущество в первоначальном состоянии или компенсировать его стоимость другой стороне – такой возврат имущественной массы в первоначальное состояние и обозначается термином реституция.

Исполнение договора выражается в совершении или воздержании от совершения действий, которые составляют его предмет. Согласно ст. 37 Закона о договоре 1872 г., стороны должны либо выполнить свои обещания по договору (perform their respective promises), либо предложить их выполнение (offer to perform their respective promises), кроме случаев, когда в соответствии с положением индийского Закона о договоре или любого другого закона – стороны освобождены от обязанности исполнить договор (performance is dispensed with or excused). Когда должник предложил кредитору исполнение, но оно не было принято, должник не отвечает за неисполнение (ст. 38 Закона 1872 г.).

При этом для действительности такого предложения оно должно быть сделано:

- 1) без всяких условий;
- 2) в надлежащее время и в надлежащем месте и при таких обстоятельствах, при которых лицо, которому предлагается исполнение имеет разумную возможность удостовериться, что лицо, предлагающее исполнение способно (is able) и имеет намерение (willing) выполнить обещание, составляющее предмет договора, полностью;
- 3) если обещание состоит в передаче какой-либо вещи, кредитор должен иметь разумную возможность увидеть предмет договора. Предложение одному из нескольких кредиторов, выступающих совместно (совместная множественность – an offer to one of several joint promises) влечет те же правовые последствия, что и предложение всем вместе.

Обязательство, срок исполнения которого не указан в договоре, должно быть исполнено в разумных срок (within a reasonable time – ст. 46 Закона 1872 г.). Разумность здесь – это

вопрос факта. Если место исполнения обязательства не указано в договоре, должник обязан обратиться к кредитору и просить его назначить разумное место (a reasonable place for the performance of the promise) исполнения обязательства и исполнить его в таком месте (ст. 49 Закона 1872 г.). Когда время и место исполнения указаны в договоре, должник вправе исполнить обязательство в любое время в течение обычных часов работы должника (during the usual hours of business on such day) в день и в месте, где обязательство должно быть исполнено (ст. 47 Закона 1872 г.)¹.

По общему правилу лицо, не имеющее никакого отношения к договору, не имеет права на подачу иска в случае его неисполнения. Потребовать исполнения договора в исковом порядке может только сторона, в отношении которой обязательства должны были быть исполнены. Вместе с тем правопреемник и выгодоприобретатель по договору может потребовать исполнения обязательств от должника по тем же основаниям, по которым этого может требовать цедент, то есть на правах первоначального кредитора.

В процессе построения договорных правоотношений, в силу изменения интересов одной из сторон может возникнуть ситуация, когда сторона откажется от исполнения договора в полном объеме (refusal of party to perform promise wholly – ст. 39 Закона 1872 г.). Например, А. (певица) заключила договор с В. (менеджером театра) о том, что в течение двух месяцев будет каждые две ночи в неделю выступать в театре в качестве певицы, за что В. Обязался платить ей 100 рупий за каждое ночное выступление. На шестой вечер А. не явилась в театр. В таком случае, согласно ст. 39, если одна из сторон по договору отказалась от исполнения своих обязательств или заявила о своей неспособности их в полной мере исполнить, кредитор вправе расторгнуть договор за исключением случаев, когда он сам демонстрирует словами или поведением свое согласие на продолжение действия договора. Так, в нашем примере В. вправе расторгнуть договор с А.

¹ The Indian Contract Act, 1872. Act № 9 of 1872 1 (25 April, 1872). URL: <http://www.indiankanoon.org/doc/171398/> (дата обращения: 18.09.2014).

Если из самой природы обязательства вытекает, что стороны по договору предполагали, что он должен быть исполнен самим должником, такое обязательство должно быть исполнено лично должником на основании ст. 40 Закона о договоре. В других случаях должник или его представитель могут нанять компетентного человека для исполнения соответствующих обязательств. Так, А., будучи должным заплатить В. некую сумму денег, может сделать это лично или сделать так, что долг А. выплатит другое лицо. В случае, когда кредитор принял исполнение обязательства третьим лицом, а не должником, он впоследствии не вправе требовать повторного исполнения того же обязательства от должника (ст. 41 Закона 1872 г.).

Закон о сроках давности 1963 г.¹ при определенных условиях предоставляет возможность обоснованной и своевременной исковой защиты против нарушений условий договора. Общий срок исковой давности согласно Закону 1963 г. составляет 3 года. Фактически, если сторона вовремя не обратилась за защитой своих прав, она лишается возможности отстоять свои права. Например, в ситуации, когда должник не возместил ссуду в предусмотренный договором срок, кредитор должен подать иск в течение 3 лет с момента невыполнения условия договора. Если срок исковой давности истекает, и кредитор не принимает никаких мер, он будет лишен возможности воспользоваться средством исковой защиты, а другая сторона будет освобождена от ответственности за невыполнение обязательства по договору. В определенных случаях закон вводит особые сроки. Так, срок исковой давности для возмещения ущерба, причиненного в результате отказа одной из сторон от исполнения договора, составляет один год с момента расторжения договора². В этой связи, на наш взгляд, следует рассмотреть вопрос отно-

¹ The Limitation Act, 1963. URL: <http://www.vakilno1.com/bareacts/limitationact/limitationact.html> (дата обращения: 18.09.2014). Подробнее см.: Eighty-ninth Report of The Law Commission of India on the Limitation Act, 1963. February 28, 1963 // D.O. – № F.2 (6) / 82 LC. URL: <http://law-commissionofindia.nic.in/51-100/Report89.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

² См.: The Limitation Act, 1963. Schedule – Period of limitations. – P. VII–78.

сительно неисполнения договора, прежде чем перейдем к прекращению договора.

Бывают случаи, когда сторона договора отказывается от исполнения договора или выполняет условия договора ненадлежащим образом. В таких случаях закон предусматривает порядок защиты прав стороны, чьи права были нарушены. Так, Закон 1872 г. гласит, что если сторона отказывается от исполнения договора, другая сторона вправе расторгнуть договор в судебном порядке (ст. 39). Статья 54 предусматривает случай неисполнения договора при взаимно обязывающих обещаниях. Например, сторона А заключила договор поставки груза на корабле стороны В. Сторона А не предоставила груз, соответственно не вправе требовать исполнения обязательств по договору стороной В. В этом случае сторона А обязана возместить убытки, понесенные стороной В вследствие неисполнения договора.

Закон также предусматривает последствия ненадлежащего исполнения договора в результате нарушения срока исполнения. В ст. 55 Закона 1872 г. рассмотрены три таких случая. Если срок является существенным условием согласно договору, то в таком случае договор признается оспоримым, т. е. сторона вправе обратиться в суд для признания договора недействительным и, соответственно, применения всех вытекающих последствий. Если же срок не является существенным условием, сторона, чьи права были нарушены, вправе требовать только возмещения всех причиненных убытков, но не может расторгнуть договор. Кроме того, бывают случаи, когда одна из сторон все-таки принимает исполнение договора другой стороной в ненадлежащий срок. В этом случае принимающая сторона не вправе требовать возмещения убытков, причиненных в результате ненадлежащего исполнения, поскольку на момент исполнения договора не уведомила другую сторону об отказе в принятии в связи с нарушением срока (ст. 55 Закона 1872 г.).

Закон 1872 г. вводит как договорную, так и внедоговорную ответственность стороны-нарушителя. Соответственно, любое лицо, чьи права были нарушены ненадлежащим исполнением договора, вправе требовать возмещения ущерба. Потерпевшая сторона имеет право на возмещение причиненного ущерба и убытков в полном объеме от стороны-нарушителя. При этом

компенсация не присуждается в связи с причинением косвенных, не имеющих отношение к договору, убытков (ст. 73 Закона о сроках давности 1963 г.). Таким образом, при оценке судом размера ущерба принимается во внимание конкретный ущерб, в том числе, упущенная выгода.

В то же время стороны могут предусмотреть в договоре размер неустойки в случае расторжения договора. Однако, потерпевшая сторона вправе получить помимо этого компенсацию от стороны, расторгнувшей договор, в разумном размере, но не превышающем сумму неустойки (ст. 74 Закона 1872 г.)¹.

Что касается исполнения недействительных договоров, следует иметь в виду, что договор, исполнение которого по своей природе, невозможно, является недействительным. Например, стороны заключают между собой соглашение о находке клада с использованием магии, – однозначно такой договор ничтожен, поскольку не может быть осуществим. Принцип недействительности договора, исполнение которого фактически невозможно, установлен ч. 1 ст. 56 индийского Закона о договоре.

В ряде случаев имеет место последующая недействительность договора. В этом случае обстоятельства, служащие основанием для признания договора недействительным, наступают уже после его заключения. Иллюстрируя данное положение, можно привести следующий пример: певец заключает контракт с продюсером, после чего, в результате болезни утрачивает способность к пению – в данном случае договор между певцом и продюсером становится недействительным. В этой ситуации продюсер вправе требовать компенсацию за неисполнение певцом обязательств по договору (ст. 56 Закона о сроках давности 1963 г.). Положение о недействительности договора, исполнение которого становится невозможным уже после его заключения в результате наступления определенных обстоятельств, установлено в ч. 2 ст. 56 индийского Закона о договоре. Стороны

¹ The Indian Contract Act, 1872. Act № 9 of 1872 1 25 April, 1872). URL: <http://www.indiankanoon.org/doc/171398/> (дата обращения: 18.09.2014); Thirteenth Report of the Law Commission of India (Contract Act, 1872). – New Deli, September 26, 1958. URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in/1-50/Report13.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

договора, который был признан впоследствии недействительным, обязаны возвратить друг другу все полученное по сделке, а при невозможности возвратить в натуре – возместить стоимость в деньгах (двусторонняя реституция – ст. 65).

Закон также предусматривает недействительность договора вследствие достижения соглашения между сторонами о совершении незаконных действий. К примеру, стороны договорились о продаже дома, при этом покупатель намерен использовать дом в качестве казино (ст. 57 Закона 1872 г.). Так, недействителен договор, противоречащий закону на момент его заключения, однако может иметь место и ситуация, когда договор на момент его заключения не противоречил действовавшему законодательству, однако становится «вне закона» в результате законодательных изменений, наступивших после того, как стороны вступили в договорные отношения. В данном случае стороны также освобождаются от исполнения обязательств по договору. К примеру, стороны заключили между собой договор о вырубке деревьев на определенном участке. Уже после заключения договора вступает в силу закон, запрещающий вырубку деревьев без соответствующей лицензии. В таком случае договор будет расторгнут в силу наступившей после его заключения его незаконности. Как мы видим этот и другие приведенные примеры служат образцами ограничения свободы договора, рассматриваемой в более широком контексте как экономическая свобода¹.

Индийское законодательство предусматривает возможность освобождения сторон от исполнения обязательств по договору в силу последующей невозможности его исполнения в случаях, когда:

– расторжение договора является следствием уничтожения его предмета;

– основанием для вступления в договорные отношения являлось длительное существование определенного положения дел, стороны освобождаются от исполнения обязательств по

¹ См.: *Bibek Debroy*. The State of Economic Freedom in India. 2010. – P. 15–22. URL: <http://www.cato.org/economic-freedom-india/Chapter1.pdf> (дата обращения: 21.08.2014).

договору в силу изменения или прекращения существования соответствующего определенного положения вещей;

– договор носит личный характер и личность одной из сторон является существенным условием существования конкретных договорных отношений, договор прекращает свое действие в силу смерти физического лица или прекращения существования юридического лица, являющегося соответствующей стороной по договору¹.

Финальная стадия действия договора – прекращение договора. Прекращение действия договора по общему правилу происходит, когда сторонами исполнены все обязательства по договору. Закон о договорах регламентирует также и следующие случаи прекращения действия договора: по соглашению сторон; по воле одной из сторон; по истечении срока действия; по законодательному предписанию; при невозможности исполнения договора и др. В случае прекращения договора по воле одной из сторон, закон предусматривает средства правовой защиты той стороны, чьи права были нарушены прекращением договора.

На основании закона, например, прекращение действия договора может происходить следующим образом:

– путем слияния: когда стороны реализовывают меньший договор в рамках основного;

– путем неправомочного изменения пунктов в письменном тексте договора, когда одна из сторон к составленному договору делает любое существенное изменение, не информируя об этом другую сторону, и, следовательно, не имея на то ее согласия, контракт может быть расторгнут другой стороной;

– в результате признания одной из сторон банкротом: в Индии Закон о неплатежеспособности предусматривает расторжение договоров в определенных обстоятельствах. Например, когда суд выносит приказ, освобождающий от договорных обязательств лицо, признанное банкротом. Такой приказ реабилитирует или освобождает лицо от всех долговых обязательств, которые имели место до вынесения судом решения.

¹ См.: Essential Elements of a Contract. URL: http://business.gov.in/manage_business/contracts_elements.php (дата обращения: 18.09.2014).

Расторжение договора в связи с его нарушением одной из сторон происходит в случае, когда должник не исполняет свои обязательства по договору самостоятельно и не обеспечивает их исполнение третьим лицом, или если обязательства исполнены ненадлежащим образом (дефектное исполнение), или когда имели место нарушения существенных условий договора. Нарушение условий договора может быть фактическим или предварительным. Фактическое нарушение может иметь место в период фактического исполнения договора. Предварительное нарушение происходит до момента фактического начала исполнения договора. Оно может быть выражено двумя способами: когда должник совершает деяние, делающее выполнение обязательств невозможным, или, когда должник демонстрирует свое намерение не исполнять обязательства по договору.

Далее. Правовому регулированию договоров с участием потребителей уделяется значительное внимание со стороны государства с целью защиты законных прав и интересов мало защищенных участников договорных отношений. Поэтому в 1986 г. в Индии был принят Закон о защите прав потребителей¹, направленный на более эффективную защиту интересов потребителей, а также на принятие мер по созданию Комитета по защите прав потребителей (National consumer disputes redressal Commission) и иных органов власти для урегулирования споров с участием потребителей.

В целом закон акцентирует внимание на следующих основных положениях, запрещающих: антиконкурентные соглашения, злоупотребления компанией доминирующим положением на рынке, монополистические объединения, – и осуществляющих пропаганду конкурентной политики. Индийский закон распространяет свое действие на все виды товаров и услуг, кроме случаев, определенных Правительством Индии, а также охватывает частную, государственную и кооперативную собственность.

¹ The Consumer Protection Act, 1986 & Rules, 1987. URL: http://dc-siwan.bih.nic.in/Consumer_Act.pdf (дата обращения: 18.09.2014). Подробнее см.: Consumer protection. Reference note. № 1/RN/Ref./2013. URL: <http://164.100.47.134/intranet/ConsumerProtection.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

Закон 1986 г. приводит перечень следующих охраняемых государством *прав потребителей на:*

- a) защиту от продажи опасных для жизни и собственности товаров;
- b) получение информации о качестве, количестве, составе, цене товара;
- c) доступ к товарам при конкурентоспособном ценообразовании;
- d) получение соответствующей защиты их прав и интересов;
- e) получение возмещения ущерба, причиненного вследствие недобросовестной торговли;
- f) получение информации о своих правах и способах защиты (ст. 2 Закона о защите прав потребителей).

В рамках реализации права потребителей на получение защиты законом предусмотрена процедура подачи заявления (жалобы) в случае нарушения прав. Основания для подачи жалобы перечислены в законе: недобросовестная торговая практика; продажа товаров с дефектом; причинение ущерба здоровью вследствие продажи некачественного товара или услуги; неправомерное превышение цен на товары, установленные законом; продажа товаров, при эксплуатации которых существует риск причинения вреда жизни и здоровья.

Соответственно потребители, выступающие в качестве участников договорных отношений, обладают значительным объемом прав и соответствующим аппаратом защиты. Так, сторона – потребитель вправе расторгнуть договор в случае обмана, принуждения или введения в заблуждение. Защита прав потребителей имеет огромное значение, поскольку охватывает все сферы жизнедеятельности человека. Производители товаров и поставщики услуг также выступают потребителями определенных товаров и услуг. Однако, несмотря на уровень защиты прав потребителей в Индии на законодательном уровне, на практике потребители все чаще становятся жертвами недобросовестных производителей или поставщиков. Во всяком случае не вызывает сомнений, что для нормальной повседневной торговли и регулярного товарообмена необходимо, чтобы создавались действительные и эффективные договоры, отвечающие нормам рассмотренных выше законов.

Китай за три десятка лет создал современную систему гражданского законодательства, рассчитанную на регулирование экономических отношений рыночного типа¹. Тенденция к повышению роли договора, характерная для современного гражданского права многих стран мира, стала проявляться еще в 80-е гг. прошлого столетия, когда «на заре китайской «перестройки» был принят Закон КНР о хозяйственном договоре 1981 г. (Economic contract law of the People's Republic of China). Этот акт, разумеется, не мог включить в себя положения, ограждающие субъектов договора от директивного правительственного вмешательства в коммерческие отношения, диктата государственного плана над «частными договорами»². Следующий этап развития договорного права связан с принятием упомянутых выше «Общих положений гражданского права КНР» 1986 г., который содержал ряд новелл об обязательствах. Ключевую роль в дальнейшем развитии законодательства, регулирующего порядок заключения, изменения и расторжения договора, играет Закон КНР «О договорах» 1999 г.³ (далее – Закон 1999 г., Закон о договорах 1999 г.). Далеко не последняя роль в регулировании договорных отношений отводится нормам специальных законов, нацеленных на защиту потребителей, таких как: Закон о стандартизации от 1989 г., Закон о качестве товаров от 1993 г.

¹ *Варавенко В.Е.* Толкование гражданско-правового договора в праве Китая и России // ЕврАзЮж (Гражданское право). – 2012. – № 7 (50). URL: http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_jcontentplus&view=article&id=3345:2012-08-10-09-15-42&catid=151:2010-08-18-06-09-43&Itemid=196 (дата обращения: 18.09.2014).

² *Дроздов М.В.* Договор в правовой системе современного Китая. Электронная библиотека ДВГУ. 1999. URL: http://asiapacific.narod.ru/countries/china/dogovor_china.htm (дата обращения: 18.09.2014).

³ Закон КНР о договорах (принят 15.03.1999 г. на второй сессии девятого созыва ВСНП). Указ Председателя КНР № 15. / Пер. с кит. Консалтинговой группы «Окно в Китай». URL: <http://www.legal-way.ru/civ02.php> (дата обращения: 18.09.2014) и Contract Law of the People's Republic of China (adopted at the 2nd Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999 and promulgated by Order № 15 of the President of the People's Republic of China on March 15, 1999). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm (дата обращения: 22.08.2014).

(в ред. 2000 г.), Закон о защите прав и интересов потребителей от 1993 г. и др.¹.

Закон 1999 г. провозглашает «свободу договора» (principle of contract freedom – ст. 4 Закона), а также создает все необходимые гарантии ее осуществления (напр., ограничение вмешательства государства в частные дела и пр., подробнее об этом будет сказано ниже). С принятием этого Закона прекратили действие, в частности, Закон КНР о хозяйственном договоре 1981 г. и Закон КНР о внешнеэкономическом договоре 1985 г. (Foreign-related economic contract law of the People's Republic of China), Закон о технологическом договоре 1987 г. (Technology contract law of the People's Republic of China) и др.².

Построенный по пандектной системе, Закон о договоре 1999 г. состоит из двух частей: первая часть (ст. 1–129) содержит в себе общие принципы договорного права и относится ко всем договорам, предусмотренным гражданским законодательством; вторая часть (ст. 129–428) содержит специальные нормы в отношении отдельных видов договоров, например, договор аренды, хранения, купли-продажи и др.

В своем определении договора М.И. Брагинский и В.В. Витрянский отмечают, что «мать договора – это соглашение», так как, именно «соглашение порождает все возможные последствия в договоре, включая применение и нормативных и квазинормативных регуляторов»³, – эта позиция находит отражение в китайском законодательстве. Так, согласно ст. 2 Закона 1999 г. под «договором» следует понимать соглашение между равными субъектами – физическими лицами, иными организациями – об установлении, изменении, прекращении гражданских прав и

¹ Law of the People's Republic of China on the protection of consumer rights and interests. – См.: *Махров А.В.* О защите прав потребителей в Китае (правовой аспект) (по инф. Торгпредства России в КНР). URL: http://www.russchinatrade.ru/assets/files/ru-useful-info/O_zatshite_prav_potrebiteley.pdf (дата обращения: 22.08.2014).

² *Zhang Xuezhong*. Chinese contract law: a brief introduction. URL: http://www.lfip.org/laws827s07/documents/zhang/Chinese_Contract_Law_1.ppt (дата обращения: 18.09.2014).

³ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. – Книга первая. Общие положения. – Изд. 3-е. – М.: Статут, 2000–2006. – С. 27.

обязанностей. Таким образом провозглашается еще один принцип, на котором базируется современное договорное право Китая, – принцип равенства сторон (principle of party equality). Соглашения о личных отношениях (брак, усыновление, опека и т. д.) не регулируются нормами закона о договорах.

Как правило, любой договор наделяет стороны корреспондирующими правами и обязанностями, в свою очередь, лицо, которое обладает правом, является кредитором, лицо, которое несет обязанности, является должником. Статья 84 Общих положений гражданского законодательства Китая определяет понятие «обязательства», которое является общим для договорных и деликтных отношений. Согласно этой статье обязательство – это отношение по поводу определенных прав и обязанностей, возникающих между сторонами в соответствии с условиями договора или согласно установлениям законодательства. Договор, согласно ст. 85 ОПГП КНР, это соглашение, устанавливающее, изменяющее или прекращающее гражданские отношения между сторонами. Договор, заключенный согласно закону, охраняется законом. Таким законом выступает Закон 1999 г. «О договорах». Он устанавливает ряд требований к соглашению для того, чтобы оно считалось договором. Договором по данному закону называется соглашение об установлении, изменении и прекращении отношений гражданских прав и обязанностей между физическими лицами, юридическими лицами, другими организациями, являющимися равноправными субъектами. Ни одна из сторон не должна навязывать свою волю другой стороне. Стороны по закону свободны в заключении договора. (ст. 2–4 Закона 1999 г.). Соглашения о таких социальных отношениях личности как брак, признание (приют), опекунство регулируются положениями других законов. Договор должен быть заключен на основе принципов добросовестности и доверия (principle of fairness and good faith – ст. 6 Закона 1999 г.), справедливости (principle of justice – ст. 5 Закона 1999 г.), а также с соблюдением норм действующего законодательства, не допуская нарушений социально-экономического порядка и общественных интересов (principle of public interest – ст. 7 Закона 1999 г.) и др.

Договор – основная модель гражданских правоотношений. Возможностью ее использования наделяется каждый участник

гражданского оборота, который обладает соответствующей гражданской правоспособностью и дееспособностью (ст. 9 Закона 1999 г.). В Китае граждане с момента рождения и до смерти обладают правоспособностью, с момента совершеннолетия (достижение 18 лет) приобретает и полная дееспособность. Несовершеннолетний может быть объявлен полностью дееспособным, если он работает по трудовому договору и находится на полном самообеспечении. Для всех субъектов гражданских правоотношений создается, в принципе, одинаковый режим, – тем самым прямое выражение получают такие основополагающие начала гражданского права, как равенство участников отношений, свобода договора и др.

Закон 1999 г. устанавливает определенные требования к *форме* договора с тем, чтобы сделать отношения сторон договора более определенными, снять основания для споров в будущем относительно факта его совершения. Вместе с тем, стоит иметь в виду, что и любые дополнительные требования к форме договоров приводят к затруднению и замедлению процедуры заключения договора. В соответствии со ст. 10 Закона 1999 г. стороны могут заключить договор в письменной, устной или иной форме. Если законом или соглашением между сторонами предусмотрена письменная форма договора, то ее соблюдение носит императивный характер для сторон. Под письменной формой договора понимаются формы, позволяющие конкретно отразить содержание договора в одном документе; в виде переписки; сообщений, передаваемых посредством электронных средств связи (включая телеграммы, сообщения по телетайпу, факсу, электронно-цифровой обмен, обмен по электронной почте) и т. д. (ст. 11 Закона 1999 г.).

Договор является заключенным при достижении сторонами в надлежащей форме соглашения по всем следующим условиям:

- 1) наименования (имена) и местонахождение сторон;
- 2) предмет договора;
- 3) количество (напр., товара, выступающего предметом договора);
- 4) качество (напр., товара, выступающего предметом договора);

- 5) цена и/или способы оплаты;
- 6) срок, место, способ исполнения;
- 7) ответственность за нарушение договора;
- 8) способ разрешения споров между сторонами (ст. 12 Закона 1999 г.).

Эти условия, понятно, могут варьироваться в зависимости от вида договора.

Воли двух заинтересованных сторон, выражаемые для цели заключения договора, и требующие совпадения, отражаются в следующих актах:

1) *оферта* – предложение будущей стороны договора, делаемое потенциальной второй стороне заключить договор;

2) *акцепт* – принятие оферты.

Предложение заключить договор признается офертой, если соответствует требованиям, установленным ст. 14 Закона 1999 г. Во-первых, предложение, признаваемое офертой, должно быть «конкретным по содержанию». Законодатель вместе с тем не уточняет что именно должно быть отражено в оферте. Во-вторых, оферта должна выражать однозначное намерение оферента вступить в договорные отношения определенного характера в случае акцепта оферты ее адресатом. Следует сказать о признании китайским правом порядком и публичной оферты, адресуемой неопределенному кругу лиц. Таковой признается, например, торговая реклама¹. Отметим в этой связи, что в праве Франции, например, рекламные объявления не признаются офертой, однако выставление товаров с указанием цены в витрине магазина будет офертой². Отметим также применительно к рекламе, что согласно вышеупомянутому Закону о защите прав и интересов потребителей от 1993 г. у потребителя есть право на получение правдивой информации о товарах и услугах (включая цену, происхождение, использование, функции, стандарты, классы, основные ингредиенты, дату изготовления, срок годности, инструкции по эксплуатации и т. д.); право на сво-

¹ Подробнее см.: *Zhang Xuezhong*. Op. cit.

² Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2004. – С. 505.

бодный выбор товара или услуги (включая право на их сравнение и отбор – гл. 2 Закона 1993 г.). Следуя предлагаемой китайским законодателем логике, эта информация должна содержаться в рекламе, чтобы та могла составлять порождающую последствия оферту, что, как представляется, довольно трудно осуществить на практике.

По общему правилу отзыв оферты допускается, если оферент уведомил адресата об этом «до или одновременно с получением оферты», а адресат не успел сообщить контрагенту об акцепте оферты (ст. 17, 18 Закона 1999 г.). Оферент лишается права отзыва оферты, если им был установлен срок для акцепта или адресат разумно полагал, что оферта не может быть отменена, и приступил к подготовке исполнения условий договора (ст. 19 Закона 1999 г.).

Выражение согласия адресата оферты на условия оферты – акцепт – предполагает завершение этой стадии взаимодействия сторон – преддоговорных отношений, если адресат оферты выражает одобрение относительно всех условий, выраженных в оферте, т. е. является полным и безоговорочным. Если же адресат оферты внес существенные изменения в содержание оферты, она рассматривается в качестве новой оферты. Под «существенными изменениями» следует понимать изменения, которые касаются предмета договора, количества, качества, цены или порядка оплаты, срока, места, способа исполнения, ответственности за нарушение договора, способа разрешения споров и т. д. (ст. 30 Закона 1999 г.). Контрагент – адресат оферты должен выразить свое согласие или отказаться от оферты в пределах определенного времени. Если оферентом не был установлен такой срок, то стороны руководствуются следующими нормативными положениями:

1) в случае, когда оферта сделана в ходе переговоров (между присутствующими), акцепт должен быть заявлен немедленно;

2) в случае, когда оферта сделана не в ходе переговоров (между отсутствующими), акцепт должен быть получен в течение разумного срока (ст. 23 Закона 1999 г.).

Договор признается заключенным с момента получения акцепта оферентом (система получения акцепта – rule of arrival, известная, например, праву Германии (§ 130 ГГУ). При этом

если для акцепта не предусмотрена процедура извещения контрагента, то акцепт вступает в силу в соответствии с обычаями торгового оборота или с момента выполнения действий, предусмотренных в оферте (ст. 26 Закона 1999 г.). Отметим в этой связи, что в Англии считается, что оферта акцептована, если адресат оферты совершает действие, указанное оферентом как достаточное для акцепта, напр., сообщает информацию о чем-то, в таком случае иного дополнительного уведомления об акцепте не требуется. В США также акцепт может быть совершен конклюдентными действиями¹.

Ключевым вопросом, имеющим практическое значение с точки зрения организации бизнеса с момента интенсификации торгового оборота остается способ определения времени получения оферты и акцепта. Он нашел отражение в рассматриваемом Законе 1999 г. Так, если оферта сделана в форме письма или телеграммы, срок для акцепта отсчитывается с оговоренной в письме даты или со дня отправления телеграммы. Если в письме срок не оговорен, он отсчитывается с даты, указанной на почтовом штемпеле при его отправлении; если оферта сделана в форме телеграммы, направлена по факсу или при помощи иного средства быстрой связи, срок для акцепта отсчитывается с момента ее поступления адресату (ст. 24 Закона 1999 г.).

К рамках вопроса о порядке заключения договора в условиях массового производства товаров и оказания услуг актуальным становится вопрос о заключении договора со «стандартизованными» условиями, – речь идет о договорах «со стандартными условиями» по терминологии китайского права (договорах присоединения в отечественной цивилистике). Под «стандартными условиями» законодатель понимает условия, которые заранее разрабатываются для неоднократного применения (как правило, профессиональным поставщиком) и не согласовываются с корреспондирующей стороной (как правило, потребителем, об этом подробнее также будет сказано ниже).

¹ Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2004. – С. 516, 514.

При заключении договора с использованием стандартных условий сторона, предлагающая стандартные условия, обязана определять права и обязанности сторон, руководствуясь принципом справедливости, а также обязана указать контрагенту на условия, которые исключают или ограничивают ответственность предлагающей стороны (ст. 39 Закона 1999 г.). При возникновении разногласий относительно толкования «стандартных условий» договора между сторонами, согласно положению ст. 41 Закона от 1999 г. во внимание принимается толкование условий договора той стороны, которая присоединилась к стандартному договору.

Отметим в этой связи, что в числе иных, кроме упомянутых выше, прав потребителя гл. 2 Закона о защите прав и интересов потребителей от 1993 г. называет право на имущественную безопасность, включающую в себя как право на справедливую сделку, т. е. право рассчитывать и получать справедливую цену, гарантию качества, право на частичный отказ от сделки в случае несправедливости ее условий, а равно право требовать компенсацию за физические увечья или ущерб имуществу, нанесенные в результате приобретения или использования товаров или получения услуг.

При этом при поставке товаров и предоставлении услуг хозяйствующие субъекты (бизнес-операторы) должны выполнять обязательства, предусмотренные вышеупомянутым Законом КНР о качестве товаров 1993 г., другими законами и нормативными актами (в том числе предоставление потребителям правдивой информации о товарах и услугах с указанием правильного способа их использования, качества, цен и др., указание подлинных имен и товарных знаков производителя на товарах и т. д.). В случае достижения отдельного соглашения между бизнес-оператором и потребителем, следует руководствоваться согласованными в договоре положениями, которые не должны противоречить действующему законодательству КНР¹.

Закон о договорах 1999 г. уделяет большое внимание вопросам недействительности договоров (ст. 44–59), устанавливая следующий перечень обстоятельств, при наличии которых договор признается недействительным.

¹ *Махров А.В.* Цит. соч.

В соответствии со ст. 52 договор недействителен, если:

- 1) одна из сторон заключила договор путем обмана, угрозы, нарушила интересы государства;
- 2) договор заключен в результате злонамеренного соглашения и тем самым причинен вред правам и интересам государства, организаций или третьих лиц;
- 3) договорная форма прикрывает незаконные цели;
- 4) нарушены общественные права и интересы;
- 5) нарушены императивные нормы законодательства или административных установлений¹.

Законодатель также счел необходимым специально указать на недействительность условий договора, которые освобождают от ответственности за вред, причиненный здоровью другой стороны, а также от имущественных убытков, причиненных контрагенту умышленно (ст. 53 Закона 1999 г.), что особенно важно в контексте обозначенной выше возможности заключать договоры «со стандартными условиями».

Наличие означенных оснований для признания договора недействительным позволяет любой из сторон обратиться в Народный суд или арбитраж с целью изменить существенные условия договора или признать недействительным договор в целом, если он был заключен в «результате серьезного заблуждения стороны» или с нарушением принципа справедливости, когда один из контрагентов действовал «вопреки своей воле» (ст. 54 Закона 1999 г.).

При этом заинтересованная сторона должна воспользоваться правом требовать признания такого договора недействительным в течение года со дня, когда лицо узнало или должно было узнать об основаниях для отмены договора. Недействительный и отмененный таким образом договор не имеет юридической силы и не порождает юридических последствий с момента его совершения (ст. 56 Закона 1999 г.), т. е. считается ничтожным с момента его заключения.

¹ *Wang Liming, Xu Chuanxi*. Fundamental principles of China's Contract Law // 13 Columbia Journal of Asian Law. – 1999. – P. 1–34. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liming-chuanxi.html> (дата обращения: 20.08.2014).

Признание договора недействительным и его отмена влечет за собой двухстороннюю реституцию (ст. 58 Закона 1999 г.). Однако если стороны путем заключенного таким образом соглашения причинили вред правам и интересам государства, организаций или третьих лиц, полученное в результате этого имущество обращается в собственность государства либо подлежит возвращению организациям, третьим лицам, понесшим ущерб (ст. 59 Закона 1999 г.)¹.

Основной стадией договорных отношений является *исполнение договора*, которое выражается в совершении действий или воздержании от действий, составляющих его предмет. Значимость правового регулирования исполнения договора находит подтверждение в нормативно-правовых актах, так, исполнению договорных обязательств посвящена основная масса норм, которые содержатся в главах об отдельных видах договоров в Китае. Рассмотрим общие положения исполнения договорных обязательств, содержащиеся в гл. IV «Исполнение договора» Закона 1999 г., потому что они, безусловно, создают основу применения норм об исполнении договоров отдельных видов.

Сторонам при исполнении договорных обязательств надлежит руководствоваться принципами добросовестности и доверия (ст. 5 Закона 1999 г.), реализуя их в соответствии с характером договора. Поэтому в случае возникновения разногласий относительно качества, цены или порядка оплаты, места исполнения или иных условий договора, сторонам надлежит попытаться внести в договор изменения путем проведения переговоров. Если компромисса контрагентам достигнуть не удастся, стороны должны руководствоваться иными положениями Закона 1999 г. На этот случай ст. 62 Закона 1999 г. предписывает следующие правила:

1) «условия о качестве» подлежат исполнению в соответствии с государственными, отраслевыми стандартами; при отсут-

¹ Подробнее см.: Zhang Xuezhong. Op. cit.; Steve Dickinson. The three rules for your China contract. – April 24, 2013. URL: <http://www.chinalawblog.com/2013/04/the-three-rules-for-your-china-contract.html> (дата обращения: 18.09.2014).

ствии таких стандартов договор подлежит исполнению в соответствии с общепринятыми или специальными стандартами, отвечающими целям договора;

2) «условия о цене или оплате» подлежат исполнению в соответствии с рыночной ценой на момент заключения договора в месте его исполнения; если согласно закону подлежат применению установленные правительством цены, договор подлежит исполнению в соответствии с ними. Это положение наглядно отражает стремление китайского законодателя сочетать рыночные и нерыночные механизмы функционирования экономики;

3) «условия о месте исполнения договора», связанного с передачей денег, договор подлежат исполнению в месте нахождения кредитора; если договор связан с передачей недвижимости, он подлежит исполнению в месте нахождения недвижимости; по всем другим обязательствам договор подлежит исполнению в месте нахождения должника;

4) «условия о сроке исполнения» предполагает, что должник может исполнить обязательство в любое время, а кредитор тоже может потребовать исполнения в любое время, однако следует предоставить другой стороне необходимое время для подготовки к такому исполнению (напр., снять склад для хранения товаров и др.);

5) «условия о способе исполнения» предполагают, что договор подлежит исполнению тем способом, который благоприятствует достижению цели договора;

6) «условия о распределении расходов» гласят, что расходы по исполнению договора несет сторона, на которой лежит обязанность по его исполнению. Учитывая тот факт, что многие договоры являются двусторонними, обязанности сделать что-то или не делать чего-то несут обе стороны договора.

Особенность китайской экономики прослеживается и в положениях ст. 63 Закона 1999 г., где речь идет об использовании в договоре устанавливаемых либо регулируемых уполномоченными государственными органами цен. Установленная государством цена является, безусловно, обязательной для сторон: «расчеты между контрагентами производятся в соответствии с

ценами, действующими на момент передачи товара или оплаты»¹.

Классической схеме непосредственного исполнения обязательства должником и перед непосредственным кредитором стороны могут и не следовать, так, контрагенты в договоре могут зафиксировать обязанность должника исполнить обязательство третьему лицу (что отличает право Китая в этом вопросе от права ЮАР, например, где в силу действия доктрины *privity of contract* исполнение в пользу третьего лица не допускается). При этом в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должник несет ответственность перед кредитором за нарушение договора (ст. 64 Закона 1999 г.). Равным образом и исполнение обязательства в пользу кредитора также может быть произведено третьим лицом, – такое исполнение рассматривается как надлежащее исполнение, однако в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, именно должник обязан нести ответственность перед кредитором за нарушение договора (ст. 65 Закона 1999 г.). Таким образом, в обеих описанных ситуациях должник и кредитор продолжают занимать свои место в договорных правоотношениях.

Согласно ст. 91 Закона 1999 г., права и обязанности из договора прекращаются при:

- 1) надлежащем исполнении обязательств в соответствии с условиями договора;
- 2) расторжении договора;
- 3) взаимном зачете обязательств из договора;
- 4) депонировании должником соответствующего предмета договора согласно закону;
- 5) прощении долга кредитором;
- 6) совпадении должника и кредитора в одном лице;
- 7) при прочих обстоятельствах, установленных законом или предусмотренных договором между сторонами.

Из всех указанных обстоятельств, влекущих прекращение договорных обязательств между сторонами, наиболее детально законодатель регламентировал механизм расторжения договора (п. 2) и депонирование должником предмета договора (п. 4).

¹ См. также: *Wang Liming, Xu Chuanxi. Op. cit.*

Для обращения к механизму «расторжения договора» сторонам необходимо включить в текст договора условие о возможности одностороннего расторжения договора при наступлении обстоятельств, не предусмотренных действующим законодательством.

По общему правилу, в соответствии со ст. 94 Закона 1999 г. расторжение договора допускается, когда:

1) невозможно достичь цели договора по причине действия непреодолимой силы;

2) до истечения срока действия договора одна из сторон ясно заявила о том, что не исполнит основных обязательств, либо такая возможность сама стала очевидной, исходя из действий такой стороны (эта ситуация напоминает механизм предвидимого нарушения договора (*anticipatory breach of contract*), известный праву Англии и США¹);

3) одна из сторон не исполняет основные обязательства своевременно;

4) противоправные действия одного из контрагентов делают невозможным достижение цели договора;

5) в наличии иные обстоятельства, установленные законом.

В случае, если одна из сторон не желает расторгнуть договор даже при наличии у второй стороны законных оснований, последней необходимо обратиться в Народный суд либо в арбитраж с иском о признании действительности расторжения договора.

Особые требования законодатель устанавливает в отношении срока, в течение которого процедура расторжения договора между сторонами может состояться. Так, если в договоре или в законе не был установлен срок, в течение которого можно воспользоваться правом на расторжение договора, то действует общее правило, согласно которому такое право прекращается, если оно не было использовано в течение срока действия договора (ст. 95 Закона 1999 г.).

¹ What is meant by «Anticipatory breach of contract» and when does it occur? URL: <http://www.inbrief.co.uk/contract-law/anticipatory-breach-of-contract.htm> (дата обращения: 18.09.2014); *Wang Liming, Xu Chuanxi*. Op. cit.

В практике известны случаи, когда по причинам, не зависящим от должника, исполнение им договора лично кредитору становится невозможным. В подобных случаях должник вправе освободиться от лежащей на нем обязанности путем депонирования предмета договора, если качества и свойства данного предмета позволяют это сделать. В случае непригодности предмета договора для депонирования, необходимо продать вещь с публичных торгов и внести в депозит вырученную сумму денежных средств.

Обращение к данному способу исполнения договора представляется возможным при наступлении следующих обстоятельств:

- 1) кредитор по неразумным причинам отказывается принять исполнение;
- 2) место нахождения (проживания) кредитора неизвестно;
- 3) кредитор умер, не указав наследников, либо лишен гражданской дееспособности, а его опекун не установлен;
- 4) при прочих обстоятельствах, установленных законом (ст. 101 Закона 1999 г.).

С момента депонирования вещи риск ее повреждения, гибели и расходы на депонирование переходят полностью на кредитора, однако, если кредитор или его наследники и опекуны не воспользуются правом на беспрепятственное получение депонированной вещи в течение 5 лет, вещь переходит в собственность государства.

Одним из способов надлежащего исполнения договорного обязательства является зачет встречных требований. Исходя из положений ст. 99 и 100 Закона 1999 г., можно определить условия, которым должны отвечать требования для того, чтобы быть способными к зачету.

Так, зачитываемые требования должны быть:

- 1) однородными, т. е. предмет идущих в зачет обязательств должен определяться одними родовыми признаками;
- 2) встречными – возникнуть из обязательств, в которых участвуют одни и те же лица, являющиеся одновременно и должниками, и кредиторами;
- 3) срочными – срок исполнения по ним должен уже наступить.

Эти положения сходны с теми, что зафиксированы российским законодательством по рассматриваемому вопросу.

Прощение долга, как способ прекращения обязательств, имеет место, когда кредитор полностью или частично освобождает должника от обязательств перед собой без встречного удовлетворения. Прощение долга может применяться только к требованиям, принадлежащим одному лицу и не затрагивающим права и интересы третьих лиц (ст. 106 Закона 1999 г.).

Последствия *ненадлежащего исполнения* договора можно проиллюстрировать на примере договора с участием потребителя. Так, в случае наличия в поставленных потребителю товаров дефектов; предоставления покупателю товаров, которые не обладают свойствами, которыми должны обладать, и об этом не было заявлено при продаже (напр., продажа товара «таким какой есть» и пр.), не соответствуют стандартам, указанным на товаре, либо на его упаковке, или качеству, указанному в описании продукта или физическим образцам и т. д. согласно положениям Закона КНР о качестве товаров 1993 г., привлекаются к гражданско-правовой ответственности, например, в виде обязанности возместить причиненный таким ненадлежащим исполнением ущерб и оплатить все расходы (включая расходы на лечение, по уходу за больным, компенсацию за сокращение доходов при потере рабочего времени и др.), возникшие в связи с такой поставкой товара или предоставлением услуг¹.

ЮАР, как уже отмечалось, характеризуется наличием смешанной (гибридной) правовой системы. Договорное право ЮАР развивается в русле романо-германской правовой семьи, сохраняя ее традиционные понятийные основы, но, в то же время, включает в себя некоторые элементы договорного права стран англо-саксонской правовой семьи (например, классификация условий договора в доктрине и судебной практике)². Поэтому, говоря об истории становления договоров в романо-германской правовой системе, южно-африканские исследовате-

¹ См.: Махров А.В. Цит. соч.

² Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА, 2003. – С. 941.

ле подчеркивают, что еще римское право включало в себя положения о договорном праве, как о совокупности правовых норм, регулирующих отношения по поводу заключения, исполнения и прекращения договоров. Также римскому частному праву были известны различные виды договоров¹. Этот подход воспринят и южно-африканской доктриной: с формированием романо-германского правового наследия процесс обобщения римских частноправовых норм был завершен, а его основные правовые принципы, такие как соблюдение добрых нрав (*good faith*) и обязательность исполнения договоров (*pacta sunt servanda*) были сохранены, в том числе и в праве ЮАР².

Говоря же о современном договорном праве ЮАР, в первую очередь необходимо обратить внимание на одну из его значительных особенностей: в настоящее время ЮАР имеет некодифицированную систему договорного права с двумя главными источниками – законодательством и прецедентным правом. Сфера договорного права ЮАР не располагает также единым иным кроме кодекса нормативно-правовым актом, устанавливающим правовые основы заключения, исполнения и прекращения договоров³. В связи с отсутствием специального закона о договоре основными правовыми источниками, регулирующими порядок заключения, исполнения и прекращения договоров в ЮАР, являются прецеденты и иные законы, не содержащие положений непосредственно о договорах, но в той или иной мере отражающие положения о договорных правоотношениях с участием тех или иных категорий лиц.

¹ См: *Du Plessis, Jacques et al. The Law of Contract in South Africa / Ed. by Dale Hutchison, Chris-James Pretorius, Mark Townsend and Helena Janisch. – Cape Town, Western Cape: Oxford University Press, 2010. – P. 11.*

² *Lynn Berat. South African contract law: the need for a concept of unconscionability // 14 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. – 1992. – № 3. – P 507. URL: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1246&context=ilr> (дата обращения: 18.09.2014); *Du Plessis, Jacques et al. Op. cit.**

³ В праве остальных странах БРИКС, как отмечалось выше, положения о договорах регулируются либо отдельным законом (Индия (Contract Act № 9 of 1872) и Китай (Закон КНР от 15.03.1999 г. «О договорах»), либо кодифицированным актом – Гражданским кодексом (Бразилия (Código Civil. Lei № 10.406, de 10.01.02.) и Россия (Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. 1) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 02.07.2013))).

Примером подобного закона, может послужить Закон ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.¹, регулирующий отношения сторон по договору поставки товаров. В частности, ст. 48 данного закона говорит о необоснованных, неразумных и несправедливых условиях договора (unfair, unreasonable или unjust contract terms).

Так, поставщик не вправе:

1) предлагать к поставке, поставлять либо включать в договор поставки любые товары или услуги по необоснованной, неразумной или несправедливой цене на необоснованных, неразумных или несправедливых условиях;

2) продавать любые товары или услуги либо вести переговоры по включению или включать в договор поставки товары и услуги необоснованными, неразумными или несправедливыми способами;

3) требовать от потребителя или иного лица, которому товары или услуги были поставлены по указанию потребителя:

а) отказаться от любых имеющихся у него прав;

б) принять на себя любые обязательства;

в) отказаться от любой ответственности поставщика на необоснованных, неразумных или несправедливых условиях, либо принять на себя любые такие условия по вступлении в соглашение.

Наряду с вышеперечисленными условиями основанием для признания договора поставки товаров необоснованным, неразумным или несправедливым являются случаи, когда:

1) договор носит чрезмерно односторонний характер, когда его положения направлены в пользу любого лица, кроме потребителя или иного лица, которому должен быть поставлен товар;

2) условия договора слишком неблагоприятны для потребителя;

3) потребитель надеялся на ложное, вводящее в заблуждение и обманчивое представление относительно предмета договора, озвученное поставщиком (п. 2 ст. 48 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.).

¹ Consumer Protection Act № 68 of 2008 // Government gazette. – 29 April of 2009. – № 32186. – Vol. 526, URL: http://www.saflii.org/za/legis/num_act/cpa2008246.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

В определенной степени развитию института договорного права также способствует доктрина, которая, как правило, поднимает ряд определенных, вполне актуальных вопросов для научного обсуждения. Так, например, в ЮАР существует мнение о необходимости включения в нормативно-правовые акты страны положений доктрины о недобросовестности (*unconscionability doctrine*) при заключении тех или иных договоров¹. Суть этой доктрины, известной таким странам общей системы права как Австралия, Канада и др., в том, что договор, чрезвычайно несправедливый по отношению к одной из его сторон и чрезмерно выгодный для другой, обладающей заведомо большими переговорными возможностями (*superior bargaining power*) признается противоречащим доброй совести (*good conscience*) и, как следствие, не подлежит принудительному исполнению (*is held to be unenforceable*) по причине того, что ни один разумный или информированный человек (*reasonable or informed person*) не согласился бы по доброй воле на его условия². А пока такой нормы в законодательстве нет, отсутствие императивных положений такого рода позволяет стороне, недобросовестно исполняющей свои договорные обязательства, избегать наказания, в связи с чем, другая сторона подвергает себя серьезным рискам при вступлении в договорные отношения, чувствуя при этом, правовую незащищенность.

В современной южно-африканской правовой доктрине существует множество определений договора. Так, Дэйл Хатчинсон и Крис-Джеймс Преториус определяют договор (*contract*) как соглашение (*agreement*), заключенное между двумя или более лицами с целью создания юридического обязательства или обязательств³. Согласно данному определению не всякое соглашение является договором. Договор, требует наличия серьезной цели у сторон по созданию юридически закрепленного

¹ См.: *Lynn Berat*. Op. cit. – P. 508.

² См., напр.: *Black Alexander J.* Undue influence and unconscionability in contracts and the equitable remedy of rescission in Canada // *New England Journal of International and Comp. Law*. – 2011. – V. XVII. – P. 68.

³ См.: *Hutchison D., Pretorius C-J. et al.* *The Law of Contract in South Africa*. – 1st ed. – South Africa: Oxford University Press, 2009. – P. 6.

обязательства, именуемого *animus contrahendi* (намерение вступить в договорные отношения). Фарлам и Хатвэй определяют договор как правоотношение, включающее в себя совокупность прав и обязанностей субъектов права¹. Лин Берат под договором понимает соглашение между двумя или более лицами об установлении взаимных прав и обязанностей². Эти определения позволяют заключить, что не всякое соглашение, по мнению доктрины ЮАР, может признаваться договором.

Рассмотрим положения ряда нормативно-правовых актов, закрепляющих определение понятия «соглашение» (agreement). Согласно ст. 1 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г. и ст. 1 Закона ЮАР «О национальном потребительском кредитовании» 2005 г.³ (далее – Закон о потребительском кредитовании), соглашением является договоренность или взаимопонимание между двумя или более сторонами об установлении между ними правовых отношений. Согласно упоминавшемуся выше Закону ЮАР «О компаниях» 2008 г. «соглашением, включая договор, является договоренность или взаимопонимание между двумя или более сторонами, об установлении прав и обязанностей между ними». Закон ЮАР «Об отчуждении земель» 1981 г.⁴ (далее – Закон об отчуждении земель) определяет договор, как соглашение или несколько соглашений, вместе составляющих одно целое вне зависимости от своей формы. Этот небольшой обзор законов ЮАР показывает, что законодательство содержит определение понятия «соглашение», выступающее более общим понятием по сравнению с понятием «договор».

¹ *Farlam and Hathaway*. Contract: cases, materials and commentary / G.F. Lubbe and C.M. Murray (Eds). – 3rd ed. – Cape Town: Juta and Co., 1988. – P. 1. (825 p.).

² *Lynn Berat*. Op. cit. – P. 513.

³ National Credit Act № 34 of 2005 // Government gazette. – 15 March of 2006. – Vol. 489. – № 28619. URL: http://www.transunion.co.za/za/docs/NATIONAL_CREDIT_ACT.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

⁴ Alienations of Land Act № 68 of 1981 (as amended by Act № 103 of 1998) // Government gazette. – 27 November of 1998. – Vol. 401. – № 19517. URL: http://saflii.org/za/legis/num_act/aolaa1998237.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

Ряд исследователей¹ полагает, что к договорам относятся лишь те соглашения, которые включают в себя ряд существенных элементов:

1) соглашение должно быть направлено на исполнение обязательств сторонами в будущем либо на воздержание от совершения действия, составляющего суть обязательства;

2) стороны должны быть дееспособными;

3) стороны должны иметь серьезные намерения по исполнению возложенных на них соглашением обязательств либо воздержанию от совершения действия, составляющего суть обязательства;

4) соглашение должно быть заключено в письменном виде, а в некоторых случаях и с соблюдением определенных формальных требований (например, нотариальное удостоверение брачного договора);

5) соглашение не должно противоречить статутному праву, публичному порядку и добрым нравам при его заключении, во время исполнения и по достижении конечной цели. При наличии вышеперечисленных пяти существенных элементов соглашение становится юридически обязательным договором для каждой из сторон.

Наличие *встречного удовлетворения* (*consideration*), характерное для стран англо-саксонской правовой семьи², не является обязательным условием действительности договора в праве ЮАР. Надо сказать, что споры относительно того, является ли встречное удовлетворение необходимым элементом договора, велись в южно-африканской правовой доктрине долгое время³. Так, например, к концу XIX в. под влиянием английского обще-

¹ См.: *Wessels J.W.* The law of contract in South Africa. 1951. – P. 12–24; *Farlam I.G., Hathaway E.W.* A casebook on the South African law of contract. – Juta, 1979. – P. 9–64.

² См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2006. – С. 530, 544–548.

³ См., напр.: *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa.* Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (eds.). – Oxford University Press, 1996. – P. 166–173.

го права, в частности, доминирующих взглядов председателя Высокого суда, Лорда Генри де Вильерса, суды придерживались точки зрения, согласно которой встречное удовлетворение представляет собой «услугу за услугу» (*quid pro quo*) и таким образом, является необходимым элементом договора, отсутствие которого делает договор недействительным. Спустя почти пол века позиция судов изменилась, и уже в деле *Conradie v. Rossouw* в 1919 г. суд постановил, что договор (contract), имеющий юридическую силу, может состоять из любого серьезного и обдуманного соглашения (agreement), совершенного с целью создания правового обязательства¹. В настоящее время наличие встречного удовлетворения существенным элементом договора в праве ЮАР не является.

Характерные черты договора в праве ЮАР проявляются в следующем:

1) договор является юридическим действием. Это означает, что закон придает определенные правовые последствия намерениям сторон. Стороны должны быть осведомлены о том, что своими действиями создали правовые обязательства;

2) договор это всегда двухстороннее либо многостороннее соглашение. Договор не может быть односторонним;

3) договор является обещанием одной или обеих сторон по исполнению ряда обязательств: дать что-либо, сделать что-нибудь либо воздержаться от совершения какого-либо действия. Исполнимость обещаний в праве ЮАР обеспечивается в основном, путем облечения договора в письменную форму, а также нотариальным удостоверением, государственной регистрацией (для договоров по отчуждению земель) и т. д.²;

4) договор, как правило, является возмездным, т. е. обязательство одной стороны совершается в обмен на исполнение обязательства другой стороной.

¹ См.: *Conradie v. Rossouw* 1919 AD 279 at. 324. Цит. по: *Rautenbach F.* The history of the Cape Provincial Division // *Advocate*. – April 2010. – P. 35. URL: <http://www.sabar.co.za/law-journals/2010/april/2010-april-vol023-no1-pp34-36.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

² См.: *Kerr A.J.* *The Principles of the Law of Contract*. – 6th ed. – Butterworths: Durban, 2002. – P. 20–25.

В торговом обороте возмездность договоров презюмируется¹; в гражданском обороте могут встречаться договора, которые по своему характеру могут быть и безвозмездными (например, договор дарения).

Наличие юридически обязывающего характера договора еще не означает, что закон неизбежно вынуждает его стороны к исполнению своих обязательств, поскольку законом не предусмотрена возможность понуждать лиц, заключивших договор, исполнять его положения. Наличие юридически обязывающего характера всякого договора лишь говорит о том, что каждая сторона должна в срок и надлежащим образом исполнить его условия. Несоблюдение данных положений приводит к возникновению у другой стороны (исполняющей свои обязательства в должном и предусмотренном договором порядке) права на подачу искового заявления в суд о возмещении убытков (*action for damages*) за неисполнение либо ненадлежащее исполнение договорных условий. При этом бремя доказывания наличия договора возлагается на сторону, которая утверждает, что договор существует².

К основным принципам, на которых основывается договор, относятся:

1) принцип свободы договора (*freedom of contract*), который не нуждается в комментариях ввиду его интернациональности;

2) принцип неприкосновенности договора (*sanctity of contract*), тесно примыкающий к принципу свободы договора, согласно которому стороны, правомерно вступившие в договор, должны почитать свои обязанности (*honor their obligations*), вытекающие из такого договора;

3) принцип соблюдения добрых нравов (*good faith*), согласно которому, вступая в договорные отношения, стороны должны действовать честно и справедливо, а также таким образом, чтобы не нарушать права друг друга, связанные с исполнением договора;

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2004. – С. 498.

² См: *Du Plessis, Jacques et al. Op. cit.* – P. 20.

4) принцип (доктрина) «договорной связи» (*privity of contract*), воспринятая из Англии, в рамках которой договор в пользу третьего лица не имеет правового основания и может служить источником прав и обязанностей только для его участников¹.

В правовой доктрине ЮАР можно выделить три основные теории, претендующие на объяснение сущности договора:

- 1) теория воли сторон (*will theory*);
- 2) заявительная теория (*declaration theory*);
- 3) теория предположения (*reliance theory*).

Каждая из них имеет свои особенности.

Согласно *теории воли*, основой любого договора является воля сторон, обусловленная встречей намерений сторон для достижения согласия (*meeting of the minds of the parties*). При этом если одна из сторон была введена в заблуждение относительно одного из существенных элементов договора, такой договор считается не заключенным; ни одна из сторон не связана условиями данного договора, и каждая из них может требовать возвращения фактически исполненного.

Согласно *заявительной теории* основу договора составляет не столько наличие в нем (содержательно) совпадающих волей сторон, сколько их внешнее выражение, которое должно быть проявлено в действиях сторон вовне. Данная концепция была впервые выработана в 1924 г. в деле *South African Railways & Harbours v. National Bank of South Africa, Ltd.* Судья по итогам рассмотрения дела заявил следующее: «Закон не может регулировать намерения сторон договора, но может распространять свое действие на их внешние проявления. Даже, если с философской точки зрения намерения сторон не совпали, а их действия говорят об обратном, законом будут приняты во внимание действия и будет определено, что намерения сторон договора совпали, и что стороны заключили договор на тех условиях, на которые изначально рассчитывали или подразумевали. Это единственный практический путь, по которому суд может оп-

¹ *Du Plessis, Jacques et al.* Op. cit. – P. 21; Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2006. – С. 501.

ределить истинные условия договора»¹. В правовой доктрине ЮАР высказывается критика в адрес данной теории².

Суть *теории предположения* в том, что договор считается основанным на намерении одной из сторон соглашения, а также на ее разумном представлении или предположении о том, что другая сторона имеет такие же намерения. Эта теория в какой-то степени дополняет теорию воли: так, если обе стороны имеют одинаковые намерения, считается, что их действия согласованы и выяснения наличия какого-либо представления у одной стороны относительно намерений другой не требуется. Если одной или обеими сторонами были допущены существенные нарушения в части фактического исполнения условий договора, в связи с чем констатируется отсутствие согласованности, – теория предположения признает соглашение договором, если одна из сторон в разумных пределах предполагала, что намерения сторон договора были согласованными. Теория предположения была применена в деле *Hodgson Brothers v. South African Railways and Harbours* 1928 г.³. Таким образом, согласно теории предположения сторона, которая хочет, чтобы его предположение было признано судом, должна доказать, что предположение было разумным в пределах имевшихся обстоятельств.

Далее. Основным источником возникновения обязательств в гражданском законодательстве ЮАР является (наряду с деликтом) договор.

Заключению договора (conclusion of a contract) в праве ЮАР предшествует оферта (offer), т. е. предложение заключить договор, и акцепт (acceptance), – принятие данного предложе-

¹ См. Решение по делу: *South African Railways & Harbours v. National Bank of South Africa, Ltd.* 1924 AD 704 (SA Railways) at 715-6. Цит. по: *Van Huyssteen L.F., Van der Merwe Schalk Willem Jacobus, Maxwell Catherine J.* Contract Law in South Africa. – Austin, Texas: Wolters Kluwer Law & Business, 2010. – P. 156–158.

² См: *Kerr A.J.* Op. cit. – P. 20–25.

³ См. Решение по делу: *Hodgson Brothers v. South African Railways and Harbours.* 1928 CPD 257. Цит. по: Law of contract. A – 2012. URL: <https://www.ru.ac.za/media/rhodesuniversity/content/law/documents/10-students/2012courseoutlines/Law%20of%20Contract%20A.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

ния. Будучи односторонним волеизъявлением, оферта сама по себе не создает обязательств.

Для того, чтобы создавать обязательства, она должна быть:

1) полной, ясной, четкой и определенной (to be complete, definite, clear and certain);

2) соответствовать требованиям, закрепляемым упомянутыми выше специальными законами, например, Законом ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г., который среди прочего:

а) запрещает так называемую «фиктивную рекламу» (bait marketing)¹ и «инертную продажу товаров» (negative option billing)²;

б) предоставляет потребителю право на так называемое «время для обдумывания» (cooling-off period)³;

в) предоставляет возможность розничной продажи товаров по каталогу (catalogue marketing) (ст. 33 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.).

¹ *Bait marketing* – фиктивная или вводящая в заблуждение реклама (ст. 30 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.) – запрещает поставщику рекламировать товары и услуги по определенной цене либо таким способом, которым может ввести потребителей в заблуждение, в результате чего последние могут посчитать, что товары доступны по определенной цене либо у поставщика имеется большое количество товаров, тогда как их количество ограничено. В рамках этого запрета разрешенная реклама должна конкретно указывать на цену товара и его количество, имеющегося в наличии.

² *Negative option billing* – инертная продажа товаров (ст. 31 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.) – незаконная торговая практика, заключающаяся в доставке ненужных товаров по почте, а затем в требовании денег за эти товары, если они не были возвращены в течение определенного времени. Воспринята из Великобритании, где стала очень распространенной в 1960-е гг., а сейчас контролируется Законом «О навязываемых товарах и услугах» 1971 г. (Unsolicited Goods and Services Act).

³ *Cooling-off period* – время для обдумывания (ст. 16 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.), в течение которого потребитель вправе расторгнуть договор, совершенный в результате прямой розничной покупки товаров, без указания причин и выплаты штрафа, уведомив поставщика в письменной форме в течение пяти рабочих дней с момента заключения соглашения либо поставки ему товара. Поставщик обязан вернуть потребителю деньги за товар в течение 15 рабочих дней с момента получения соответствующего уведомления.

Несмотря на то что оферта, как правило, адресуется определенному лицу или лицам, она также может быть адресована и неопределенному количеству лиц. Рекламные объявления, сами по себе не являются офертой, а рассматриваются как вызов оферты (*ivitatio ad offerendum*) или как приглашение к переговорам. Хотя обещание награды, сделанное в форме объявления, признается офертой. В простом аукционе (без условий) участник рассматривается как лицо, заявляющее оферту. В аукционе с резервированной ценой заявителем оферты является аукционист. Аукцион на условиях, состоит из двух самостоятельных договоров: первый обязывает стороны условиями аукциона, а второй (основной) – представляет собой договор купли-продажи.

Оферта прекращается в случаях:

- 1) когда адресат оферты отклоняет ее;
- 2) если оферент отозвал оферту;
- 3) смерти одной из сторон;
- 4) когда истек срок для ее акцепта, либо по истечении времени, при обычных обстоятельствах достаточного для акцепта;
- 5) по истечении разумного времени, если оферта не содержит указания срока ее акцепта.

Акцепт является волеизъявлением адресата оферты, который принял условия адресованной ему оферты. Акцепт действителен в случаях, если он:

- 1) полный и безоговорочный;
- 2) осознанно принят лицом, которому был направлен (адресатом оферты);
- 3) соответствует требованиям, установленным законодательством и оферентом.

В случаях, когда стороны договора находятся на расстоянии друг от друга (договор между отсутствующими) встает вопрос о том, где и когда происходит акцепт оферты. По общему правилу, южно-африканское право следует *информационной теории* (теория получения акцепта оферентом), которая требует действующего и осознанного соглашения между договаривающимися сторонами, а договор, считается заключенным только тогда, когда оферент знает об акцепте оферты. Местом заключения договора, как правило, считается место, где акцепт дово-

дится до сведения оферента. Оферта договора, направленного почтой, регулируется *экспедиционной теорией (теорией «почтового ящика» – mail-box theory)*, согласно которой, договор вступает в силу, когда адресат оферты направит письмо с ее акцептом.

Порядок заключения договора по телефону также регулируется на основе идеи информационной теории; порядок заключения договора по электронной почте или с использованием иных средств электронной связи регулируется Законом ЮАР «Об электронных средствах связи и транзакциях» 2002 г.¹ (далее – Закон об электронных средствах связи). Согласно положениям этого закона, соглашение считается заключенным полностью или частично с использованием информационных сообщений в то время и в том месте, в котором акцепт оферты был получен оферентом (п. 2 ст. 22 Закона об электронных средствах связи).

Как отмечалось выше, одним из основных элементов договора является дееспособность сторон. Как физические, так и юридические лица, вступающие в договорные отношения, обладают правоспособностью, т. е. способностью иметь права и обязанности, однако не все они обладают при этом дееспособностью, т. е. способностью своими действиями приобретать и осуществлять имеющиеся у них права и обязанности.

В связи с этим в южно-африканском праве (как и в праве стран континентальной системы права) физических лиц принято делить на группы лиц:

- 1) обладающих полной дееспособностью;
- 2) не обладающих дееспособностью (например, дети или душевнобольные), – за них договоры (кроме некоторых) заключают их законные представители;
- 3) обладающих частичной (или ограниченной) дееспособностью, – им для заключения договора требуется согласие/помощь родителей или опекунов, либо разрешение суда на совершение определенных сделок.

¹ Electronic Communications and Transactions Act № 25 of 2002 // Government gazette. – 2 August of 2002. – Vol. 446. – № 23708. URL: <http://www.doc.gov.za/documents-publications/acts.html?download=33:electronic-communications-and-transactions-act-2002> (дата обращения: 18.09.2014).

От имени юридических лиц договора заключаются их уполномоченными представителями. Государство также может свободно вступать в договорные отношения, но его полномочия могут быть ограничены положениями законодательства.

По общему правилу для действительности договора не требуется соблюдение каких-либо формальных требований (formalities). Исключением из этого правила являются случаи, когда законом или соглашением сторон установлена обязательность таких требований. Так, например, южно-африканское право устанавливает письменную форму и нотариальное удостоверение в качестве формальных требований для определенных видов договоров.

Примерами договоров, действительность которых зависит от соблюдения письменной формы и наличия подписи сторон являются:

1) договор по отчуждению земли (ст. 2 упомянутого выше Закона об отчуждении земель);

2) договор дарения в будущем (ст. 5 Закона ЮАР «О внесении изменений в некоторые законодательные акты» 1956 г.¹);

3) договор поручительства (ст. 6 Закона ЮАР «О внесении изменений в некоторые законодательные акты» 1956 г.).

В качестве примера договора, требующего обязательную письменную форму и нотариальное удостоверение можно привести брачный договор (ст. 87 Закона ЮАР «О регистрации сделок» 1937 г.²). Формальные требования к некоторым договорам устанавливаются с целью закрепления правовой определенности относительно подлинности и содержания данных договоров. В целом все существенные условия договора, а равно как их изменения должны быть выражены в письменном виде. В случае, если договор не содержит необходимых обозначенных выше формальных требований, он считается недействительным.

¹ General Law Amendment Act № 50 of 1956 // Department of Justice and Constitutional Development of Republic of South Africa. URL: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1956-050.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

² Deeds Registries Act № 47 of 1937 (as amended by Act № 5 of 2006). URL: <http://www.ruraldevelopment.gov.za/phocadownload/Acts/deeds%20registries%20act%2047%20of%201937.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

Кроме того, есть и такое условие действительности, в рамках которого стороны не могут включить в договор обязательства, исполнение которых невозможно. Невозможность исполнения должна быть объективной и абсолютной, т. е. такой, когда никто из сторон не будет в состоянии исполнить обязательство. Общие требования по созданию договорных обязательств также устанавливаются, что содержание договора должно быть ясным. В некоторых случаях договор признается недействительным, поскольку в нем содержатся неясные формулировки или не указан срок исполнения обязательств. Имущество, переданное с целью исполнения обязательства, которое впоследствии было признано недействительным в силу невозможности его исполнения, может быть возвращено путем подачи иска в суд о неосновательном обогащении.

Предмет договора (the subject matter of a contract) входит в его условия, и в последующем определяет обязательства, которые порождает данный договор¹. Обязательство, как отмечалось выше, представляет собой правовую связь между двумя или более лицами и включает в себя как права, так и обязанности: должник несет обязанность по исполнению соглашения, а кредитор имеет право требовать от него данного исполнения. Все договоры порождают личные права и обязанности. Таким образом, право, возникшее в связи с договорным обязательством у одной стороны, может быть исполнено только в отношении другой². Такое положение дел еще раз говорит в пользу применения доктрины договорной связи (privity of contract).

Договор возлагает права и обязанности на заключившие его стороны. В случаях, если участниками договора являются более двух лиц, они должны четко распределить права и обязанности между собой. Перемена лиц в договорных обязательствах осуществляется, например, путем цессии – передачи прав и обязанностей от одной из договаривающихся сторон другой (assignment), т. е. на основании договора, посредством которого одна сторона (цедент) передает свое право требования новому кредитору (цессионарию).

¹ См: *Du Plessis, Jacques et al.* Op. cit. – P. 231.

² *Ibid.* – P. 232.

Условиями договора (terms of contract), определяющими его содержание, выступают положения, которые стороны договора обязались исполнить в отношении друг друга. Они включают в себя как условия, которые стороны сами включили в договор, так и требования, которые установлены законодательством страны для отдельных видов договоров (например, нотариальное удостоверение договора поручительства).

В отношении классификации договорных условий современная доктрина и судебная практика ЮАР представляют собой смесь между континентальной и англо-саксонской моделями, с превалированием подходов англосаксонской системы права. Отметим в этой связи, что в праве стран континентальной Европы договорные условия принято делить на:

1) основные (essentialia) – условия без которых договор не может существовать (например, вещь в договоре купли-продажи имущества);

2) обыкновенные (naturalia) – условия, которые соответствуют диспозитивным нормам права (например, указание времени, когда договор вступает в силу) и случайные (accidentalia) – условия, которые по своей природе и характеру не являются ни основными, ни обыкновенными, а устанавливаются для конкретного договора между конкретными сторонами (например, указание в договоре купли-продажи имущества условия о том, что сумма по договору может быть оплачена только в определенных банковских учреждениях).

А в праве Англии и США судебная практика выработала иную классификацию условий договора: они делятся на:

1) прямо выраженные;

2) подразумеваемые условия (express and implied terms)¹.

Прямо выраженные условия конкретно и однозначно согласуются сторонами и формулируются при составлении договора (устного или письменного). Такие условия также могут быть включены в договор посредством ссылки на один или несколько документов.

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. – Т. I. – М.: Международ. отношения, 2008. – С. 518–521.

Подразумеваемые условия однозначно сторонами не согласуются, но, тем не менее, являются составной частью договора. Они также являются обыкновенными условиями и обычно влекут за собой правовые последствия, однако в некоторых случаях могут быть изменены или исключены сторонами.

В ЮАР законодательство, например, в сфере защиты прав потребителей применительно к условиям договора устанавливает, что внимание потребителей, прежде всего, должно быть обращено на определенные категории оговорок и предупреждений, которые могут говорить о возможном нанесении им ущерба (напр., ст. 49 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.). В отношении существенных или непредвиденных рисков, потребители должны выразить свое согласие путем предоставления подписи на соответствующих документах. Таким образом, такого рода условия никогда не могут быть подразумеваемыми, но должны обозначаться как явно выраженные. Как правило, подразумеваемые условия договора вытекают из положений общего или статутного права, а также торгового обычая или обыкновения.

Для своего применения последние должны соответствовать нескольким требованиям:

- 1) быть постоянными и универсальными;
- 2) быть разумными и известными подавляющему большинству людей, занимающихся торговлей;
- 3) существовать на протяжении долгого времени;
- 4) не противоречить действующему законодательству страны и прямо выраженным условиям договора.

Такие требования к торговым обыкновениям были разработаны судьей Корбэтом в деле *Golden Cape Fruits v. Fotoplate* в 1973 г.¹ В качестве примера применения торговых обыкновений как подразумеваемых условий договора до 1973 г. можно привести также прецедент на основе дела *Coutts v. Jacobs* 1927 г.² Так, в данном деле Джейкобс передал товар Коутсу (агенту по продажам товаров), который продавал их, потребовал от первого комиссионные. Джейкобс отказался их платить, и Коутс обратил-

¹ См. решение по делу *Golden Cape Fruits v. Fotoplate*. 1973 (2) SA 642 (C).

² См. решение по делу *Coutts v. Jacobs*. 1927 EDL 120.

ся в суд. Суд постановил, что оплата комиссионных агентам по продажам товаров из шерсти является торговым обыкновением.

Выявленная и применяемая в ЮАР классификация договорных условий была выработана доктриной и судебной практикой. Приверженность выявленным общепринятым моделям классификаций договорных условий не говорит, однако, о том, что право ЮАР ограничивается лишь простым дублированием их положений. Так, например, профессор Университета Родса (Rhodes University) А.Д. Керр, предложил собственную классификацию договорных условий для договорного права ЮАР¹. Она довольно широко применяется в ЮАР.

Так, проф. А.Д. Керр делит все договорные условия на:

1) постоянные (неизменные) условия (*invariable terms*) – без которых договор не может существовать и которые стороны не вправе изменить:

а) основные условия (*essential terms*);

б) условия, возложенные статутным правом (*terms, imposed by statute*);

2) прямо выраженные условия (*expressed terms*) – устанавливаются сторонами;

3) подразумеваемые условия (*implied terms*) – включаются в договор по смыслу;

4) остальные условия (*residual terms*) – они могут быть возложены законом и включаются в договор в случае отсутствия трех вышеперечисленных условий.

Подобная классификация служит подтверждением смешанного характера некоторых положений доктрины в договорном праве ЮАР в части классификации условий договора, поскольку включает в себя как характерные для стран англосаксонской правовой семьи, прямо выраженные и подразумеваемые условия, так и элементы характерные для стран континентальной правовой семьи (например, основные условия).

Исполнение договора (*performance of a contract*) должно быть надлежащим. Надлежащим должно быть исполнение не только основного, но и дополнительных к основному обязательств (например, при договоре поручительства). Итогом над-

¹ См: *Kerr A.J. Op. cit.*

лежащего исполнения является освобождение стороны от договорных обязательств, и как следствие, от претензий от кредитора.

При исполнении договора основными ключевыми вопросами являются следующие:

- 1) кто должен и может исполнить договор;
- 2) кому должно быть произведено исполнение;
- 3) время и место исполнения договора;
- 4) способ исполнения договора.

В договоре, прежде всего, должно быть четко обозначено, кем должно быть исполнено обязательство. Если исполнение обязательства связано с личными качествами должника (например, написание книги), то единственным исполнителем может быть только сам должник.

Если обязательство не связано с личными качествами должника, то его могут исполнить и иные лица, а именно:

- 1) агент, уполномоченный должником на исполнение обязательства;
- 2) поручитель;
- 3) любое третье лицо, выступающее от имени должника как по собственному желанию, так и в силу перевода долга.

В зависимости от обстоятельств обязательство может быть исполнено следующим лицам:

- 1) кредитору;
- 2) агенту кредитора;
- 3) третьему лицу, указанному кредитором в договоре.

К последним относятся лица, дополнительно уполномоченные кредитором на получение платежа (*adiectus solutionis causa*).

Обязательство должно быть исполнено своевременно и в надлежащем месте. Время и место исполнения, как правило, предусматриваются в самом договоре. Если срок исполнения не предусмотрен договором, то считается, что исполнение должно быть произведено в разумные сроки (*at a reasonable period of time*), которые определяются, исходя из характера самого договора. Если в договоре отсутствует указание на место его исполнения, то этот пробел восполняется, исходя из того, какое имущество составляет предмет договора. Дело в том, что некоторые обязательства могут быть исполнены только в определенном

месте. Так, например, переход права собственности по договору купли-продажи имущества осуществляется по месту регистрации данного имущества (ст. 16 Закона ЮАР «О регистрации сделок» 1937 г.).

Что касается особенностей исполнения в зависимости от характера договора, в двустороннем договоре кредитор имеет право на получение полного и надлежащего исполнения на основании принципа взаимности, согласно которому намерения сторон, вне зависимости от их выражения, должны быть направлены на взаимное исполнение обязательств. Следовательно, кредитор может отказаться от любого ненадлежащего исполнения. Исполнение также не может быть произведено в рассрочку, за исключением случаев, когда рассрочка исполнения была согласована сторонами. Равным образом не допускается возмещение убытков взамен исполнения договора. Так, в случае, если товар согласно договору поставки не соответствует условиям договора относительно качества поставляемого товара, поставщик обязан устранить недостатки товара и при этом возместить потребителю ущерб, причиненный в результате ненадлежащего исполнения договора поставки (ст. 54 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.). Одно лишь возмещение ущерба в связи с ненадлежащим исполнением договора поставки не освобождает поставщика от исполнения договора (основного обязательства).

Стороны по взаимному согласию могут изменить условия договора. В данном случае договор не прекращается, а лишь изменяется в части.

Прекращение договора (termination of contract) обычно происходит в силу его надлежащего исполнения. К иным основаниям прекращения договора право ЮАР также относит новацию (novation), делегацию (delegation), зачет (set-off), последующую невозможность исполнения (supervening impossibility of performance), совпадение должника и кредитора в одном лице (merger), истечение срока действия договора (effluxion of time), мировое соглашение (compromise agreement), несостоятельность/банкротство одной из сторон (insolvency/bankruptcy), смерть одной из сторон (death), признание договора недействительным (void contract) и др. Рассмотрим некоторые из этих оснований.

Новация представляет собой соглашение, которое прекращает и заменяет одно или несколько обязательств на новое. В случае недействительности основного обязательства, новация также признается недействительной. В праве ЮАР выделяют две формы новации: добровольная (*novatio voluntaria*) и принудительная (*novatio necessaria*). Добровольная новация в прецедентном праве ЮАР рассматривается как соглашение, направленное на установление сущности намерений сторон. В данном случае, суды исходят из того, что когда стороны прибегают к новации, их намерения направлены на замену одного действующего договора на другой¹. Принудительная новация в праве ЮАР встречается редко и имеет место в случаях, установленных законом (например, если в ходе судебного разбирательства выяснится, что одна из сторон нарушила условия договора, то сумма убытков, присужденная судом другой стороне, будет являться принудительной новацией основного обязательства).

Делегация представляет собой одну из форм новации, при которой одно обязательство прекращается, а вместо него создается новое обязательство, с участием нового должника.

В делегации участвуют три стороны:

- 1) прежний должник (*delegator*) – лицо, которое взяло на себя обязательство по исполнению основного обязательства;
- 2) новый должник (*delegatee*) – лицо, взявшее на себя обязанность по исполнению нового обязательства;
- 3) кредитор (*obligee*) – лицо, которому должно быть произведено исполнение.

Таким образом, при делегации происходит замена прежнего должника на нового с созданием также и нового обязательства².

Прекращение договора путем *зачета* имеет место в случае наличия между его сторонами взаимных обязательств. Зачет в праве ЮАР, наступает в силу закона, без ведома должников и

¹ См., напр., решение по делу *Swadif v. Dyke*. 1978. 1 SA. 928 (A).

² Делегация как способ прекращения договора также известна праву Франции. См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Васильев Е.А., Комаров А.С. – 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. – Т. I. – М.: Междунар. отношения, 2008. – С. 492–493.

без необходимости совершения ими каких-либо дополнительных действий. При этом он может быть применен только по денежным обязательствам.

Последующая *невозможность исполнения* имеет место в случае, когда после заключения договора, наступает событие, в результате которого его исполнение становится объективно невозможным. При этом невозможность исполнения должна возникнуть не по вине должника. Примером этому является дело *Peters, Flamman and Company v. Kokstad Municipality* (истец) 1919 г.¹. Так, в данном деле компания Peters, Flamman and Company была ликвидирована во время Первой мировой войны, поскольку ее учредители – немцы – были объявлены правительством Я.К. Смутса² врагами государства, в результате чего эта компания больше не могла выполнять свои договорные обязательства (обеспечение истца ацетиленовым газовым освещением) перед муниципалитетом города Кокстада. Тогда этот муниципалитет подал в суд на компанию за нарушение условий договора. Суд в данном деле определил, что ввиду возникших после заключения договора обстоятельств наступила объективная невозможность исполнения договора и таким образом, договор должен быть прекращен.

Совпадение должника и кредитора в одном лице (*confusio*) также прекращает договор. Данный способ прекращения договора в деле *Grootchwaing Salt Works v. Van Tonder* 1920 г.³ определяется как «совпадение двух взаимоисключающих качеств или возможностей в одном человеке».

Договор, заключенный на определенный срок, автоматически прекращается при истечении данного срока. Закон ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г. устанавливает императив-

¹ См. решение по делу *Peters, Flamman and Company v. Kokstad Municipality*. 1919 AD 427.

² Jan Christian Smuts (Ян Кристиан Смутс, 1870–1950) – южноафриканский государственный деятель, солдат, а также премьер-министр в период с 1919 по 1924 г. и 1939 по 1948 г. Командовал союзными войсками против Германской Восточной Африки в 1916 г., а позже участвовал в создании Лиги Наций.

³ См. решение по делу *Grootchwaing Salt Works v. Van Tonder*. 1920 AD 492.

ные положения относительно срочных договоров. Так, если соглашение, одной из сторон которого выступает потребитель (consumer agreement) заключено на определенный срок, то этот срок не может превышать максимально установленный законодательством срок для данных соглашений. При этом несмотря на любые положения данного соглашения, потребитель вправе расторгнуть его в одностороннем порядке до истечения установленного в нем срока, письменно уведомив об этом поставщика за 20 рабочих дней. Поставщик, в свою очередь, также имеет право расторгнуть такое соглашение в одностороннем порядке, письменно уведомив об этом потребителя за 20 рабочих дней. В таком уведомлении поставщик должен указать на существенные нарушения условий соглашения потребителем в качестве основания для его расторжения. В этом случае соглашение прекращается автоматически, даже если потребитель предпринял все необходимые попытки по устранению данных нарушений (пп. «а» и «b» п. 2 ст. 14 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.).

Также не ранее 80 и не позднее 40 рабочих дней до истечения срока действия соглашения, одной из сторон которого выступает потребитель, поставщик должен в письменной форме уведомить потребителя о дате предстоящего истечения, указав при этом сведения обо всех существенных изменениях, которые вступят в силу в случае продления соглашения либо в случае его действия после истечения срока (пп. «с» п. 2 ст. 14 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.). По истечении установленного срока такое соглашение будет каждый раз продлеваться на месяц и приводить к тем существенным изменениям, о которых поставщик уведомлял потребителя, пока последний специально не известит поставщика о расторжении соглашения либо согласится продлить его на дальнейший определенный срок (пп. «d» п. 2 ст. 14 Закона ЮАР «О защите прав потребителей» 2008 г.).

Мировое соглашение представляет собой новый договор, которым стороны регулируют спорное обязательство или некоторые разногласия между собой. В результате создаются новые обязательства, а старые прекращаются. Таким образом, мировое соглашение представляет собой некое досудебное урегулирова-

ние спора по вопросам исполнения имеющихся между сторонами обязательств.

При подаче иска о *возмещении убытков* в результате нарушения договорных положений, следует учитывать, что суды не признают ряд категорий договорами, – к ним, в частности, относятся:

1) договоры, не снабженные исковой защитой (*unenforceable contracts*);

2) договоры, ничтожные с момента заключения (*contracts void ab initio*);

3) недействительные (оспоримые) договоры (*void contracts*).

Договоры, не снабженные исковой защитой, являются такими договорами, в результате неисполнения либо ненадлежащего исполнения которых стороны не вправе обращаться в суд¹. По данному договору никакие правовые обязательства не могут быть возложены на стороны, которые его заключили. *Ничтожными* с момента заключения признаются договоры, в которых отсутствует один либо несколько существенных элементов, присущих договорам. Подобные соглашения не имеют юридической силы с момента заключения. К таковым, как правило, относятся соглашения, запрещенные законом либо заключенные с недееспособным лицом². Договоры, ничтожные с момента своего заключения, не предоставляют сторонам никаких из обозначенных в них прав и обязанностей. Исключением является случай, когда одна сторона исполнила свое обязательство по такому договору. В этом случае суд может присудить данной стороне одностороннюю реституцию полученного по такому договору имущества (*restoring the property*) либо денежную компенсацию (*monetary compensation*). В отличие от договоров, ничтожных с момента заключения, *недействительные (оспоримые) договоры* имеют все необходимые существенные элементы соглашения, однако в силу некоторых пороков воли (*flaws*), существовавших на момент их заключения, стороны впоследствии вправе отказаться от исполнения их условий, и

¹ *Millin Philip & Wille George*. Law of South Africa. Coaker J.F. & Zeffertt D.T. (Eds.). – 18th ed. – 1984. – P. 29–58.

² *Ibid.* – P. 91.

если это возможно, вернуться в изначальное положение (двусторонняя реституция). Доказывать наличие пороков воли в договоре, который признается недействительным, должна сторона, которая отказывается от его исполнения¹.

К порокам, на основании которых договор может быть признан судом недействительным относятся:

1) умышленное введение стороны в заблуждение относительно условий, а также существа договора (fraudulent misrepresentation);

2) принуждение к заключению договора (duress);

3) недолжное влияние (undue influence).

По мнению Лина Берата все три порока недействительной (оспоримой) сделки в совокупности образуют южно-африканский эквивалент доктрины недобросовестности (unconscionability), выработанной правом США².

Рассмотрение основных положений, касающихся порядка заключения, исполнения и прекращения договоров в праве ЮАР позволяет сделать следующие общие выводы.

Законодательство страны в области договорного права не систематизировано (кодифицировано): в ЮАР отсутствует закон, посвященный порядку заключения, исполнения и прекращения договоров. Положения некоторых законов, касающихся договоров, лишь частично восполняют данный пробел. Так, например, Закон «О защите прав потребителей» 2008 г. устанавливает императивные положения относительно некоторых условий договора, а также порядка прекращения срочных соглашений, заключаемых с участием потребителей; Закон «Об электронных средствах связи и транзакциях» 2002 г. устанавливает лишь порядок принятия договоров, заключенных по электронной почте или иными средствами электронной связи и т. д. Развитию договорного права способствует большое число прецедентов и доктрина. В современный период договорное право ЮАР развивается в русле как романо-германской, так и англосаксонской правовой систем: это подтверждает, например,

¹ Farlam I.G., Hathaway E.W. A casebook on the South African law of contract. – Juta, 1979. – P. 214.

² Berat Lynn. Op. cit. – P. 515.

классификация условий договора, получившая развитие в доктрине; основания прекращения договоров и др.¹.

Таким образом, анализ национального законодательства о договорах позволяет сделать ряд следующих основных выводов.

1. В ходе проведенного исследования установлены следующие *общие принципы* договорного права стран БРИКС: *свободы договора при юридическом равенстве, взаимном согласии, добросовестности* сторон и *соблюдении* ими норм *действующего законодательства и общественных интересов*.

2. Изучены особенности современных национальных доктрин договорного права, они могут быть сведены к следующему.

В *Бразилии* понятие договора специально не формулируется, а сделки (договоры) регулируются положениями раздела ГК об обязательствах. Последние различают на обязательства: по предоставлению вещи (определенной и неопределенной); позитивного и негативного свойства (сделать или не делать что-либо); делимые и неделимые; солидарные и альтернативные. Применительно к договорам ГК закрепляет их социальную функцию и распространяет на них принцип солидаризма.

В *РФ* основные положения по регулированию договоров отражены (как и в Бразилии) в общей части обязательственного права ГК, где договор определяется как соглашение лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

В *Индии* различные доктринальные толкования договора нашли отражение в законе о договоре в виде общего определе-

¹ См. также: *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Заключение, исполнение и прекращение договора в праве Южно-Африканской Республики // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». – 2014. – №. 1. – С. 208–217; *Они же.* Место договора в правовой доктрине и практике ЮАР: истоки и развитие // Африка: слагаемые современного развития – Ежегодник–2014 (Africa: Components of Contemporary Development: Yearbook – 2014): сб. статей / под ред. Н.С. Кирабаева, Л.В. Пономаренко, В.И. Юртаева, Е.А. Долгинова. – М.: РУДН, 2014. – С. 142–154 (312 с.).

ния, что договор – это *соглашение*, исполнения которого можно требовать на основании закона.

Согласно доктрине *Китая*, под договором следует понимать соглашение между равными субъектами об установлении, изменении, прекращении гражданских прав и обязанностей.

В *ЮАР* отсутствует специальный закон о договоре. Порядок заключения, исполнения и прекращения договоров определяется прецедентами и законами, отражающими положения о договорных правоотношениях. В законах ЮАР различного назначения закреплено много определений договора через понятие «соглашение» (например, «договор – соглашение об установлении взаимных прав и обязанностей»). При этом существует три концепции, объясняющие сущность договора: по *теории воли* основой договора является воля сторон, обусловленная встречей их намерений для достижения согласия; по *заявительной (практической) теории* основу договора составляет не наличие совпадающих волей сторон, а их внешнее выражение, проявленное в действиях; по *теории предположения* считается, что договор основан на намерениях сторон, разумно предполагающих эти намерения обоюдными. Однако общепризнано, что договор не может быть односторонним, он является юридическим действием с правовыми последствиями намерений сторон и обещанием сторон по исполнению ряда обязательств.

3. Выявлено, что применительно к изучаемым правовым порядкам можно говорить об унификации условий признания договоров (сделок, соглашений) заключенными (действительными), поскольку все правовые порядки предусматривают необходимость наличия следующих трех условий (оснований) наличия (действительности) договора:

1) дееспособность (нахождение в здравом рассудке и др.) и правоспособность сторон договора;

2) необходимость конкретизации предмета договора, в том числе с позиции соответствия самого заключаемого (заключенного) договора положениям действующего законодательства;

3) наличие свободного волеизъявления (согласия), выраженного в ответ на оферту в виде ее акцепта;

4) наличие правового основания договора – *causa* (напр., Бразилия) или *consideration* (напр., Индия).

Нарушение какого-либо из этих условий хотя бы в части является основанием признания договора недействительным, которое влечет за собой реституцию.

Каждое из приведенных выше условий в законах изучаемых стран имеет национальную особенность.

Относительно условия 1 – законодательство всех стран дееспособность связывают с достижением возраста совершеннолетия, который различается по странам (например, в Бразилии возраст от 16 лет до 21 года считается относительно дееспособным, а старше 21 – дееспособным, в РФ, КНР совершеннолетие достигается в 18 лет), а также с наличием рассудка (рассудочной деятельности – Индия) или отсутствием умственной болезни (Бразилия), и наделяет правоспособностью всех физических лиц с рождения, а юридические лица – правосубъектностью в зависимости от их компетенции применительно к различным типам договоров (общей/специальной).

Относительно условия 2 – конкретизация предмета договора является его основным признаком, определяющим вид договора и применимое к нему специальное законодательство, предусматривающее включение в договор обязательных условий. Например, в РФ это подразумевает выполнение «существенных» и «обычных» (по терминологии ГК) условий договора; в ЮАР – «основных», «возложенных статутным правом» и «прямо выраженных». В Бразилии конкретизация предмета договора применительно к вещам должна отражать индивидуализирующие их характеристики (как, впрочем, и в других странах, постольку поскольку эти характеристики являются характеризующими предмет договора – принадлежность/род, качество, количество и т. п.), а применительно к имуществу – оно должно существовать в натуре и быть определенным или определяемым. К действиям, составляющим предмет договора, предъявляются требования о необходимости их физической или юридической исполнимости.

При этом соответствие договора законодательным положениям трактуется в странах достаточно широко, включая в себя, наряду с соответствием конституциям: соответствие гражданским кодексам и специальным законам (Бразилия, Россия); законам о договорах и специальным законам (Индия, КНР); спе-

циальным законам и прецедентам (ЮАР) – везде также учитываются законодательные акты о защите прав потребителей.

Относительно условия 3, например, во всех странах, одной стороны, законодательно закреплена недопустимость принуждения контрагента к заключению договора путем обмана, введения в заблуждение и т. п., с другой – предусмотрена возможность заключения разработанных для неоднократного применения одной из сторон договоров *без обсуждения* с корреспондирующей стороной со «стандартными» (Индия, КНР, ЮАР) или «общими» (Бразилия, РФ) условиями.

Относительно условия 4 – для заключения действительного договора дополнительно к акцепту оферты в странах, принадлежащих континентальной правовой семье, необходимо наличие его правового основания (РФ, КНР) или *causa* (Бразилия), а в странах, придерживающихся традиции общего права (Индия, ЮАР), в качестве обязательного элемента для большинства договоров (кроме агентских и дарения) необходимо наличие встречного удовлетворения (*consideration*). Однако, если в Индии *consideration* необходимо и его различают по временным основаниям действия, как будущее (подлежащее исполнению) и настоящее (действующее), то в праве ЮАР *consideration* существенным элементом договора в настоящее время уже не является.

4. Показана унификация подходов к законодательной регламентации предписаний, касающихся способов (механизмов) заключения договора, выражающаяся в законодательном закреплении следующих единообразных требований:

а) содержание оферты должно максимально полно характеризовать предмет и условия предлагаемого соглашения, а акцепт должен содержать безоговорочное принятие условий оферты; сроком заключения договора является дата отправки оференту акцепта с принятием оферты;

б) акцепт, включающий любую оговорку оферты, превращается во встречную (новую) оферту; оферта является безотзывной в течение срока, установленного оферентом для ее акцепта.

Выявлено, что в Бразилии и Китае согласно специальному законодательству торговая реклама признается *публичной офертой*, обращенной к неопределенному кругу лиц.

5. Установлено, что концепция *надлежащего исполнения договора* является общепризнанной и предполагает исполнение договора по надлежащему предмету (что) действию (каким способом) надлежащими сторонами (кто кому) в надлежащее время (когда) в надлежащем месте (где). Находя отражение в национальных законодательных актах, определяющих, что означает слово «надлежащее» в каждом конкретном применении, эта концепция вызывает необходимость указания этих условий в договоре в письменной форме. Дополнительно к вышеуказанному закон КНР предусматривает также порядок определения (при необходимости) условий о качестве, цене или оплате, распределении расходов сторон.

Правопорядки всех изучаемых стран (кроме ЮАР, где придерживаются принципа «договорной связи») допускают осуществление исполнения договора третьему лицу (третьим лицом), уполномоченному кредитором (уполномоченным должником), при этом ответственность за то, что исполнение является надлежащим несут стороны договора (кредитор и должник).

6. Продемонстрировано, что правопорядки всех изучаемых стран регулирование договоров с участием потребителей осуществляют специальными законами (в Бразилии это кодекс) о защите прав потребителей. Смысловая нагрузка содержания этих актов при использовании отличающейся терминологии сводится к общему признанию прав потребителей на получение: достоверной и полной информации о товарах (услугах) при их продаже и рекламе (кодекс Бразилии о защите прав потребителей запрещает незаконную и вводящую в заблуждение рекламу); справедливой цены на товары (услуги); качественного безопасного для здоровья товара (услуги); возмещения ущерба здоровью (имуществу), причиненного некачественным товаром (услугой). Например, право Бразилии за безопасность и качество товара (услуги) предусматривает объективную и солидарную ответственность разработчика, изготовителя, поставщика (импортера) и продавца товара; по праву России – убытки, возникшие у потребителя при исполнении договора, подлежат возмещению изготовителем (исполнителем, продавцом) в полном объеме; в Индии зако-

нодательство также закрепляет право потребителя на получение возмещения ущерба, причиненного вследствие недобросовестной торговли, и на защиту от продажи опасных для жизни и собственности товаров; потребитель КНР вправе требовать компенсацию за физические увечья или ущерб имуществу, нанесенные в результате приобретения (использования) товаров (услуг); а в ЮАР поставщик обязан не только устранить недостатки товара, но и при этом возместить потребителю ущерб, причиненный в результате ненадлежащего исполнения договора поставки.

Указанные правовые акты запрещают также продавцам (поставщикам) включать в договор (предлагать, поставлять) товары (услуги) по ценам, на условиях и способами, которые являются необоснованными, неразумными или несправедливыми, а также понуждать потребителей к отказу от их прав. Необоснованными, неразумными или несправедливыми предполагаются случаи, когда положения договора носят чрезмерно односторонний характер не в пользу потребителя. Например, в РФ к необоснованным требованиям следует отнести продажу одного товара при условии обязательного приобретения другого или осуществление за дополнительную плату навязанных непредусмотренных работ.

7. Прекращение договора во всех странах БРИКС предусматривается по следующим общим основаниям:

1) при достижении правовой цели, на которую было направлено соглашение сторон, т. е. при его надлежащем исполнении;

2) по воле сторон соглашения – при наличии отступного, зачета, новации или прощения долга;

3) по объективным причинам – при совпадении сторон в одном лице; невозможности исполнения; издания государственного акта; смерти гражданина или ликвидации юридического лица;

4) при ненадлежащем исполнении договоров (напр., при существенном нарушении одной из сторон условий договора). Эти же основания прекращения договора применяются и в договорах с участием потребителей.

5.2. Государственное вмешательство в систему договорного права стран БРИКС: современность и перспективы

В условиях капиталистической системы хозяйствования, которой привержены четыре из пяти стран БРИКС (Бразилия, Россия, Индия, ЮАР), правила ведения предпринимательской деятельности устанавливаются государством согласно рыночной концепции развития экономики (обеспечения равной конкуренции всем субъектам рынка) в специальном законодательстве о защите конкуренции или антимонопольном регулировании.

В Китае одновременно с провозглашением социалистического государственного строя и признанием общенародной собственности, частная собственность (кроме собственности на землю) и «рынок» (в том числе конкуренция) также признаются и защищаются государством; признается и защищается «свобода договора».

Защита заключается в том, что, предоставляя свободу действий для рыночных сил, государство сдерживает крайние проявления рыночной стихии, а именно: ограничивает чрезмерную монополизацию и одновременно предпринимает меры по поддержке и поощрению конкуренции мелкого и среднего бизнеса. При такой структуре, с одной стороны, рынок в значительной мере оказывается вполне прогнозируемым и управляемым, а, с другой – на нем сохраняется конкурентная среда, что дает простор предпринимательскому творчеству и принятию эффективных решений.

Государство использует методы как прямого, так и косвенного воздействия на экономику. Так, в действующем российском гражданском праве, например, серьезное внимание в этом контексте обращено именно на процесс саморегулирования, являющегося примером косвенного регулирования, а основная задача нормативного, государственного воздействия сводится к установлению достаточно «просторных» рамок усмотрения субъектов правоотношения¹.

¹ *Залесский В.В.* Законы природы и законы юридические // Журнал российского права. – 2007. – № 10. – С. 35–41.

Непрямое регулирование сводится, таким образом, к установлению «правил игры», границ дозволяемого поведения и, естественно, к обеспечению необходимых условий для их реализации. Так, например, государство гарантирует соблюдение честной конкуренции и твердость договорных отношений. «Антитрестовские законы, – говорил еще в 1965 г. министр юстиции США Н. Катценбах, – по существу означают косвенное регулирование экономики»¹. Равным образом и отечественный правовед О.А. Жидков отмечал, что регулирование рыночных отношений и поддержание условий их функционирования является внутренним стержнем антитрестовского законодательства². Ведь и сами крупные компании заинтересованы в том, чтобы сохранялся определенный минимум конкуренции. По словам американского юриста А. Симмонса, поддерживаемая с помощью антитрестовских законов «в разумных размерах» конкуренция «обеспечивает одновременно структуру экономической организации, механизм социального и экономического прогресса и процесса избрания наиболее эффективных форм предприятия»³.

Государственное регулирование призвано, в частности, обеспечить свободу экономической деятельности, при этом одним из существенных элементов такой свободы является свобода договора⁴. «Вместе с началом частной собственности, – го-

¹ Business week. 8 May. 1965. – P. 46. Цит. по: Жидков О.А. Законодательство о капиталистических монополиях // Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. – М.: Норма, 2006. – С. 488.

² Жидков О.А. США: антитрестовское законодательство на службе монополий. – М.: Наука, 1976. – С. 27.

³ Simmons A. The Sherman antitrust act and foreign trade. Gainesville, Florida. 1962. – P. 1. Цит. по: Жидков О.А. Законодательство о капиталистических монополиях // Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. – М.: Норма, 2006. – С. 489.

⁴ См., напр.: Беликова К.М. Развитие принципов договорного права в Европе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2007. – № 2. – С. 59–67; Она же. Унификация права международных контрактов: общее и специфическое в «Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА» и «Принципах Европейского договорного права // Юрист. – 2006. – № 11. – С. 22–30; Она же. Правовая охрана конкуренции: специфика объекта исследования // Современное право. – 2006. – № 9 (1). – С. 14–21.

ворит видный отечественный правовед И.А. Покровский, – принцип свободы договора служит одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя. Уничтожение этого принципа обозначало бы полный паралич гражданской жизни, обречение ее на неподвижность»¹.

5.2.1. Свобода договора и ее ограничение как отражение общих принципов гражданского права

Предпосылкой идеи *свободы договора* является дух крайнего индивидуализма, характерный для классического капитализма. Так, французский цивилист Буастель в свое время писал: «Почти неограниченный суверенитет лиц, заключающих или расторгающих договоры, обеспечиваемый им гражданским кодексом (ФГК) является еще одним блестящим подтверждением изначального права индивида, перед которым законодатель склоняется, доколе не требуется приведение этого права в равновесие с вышестоящим интересом»².

Следует отметить, что политика государства в рассматриваемой сфере может выражаться, с одной стороны, в том, что государство предоставляет широкое поле для частной автономии, признает максимально возможную свободу договора и удовлетворяется ролью пресловутого «ночного сторожа». Эта же политика может выразиться, с другой стороны, и в том, что государство станет детально регламентировать то, каким образом надлежит осуществлять экономическую деятельность. В обоих случаях государство различными методами оказывает влияние на степень и порядок развития экономических отношений, поэтому соотношение этих методов различно в разные периоды развития государства. Так, свобода договора и максимальное ограничение вмешательства государства в хозяйство

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут, 2001. – С. 250.

² Livre du centenaire du Code civil. – Т. I. – Р. 48. Цит. по: Флейшиц Е.А. Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР. – Л., 1924. – С. 4.

были знаменем буржуазии в ее борьбе против феодального неравенства и абсолютистского государства в Европе; равным образом претворялась в жизнь эта идея в Латинской Америке со времени обретения латиноамериканскими странами независимости. Идеи свободы договора, свободы конкуренции получили широкое распространение и в США, начиная с XVIII в. и особенно к концу XIX в.

Лозунг свободы договора, как один из самых популярных в эпоху буржуазных революций, выводился из основных прирожденных прав человека. Классический капитализм, основанный на идеях либерализма и крайнего индивидуализма, породил представление о возможности человека самостоятельно вступать в необходимые ему договорные отношения и отвечать за их последствия. Договоры признавались недействительными только в случае их противоречия публичному порядку. Вместе с тем договорная правоспособность считалась практически неограниченной.

Несмотря на то, что современное законодательство стремится к все большему ограничению договорной свободы¹, общий принцип обязательности договора, как для самих контрагентов, так и для государства сохраняется. Если государство провозглашает свободу личности каждого, то это значит, что под свободой личности подразумевается не только свобода вероисповедания, определения местожительства и т. п., но и свобода вступать в любые договорные отношения, не нарушающие закон.

Свобода договора, как особое выражение автономии индивида, исторически тесно связана с теорией автономии воли, согласно которой признание и выполнение договорных обязательств основано на том, что договаривающиеся стороны добровольно захотели связать себя своими обязательствами и в добровольном порядке несут ответственность.

Основу такого подхода, таким образом, составляют идеи об автономии воли сторон при вступлении в договор, воспринятой

¹ См., напр.: Гражданское и торговое право зарубежных государств: учебник / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – 4-е изд., перераб. и доп.: в 2 т. – Т. I. – М.: Междунар. отношения, 2004. – С. 27, 28; 521–529.

из ст. 1134 Французского ГК, согласно которой правомерно заключенный договор занимает место закона для тех, кто его заключил. И хотя интересы сторон договора отличаются друг от друга, они разнонаправлены во всем, кроме того, чтобы достичь заявляемой правовой цели договора, уважая автономию сторон, государство воздерживалось от вмешательства в их отношения. При этом, однако, стороны договора также обязательно должны учитывать интересы друг друга при его заключении. Примером такого подхода могут служить положения Гражданского кодекса **Китая**, постепенно вводимого после буржуазной революции 1911 г., которые основывались на буржуазном принципе ничем не ограниченной свободы договора и идее всемогущества и автономии частной воли. Свобода и обширность власти частных лиц по установлению договорных обязательств в определенной степени соизмерялись лишь с немногочисленными условиями их действительности, и с предписаниями ст. 219 общей части ГК Китая, которая гласила: «Осуществление права и исполнение по обязательству должны быть производимы способами добросовестными и заслуживающими доверия»¹.

Согласно другой точке зрения договор – это «закон для двоих и государства» в силу того, что в результате исполнения договора, взаимовыгодного для партнеров, повышается и благосостояние общества в целом. По этой причине вмешательство государства в договорную свободу сторон необходимо с целью защиты более слабой стороны договора. Так, государство обеспечивает принудительное исполнение обязательства в случае уклонения одного из партнеров от его надлежащего исполнения, руководствуясь тем соображением, что надлежащее исполнение обязательства гарантирует стабильность и эффективность национальной экономики².

¹ Сонин В.В. Очерк истории обязательственного права Китая // Договор в китайском праве: Сб. докум. / пер. с кит.; сост. М.В. Дроздов. – Владивосток, 1996. URL: <http://www.russianshanghai.com/articles/post255> (дата обращения: 18.09.2014).

² Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. – Т. 2. – М.: Международные отношения, 1998. – С. 8–10.

В таком ключе, как отмечалось выше, законодательство **Бразилии** провозглашает, что свобода заключать договор осуществляется в пределах социальной функции договора (ст. 421 ГК 2002 г.). На наш взгляд, также как в свое время было объективно обусловлено нормативное закрепление идеи социальной функции собственности¹, удовлетворению объективной потребности в защите более слабой стороны правоотношения содействует соответствующая ориентация императивных норм законодательства в сфере обязательственного и договорного права сейчас. Отметим в этой связи, что в литературе указывается на три этапа эволюции договорной теории в Бразилии. Либеральная парадигма утвердилась в Бразилии не без влияния со стороны кодекса Наполеона, ее содержание характеризовало провозглашение суверенитета частной автономии, а ее действие продолжалось до 1930-х гг., т. е. до периода, когда возникли условия для замены ее интервенционистской парадигмой, порожденной распространением фактора государственного дирижизма² на сферу договорных отношений, а равно фактором дирижизма в этой же сфере со стороны крупных компаний, начавших использовать типовых договоров присоединения.

Центральная проблематика этого периода была тесно связана с договорной справедливостью. Стало понятно, что свобода заключать договоры и формальное правовое равенство не гарантировали справедливость договора, но приводили, напротив, к несправедливости между различными секторами общества, отмеченной ярко выраженными экономическо-социальными различиями. Вследствие этой несправедливости, особенно в трудовых отношениях (как и в случае с Китаем), начинали проявляться конфликты интересов с отражением их в социальных, политических отношениях и в самом производстве.

¹ Подробнее об этом см.: *Беликова К.М.* Социально-ориентированные императивы в латиноамериканских гражданских кодексах // *Нравственные императивы в праве.* – 2011. – № 3. – С. 39–46. URL: http://moscou-ecole.ru/lib/nrav_imp/nravstvennye_imperativy_v_prave_2011_n_3.pdf (дата обращения: 19.09.2014).

² *Дирижизм* (dirigism(e)) – фр.) – политика активного вмешательства в управление экономикой со стороны государства в середине сороковых годов XX в. во Франции.

Эта парадигма сохраняла свое значение до социально бурных 1970–1980-х гг., приведших к появлению современной парадигмы, оживляющей традиционные ценности и накладывающей на субъекты права новые стандарты поведения, основанные на координации социальных императивов¹.

Традиционное же законодательство **Китая**, стремясь к достижению сходного результата, базировалось и базируется на иных идеях, – на постулате о существовании космогонического строя, в котором взаимодействуют земля, небо и люди². «Земля и небо подчинены неизменным законам, а люди – хозяева своих поступков, поэтому от того, как они ведут себя, зависит, будет в мире порядок или, наоборот, беспорядок. Гармония, от которой зависят равновесие в мире и счастье людей, предстает в двух аспектах. Во-первых, как гармония между человеком и природой. Во-вторых, и это представление в полной мере применимо, на наш взгляд, к договорному праву, гармония необходима в отношениях людей друг с другом. В общественных отношениях на первом плане должны находиться идеи согласия и поиска консенсуса. Следует избегать осуждений, санкций... Несогласия должны как бы «растворяться», а не решаться. Предложенный выход должен быть свободно принят участниками, считающими его справедливым, и при этом никто не должен «потерять лицо». На переднем плане должны находиться воспитание и убеждение, а не власть и принуждение³. В этом плане обосо-

¹ *Xavier, José Tadeu Neves*. A nova dimensão dos contratos no caminho da Pós-modernidade. Tese de Doutorado. UFRGS. Porto Alegre. 2006. – P. 20; См.: *Bittar Carlos*. O dirigismo econômico e do direito contratual. – São Paulo: RT, 1979. – № 526. – С. 20–32; *Macedo Júnior, Ronaldo*. Mudanças dos contratos № âmbito do direito social // Revista do Direito do Consumidor. – São Paulo: RT, 1998. – № 25. – P. 99–115. Цит. по: *Лукас Агусто Коста Лазота*. Принципы, составляющие основу систем договорного права Бразилии и иных стран Латинской Америки: дис. ... к.ю.н. – М., 2014. – С. 57, 58, 63.

² См.: *Gernet J*. Le monde chinois. 1972; *Going H*. Die historischen Grundlagen der europäischen Rechtseinheit, Jahrbuch. Der Max-Planck Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften. 1973. – P. 24–36. Цит. по: *Давид Р., Жоффре-Спинози К*. Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1996. – С. 354.

³ *Давид Р., Жоффре-Спинози К*. Цит. соч. – С. 354–355.

вание, теоретическая подпитка идеи нахождения баланса между сторонами договора совсем иная, чем в **Бразилии** с ее идеей социальной функции собственности. Так, в **Китае** «человек не должен настаивать на своих правах, поскольку долг каждого – стремиться к согласию и забывать о себе в интересах всех», но на основании воспитания и по убеждению, а не вследствие принуждения законами. Ибо, «используя абстрактные нормы, юристы создают препятствия к достижению компромиссов. Хотят они того или нет, но тем самым они способствуют недостойному поведению, несовместимому с интересами общества... Законы не являются нормальным средством решения конфликтов между людьми. Их полезная роль ограничивается тем, что они предлагают образцы поведения и предупреждают тех, кто повел бы себя антиобщественным образом»¹. Иными словами, законы нужны для тех, кто в силу воспитания осознанно не хочет вести себя правильно.

В исторической ретроспективе «Китайские кодексы, которые появлялись после воцарения династии Хан (206 г. до нашей эры), содержали лишь административные предписания или нормы, относящиеся к уголовному праву; гражданско-правовые правила попадали в них лишь тогда, когда нарушение норм обычая влекло уголовные санкции. Тот, кто, добиваясь осуществления своих интересов в области частного права, просил государственного вмешательства, должен был винить другую сторону в совершении уголовно наказуемого деяния. Общественное мнение осуждало такой способ действий, и тот, кто не мог доказать выдвинутое обвинение, сурово наказывался»². После революции 1911 г. внешне китайское право европеизировалось и вошло, как полагают многие изучавшие его, в семью правовых систем, основанных на римском праве³. Как отмечалось уже применительно к этому вопросу в предыдущей главе, вопрос этот – не однозначный и дискуссионный. Применительно к договору *внешняя* европеизированность находила проявление в том, что «практика игнорировала законы, как только они нарушали традицию». Если в особом случае человек в наруше-

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Цит. соч. – С. 355.

² Там же. – С. 357.

³ Там же. – С. 358.

ние традиции все же решался обратиться в суд, «часто получалось так, что китайские судьи выносили решения по стандартам конфуцианства, вместо того чтобы применять нормы писаного права: они отказывались выселить нанимателя из помещения, так как он беден и ни в чем не виноват, тогда как собственник богат и не нуждается в сданном помещении; они предоставляли отсрочку должнику, если он был в трудном положении и т. д.»¹. Здесь тоже есть свобода, но свобода, вырастающая из воспитания и осознания необходимости гармонии.

На законодательном уровне в КНР свободу договора впервые признал упоминавшийся выше Закон о договорах 1999 г. Практически этим законом создан институт договорного права, опосредующего регулирование рыночного экономического оборота², поскольку до 1980 г. отношения между социалистическими предприятиями в Китае регулировались, главным образом, плано-административными актами, а не юридическими нормами³. Как отмечают исследователи⁴ такое направление экономического развития Китая подсказала сама практика: самовольное (без разрешения властей) применение рыночных методов в области сельскохозяйственного производства в некоторых провинциях страны. Так, согласно ст. 4 этого Закона стороны по закону свободны в заключении договора. Никакая организация и никто не может незаконно вмешиваться в это. Ст. 12 этого закона гласит, что стороны могут (как и в России) заключить договор в соответствии с моделью той или иной разновидности договора, содержащейся в настоящем Законе.

В общем виде свобода договора состоит в возможности для субъектов гражданского оборота самостоятельно определять

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Цит. соч. – С. 359.

С принятием этого Закона прекратили действие, в частности, Закон КНР о хозяйственном договоре 1981 г. и Закон КНР о внешнеэкономическом договоре 1985 г.

² См.: Лю Цзюнь Пин. Цит. соч.

³ Варавенко В.Е. Становление и развитие договорного права Китайской Народной Республики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. – № 2. – С. 37–41.

⁴ История Китая: учебник / под ред. А.В. Меликсетова. – М., 2007. – С. 715, 716. Цит. по: Варавенко В.Е. Цит. соч. – С. 37–41.

необходимость заключения договора, его вид и содержание, выбирать контрагентов, эти грани рассматриваемого вопроса уже затрагивались применительно к России в предыдущем параграфе настоящей главы. Так, в **РФ** содержание данного принципа раскрывается в ст. 421 ГК. Анализ положений данной статьи показывает, что свобода договора законодателем рассматривается с нескольких позиций. Во-первых, согласно п. 1 ст. 421 граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Во-вторых, свобода договора выражается в том, что стороны вправе самостоятельно выбирать договорную модель. В соответствии с п. 2 ст. 421 стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. Более того, законодатель закрепил за сторонами право заключать договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор – п. 3 ст. 421). В-третьих, свобода договора выражается в возможности самостоятельного определения условий договора (п. 4 ст. 421). Именно стороны договора вырабатывают его условия, наполняя его конкретным содержанием.

В **Индии**, согласно общим представлениям, в договор стороны свободно и добровольно вступают на условиях равных переговорных сил. Когда переговорные силы не равны – на помощь более слабой стороне договора приходят положения специального законодательства (трудового, о противодействии отмыванию денег, об аренде и пр.), тогда как Закон о договоре 1872 г. не содержит специальных защитных предписаний на этот счет.

Свобода договора ограничивается рядом обозначенных выше предписаний Закона о договоре 1872 г., таких, например, на недопустимость: принуждения (coercion) к заключению договора (напр., в результате угроз и пр.); недолжного влияния (undue influence, напр., в результате доминирования над волей контрагента и использования его в недобросовестных целях), либо обмана (fraud, напр., в виде обещания чего-либо без намерения выполнить это) и т. д., наличие которых влечет несвободу согласия на заключение договора; одностороннего отказа от договора без всякой причины и т. д.

В **России** аналогичным образом в ГК находит отражение недопустимость понуждения к заключению договора, кроме

случаев договора, заключаемого в обязательном порядке (ст. 426). Кроме того, обязанность заключить договор может быть предусмотрена и добровольно принятым на себя обязательством. Такое обязательство может возникнуть, например, в силу предварительного договора (ст. 429 ГК РФ). Нельзя понимать свободу договора и как возможность одностороннего отказа от его исполнения или пересмотра его содержания (как в Индии, например): естественно, что для нормального функционирования экономики одностороннее расторжение договора возможно только в случаях, оговоренных либо в законе, либо в самом договоре, иначе он теряет свой смысл и значение. Так, как отмечалось выше, в **Бразилии** односторонний отказ (*resilição unilateral*) от договора допустим лишь по основаниям, указанным в законе, посредством уведомления другой стороны. Если при этом одна из сторон сделала существенные вложения в исполнение своей части обязательств по договору, односторонний отказ от договора становится действительным после истечения срока, достаточного для возврата вложенных средств потратившей их стороне (ст. 473 ГК Бразилии 2002 г.).

Общим требованием для всех этих элементов свободы договора является их соответствие закону или общему праву. Так, в отечественном правопорядке в случае, если стороны договора отступят от предписания императивной нормы, договор полностью или в соответствующей части признается недействительным согласно ст. 168 ГК РФ. Если же условие договора противоречит императивной норме закона, принятого после его заключения, то такое условие сохраняет силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров (п. 2 ст. 422). Случаи, когда законодатель придает императивным нормам о договорах обратную силу, достаточно редки. Примером может служить ч. 1 ст. 8 ФЗ от 18 декабря 2006 г. «О введении в действие части четвертой ГК РФ»¹, в соответствии с которой обязательные для сторон договора нормы части четвертой ГК об основаниях, о последствиях и о порядке рас-

¹ Российская газета от 22 декабря 2006 г. – Федеральный вып. № 4255. URL: <http://www.rg.ru/2006/12/22/kodeks-vvedenie-dok.html> (дата обращения: 18.09.2014).

торжения договоров применяются также к договорам, которые продолжают действовать независимо от даты их заключения.

В Индии красной нитью в Законе 1872 г. проводится идея о недопустимости вступления в незаконные договоры. Так, действителен только договор в отношении законного предмета сделки (with a lawful object – ст. 10 Закона 1872 г.); соглашение, достигаемое сторонами, должно быть таким, исполнения которого можно требовать на основании закона» (agreement enforceable by law – п. (h) ст. 2 индийского Закона о договоре 1872 г.); договор может стать недействительным в силу его незаконности, последовавшей уже после его заключения (напр., если лицо из Индии заключает соглашение с лицом из Пакистана о поставке товара в Пакистан, и после того, как договор был заключен, вспыхивает война между Индией и Пакистаном, и поставка товаров в Пакистан запрещается законодательством или, когда договор заключен с целью ограничения торговли (in restraint of trade – ст. 27 Закона 1872 г.) и т. д.

В ЮАР свобода договора как принцип трактуется как возможность для сторон: самим определять условия заключаемых ими договоров, выбирать контрагента, свободно решать не вступать в договорные отношения и др.¹. Согласно положениям общего права свобода договора превалирует над остальными соображениями, и стороны, поставив под не противоречащим закону договором свои подписи, удостоверяют тем самым, что согласились на условия договора и поняли их². Порядок применения этого принципа можно уяснить путем анализа решения Конституционного суда по делу *Barkhuizen v. Napier*³, в кото-

¹ *Elsabe van der Sijde*. The role of good faith in the South African law of contract. October 2012. URL: <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-08212013-171921/unrestricted/dissertation.pdf> (дата обращения: 22.08.2014).

² См.: *Deneys Reitz*. Freedom of contract and the Consumer protection act. 10 March 2011. URL: <http://www.fanews.co.za/article/legal-affairs/10/general/1120/freedom-of-contract-and-the-consumer-protection-act/9217> (дата обращения: 23.08.2014).

³ См.: *Pierre De Vos*. Freedom of contract no more: South Africa's Constitutional Court and the horizontal application of the Bill of Rights. February 22nd, 2008. URL: <http://www.thecourt.ca/2008/02/22/freedom-of-contract-no-more-south-africa%E2%80%99s-constitutional-court-and-the-horizontal-application-of-the-bill-of-rights/> (дата обращения: 22.08.2014).

ром Суд указал на необходимость развития этого принципа на основе правила *общего права* в этой сфере.

Это дело поступило в Конституционный суд из Высшего апелляционного суда (Supreme Court of Appeal) и связано было с иском о признании неконституционным положения краткосрочного договора страхования имущества. Страховщик отказался выплатить страховое возмещение страхователю автомобиля, разбитого в ДТП, из-за того, что страхователь использовал этот автомобиль не для личного пользования, а для заработка, что противоречило, по мнению страховщика, договору страхования. Когда страхователь решил подать иск против страховщика два года спустя после отказа последнего заплатить, страховщик подал встречный иск, в котором говорилось, что договор страхования предусматривал 90-дневный срок для подачи иска страхователем, срок был пропущен, и теперь согласно договору страхования, предусматривающему соответствующее положение, ответственность страховщика за вред, причиненный автомобилю страхователя, исключается. Страхователь подал иск о неконституционности такого положения договора страхования, основывая иск на положении ст. 34 Конституции ЮАР, в котором говорится, что «Каждый имеет право на разрешение его дела согласно закону в справедливых публичных слушаниях в суде (*before a court*) или другом независимом и беспристрастном трибунале (*tribunal*) или ином месте (*forum*)».

Дело в том, что в настоящее время в ЮАР правоведы едины во мнении относительно «горизонтального», – т. е. между физическими лицами – действия Конституции, когда правоотношения между такими лицами регулируются нормами общего права, как, например, в случае диффамации. Так, например, если кто-то подал иск против кого-то, обвиняя его в диффамации, он будет полагаться на нормы общего права о диффамации, но Конституция гарантирует право каждого на человеческое достоинство и свободу выражения мнений.

Сходным образом был поставлен вопрос и в рассматриваемом деле. Судья Сандил Нгкобо (Sandile Ngcobo) указал, что адвокаты истца (страхователя) особо подчеркивали, что положение договора страхования об ограничении времени на подачу иска против отказа страховщиков выплатить страховое возме-

щение, противоречит публичному порядку (*public policy*)¹ и потому не может применяться (*therefore unenforceable*) согласно положениям ст. 34 Конституции ЮАР. Но, утверждая это, они смешали два аргумента: во-первых, аргумент о том, что ст. 34 Конституции подлежит прямому применению по отношению к положениям договора страхования (т.н. «горизонтальное» применение Конституции), и, во-вторых, аргумент о том, что общее право должно применяться сквозь призму положений ст. 24 Конституции (так называемое «непрямое» применение Конституции). Во всяком случае судья заключил, что в делах, подобных рассматриваемому, в которых оспаривается правомерность положений договора, неприемлемо прямое применение соответствующих положений Конституции для цели признания их недействительными. Более подходящим является оспаривание положений договора на основе норм и положений общего права сквозь призму их противоречия публичному порядку. В рамках общего права ЮАР «публичный порядок представляет собой правовые воззрения сообщества (*legal convictions*), ценности, разделяемые обществом и признаваемые им наиболее уважаемыми. Что такое публичный порядок и противоречит ли условие договора публичному порядку следует определять, исходя из ценностей, лежащих в основе нашей конституционной демократии, провозглашаемой в Конституции. Таким образом, условие договора, которое противоречит ценностям нашей Конституции противоречит и публичному порядку, а, следовательно, не подлежит применению (*unenforceable*).» Это высказывание судьи подкрепляет его мнение о том, что каждый сможет «тестировать» индивидуально согласованные условия договора (*individual clauses in a contract*) на соответствие Конституции. Возможно, потому что судья хотел подчеркнуть тот факт, что общее право не маргинализируется положениями Конституции, которая допускает «горизонтальное» ее действие, он выбрал

¹ Подробнее о доктрине *public policy* в Англии см.: *Percy H. Winfield. Public policy in the English common law // Harvard Law Review. – Nov., 1928. – Vol. 42. – № 1. – P. 76–102. URL: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1330010?uid=3738936&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104078685271> (дата обращения: 22.08.2014).*

путь «непрямого» действия, т. е. отсылки к применению норм общего права, не допускающих применение договорных положений, противоречащих публичному порядку¹.

Свобода договора является отражением более общих принципов, лежащих в основе современного гражданского права.

Первый принцип – *равенство субъектов имущественных отношений*. По словам А.Л. Маковского, это, безусловно, не имущественное равенство, также это не равенство их правоспособности. Суть этого принципа заключается в равенстве участников гражданских отношений как субъектов, обладающих самостоятельной волей. При этом указанные субъекты не зависят друг от друга, не подчиняются друг другу².

Исследователи китайского права отмечают в этой связи, например, что в уже упомянутом выше ГК **Китая**, вводимом после революции 1911 г., отсутствовали статьи, посвященные найму рабочей силы, поэтому предпринимателю предоставлялась возможность определять отношения с рабочими по своему усмотрению, и свобода договора позволяла буржуазии таким образом навязывать свои условия нанимающемуся, определять и продолжительность рабочего дня, и размер заработной платы и другие условия труда³. Тогда как действующий в настоящее время Закон о договорах 1999 г. гласит, что стороны, участвующие в заключении договора, равны. Ни одна из сторон не должна навязывать свою волю другой стороне (ст. 3 Закона 1999 г.).

Еще несколькими критериями, которые могут свидетельствовать, на наш взгляд, о свободе выступают *категории справедливости, честности и доверия*. Так, стороны определяют взаимные права и обязательства на основе соблюдения *принципа справедливости* (ст. 5 Закона КНР 1999 г.). Согласно положениям ст. 6 и 7 Закона о договорах 1999 г. при осуществлении своих прав и обязанностей стороны руководствуются принци-

¹ Такое же по смыслу и мотивировкам решение со ссылкой на публичный порядок было вынесено по делу *Sasfin (Pty) Ltd. v. Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8. Здесь и далее цит. по: *Elsabe van der Sijde*. Op. cit.

² *Маковский А.Л.* О концепции первой части гражданского кодекса // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 1995. – № 4. – С. 85–90.

³ *Сонин В.В.* Цит. соч.

пами честности и доверия (ст. 6). При заключении и выполнении договора стороны руководствуются законами, административными актами и действуют в соответствии с общественной моралью (ст. 7).

Исследователи китайского права отмечают в этой связи¹, что ключевым обстоятельством, породившим новое гражданское право (в том числе договорное, базирующееся на принципе свободы договора), является избранный путь реформирования экономики: необходимость внедрения рыночных механизмов хозяйствования.

Как отмечают другие исследователи² к формированию устойчивых представлений о гражданском праве как о системе правовых норм, требующих юридического равенства участников регулируемых ими имущественных и неимущественных отношений, привело многолетнее акцентирование внимания китайских цивилистов на изучении европейских и, прежде всего, советских литературных источников. В этом формате по замечанию отечественного правоведа В.С. Нерсесянца, «только в праве фактически различные люди признаются и действуют в качестве формально равных, независимых друг от друга и в этом смысле – свободных индивидов»³, поэтому право служит универсальным регулятором, способным служить достижению баланса и равновесия.

В контексте вопроса о справедливости, честности и доверии в плане равновесия и баланса интересов в Индии большое внимание уделяется вопросу справедливости/несправедливости условий договора (*unfair terms in contract*) и методов борьбы с ними. Так, в деле *International Oil Co. v. Indian Oil Company* договор предусматривал право ответчика отказаться от услуг истца в качестве дилера в любое время без указания причины отка-

¹ Варавенко В.Е. Цит. соч.; Бевеликова Н.М. Законодательство Китайской Народной Республики в сравнительно-правовом измерении // Законодательство и экономика. – 2012. – № 4. – С. 72–79.

² См., напр.: Лю Цзюнь Пин. Цит. соч.; Ван Чжихуа. Влияние советского права на право КНР // Государство и право. – 2010. – № 4. – С. 71–80.

³ Нерсесянц В.С. От социализма к цивилизму: свобода, право, собственность // Собственность: право и свобода. – М.: Изд-во ИГиП РАН, 1992. – С. 3–13.

за. Отказ от услуг дилера произошел, и дилер (истец) подал иск, прося признать такое условие договора несправедливым (unfair)¹.

Что касается ЮАР, то действие принципа добросовестности (good faith) можно увидеть, как в ретроспективе, так и в современности. Традиционный взгляд на добросовестность, утвердившийся в ЮАР, состоял до недавнего времени в том, что добросовестность не является сущностным требованием, способным оказывать влияние на соглашение сторон таким образом, чтобы менять его², однако принцип добросовестности служил и служит надежной защитой вышеупомянутого публичного порядка.

Добросовестность, как отмечалось в этом формате, следует понимать как нечто большее, чем публичным порядок, вытекающее не столько из предписаний закона, сколько из абстрактных ценностей (таких как честность, разумность, справедливость и пр.), находящихся за его пределами (так называемых *equitable discretion*). Стоит отметить, что такое противопоставление основывается на противопоставлении закона (law) и справедливости (equity), черпаемых из английского права.

Позднее принято стало считать, что добросовестность выполняет корректирующую функцию, принося справедливость в судебные разбирательства сторон. Так, например, в деле *Neugebauer & Co. v. Hermann* (1923 AD 564) двое покупателей стоворились понизить цену на товары, которые они хотели приобрести на аукционе. Суд отказался считать продавца связанным договором с этими покупателями не столько на основании противоречия такого договора публичному порядку (public policy), сколько на основе противоречия его требованиям добросовестности (good faith) участников имущественного оборота.

¹ См.: *Lokesh Rajpal*. Unfair terms in contract and legal remedy available in India. 2010/05/13. URL: <http://corporatelaws.wordpress.com/2010/05/13/unfair-terms-in-contract-and-legal-remedy-available-in-india> (дата обращения: 21.08.2014).

² См. решение по делу *Bank of Lisbon and South Africa Ltd. v. De Ornelas* 1988 (3) SA 580 (A) 601.

Созданная в 1973 г. Комиссия по реформированию законодательства ЮАР (South African Law Reform Commission¹), в рамках поставленных перед ней задач по отмене устаревших и излишних законодательных положений, содействию в устранении законодательных противоречий, обеспечении единообразной правоприменительной практики в масштабах страны, а также консолидации и кодификации любой отрасли права (ст. 4 Закона 1973 г.) со временем стала настаивать на осовременивании трактовки этого принципа. В этом формате в 90-ые гг. в судах и доктрине развернулась борьба сторонников признания принципа добросовестности, как основополагающего принципа договорного права, и противников этой идеи, считавших, что он (принцип добросовестности), как и раньше, должен играть вспомогательную, информативную роль, не будучи существенным требованием, влияющим на действительность договора². До недавнего времени борьба была не в пользу защитников этого принципа. Так, в уже упоминавшемся деле *Barkhuizen v. Napier* судья отметил, что «к счастью вопрос о том, являются ли предписания Конституции подходящими... и достаточными для применения к договору принципа добросовестности, не входит в предмет настоящего слушания...». Эта идея была далее развита в решении Конституционного суда 2012 г. по делу *Everfresh Market Virginia (Pty) Ltd v. Shoprite Checkers Ltd*³. Была подчеркнута важность этого принципа, но никакого твердого мнения по вопросу о том, как его следует применять, не было высказано. Тем не менее важность этого решения видится южноафриканским исследователям в том, что в нем подчеркнута

¹ Создана на основании Закона № 19 1973 г. (South African Law Reform Commission Act № 19 of 1973) // Department of Justice and Constitutional Development of Republic of South Africa. URL: http://www.justice.gov.za/salrc/docs_gen/1973_19_South%20African%20Law%20Reform%20Commission%20Act.pdf (дата обращения: 10.04.2013). Подробнее о Комиссии см. по адресу <http://salawreform.justice.gov.za> (дата обращения: 18.09.2014).

² См. противоречивые решения по делам *Bank of Lisbon and South Africa Ltd. v. De Ornelas* 1988 (3) SA 580 (A) 601 и *Eerste Nationale Bank van Suidelike Africa Bpk v. Saayman NO* 1997 (A) SA 302 (SCA), 2002 (4) SA 1 (SCA) 10 и *Afrox Healthcare Ltd. v. Strydom* 2002 (6) SA 21 (SCA).

³ 2012 (1) SA 256 (CC); 2012 (3) BCLR 219 (CC).

ценность Убунту (African Ubuntu¹), которому дана следующая трактовка. «Убунту подчеркивает общинный характер нашего общества и привносит в него идеи гуманизма, социальной справедливости и честности, включая в себя ключевые ценности групповой солидарности, уважения на основе сравнения, человеческого достоинства, подчинения основным нормам и группового единства». Подчеркивается, что именно идея Убунту может стать тем новым наполнением, которое будет служить развитию договорного права на современном этапе при условии непротиворечия Конституции, конечно. Пригодность и преимущества для этой цели Убунту объясняются гибкостью, фокусировкой на благе большинства, солидарности, содействии групповым интересам и признании человеческого достоинства, а также совместимости как с идеями публичного порядка, так и с идеей добросовестности.

Таким образом, видно, что в ЮАР, как и в Бразилии (на основе солидаризма), и в Китае (на основе консенсуса и согласия), предпринимаются попытки выработки самобытных подходов к урегулированию договорных отношений на базе основополагающих принципов.

Еще одним основополагающим принципом является *принцип диспозитивности*, который можно истолковать как возможность для субъектов гражданских отношений самостоятельно, по своему собственному усмотрению распоряжаться своими правами. Он, казалось бы, вступает в видимое противоречие с первым обозначенным принципом, однако противоречие это кажущееся, скорее он дополняет первый принцип. Так, свобода, по словам Ш-Л. Монтескье, «это право делать то, что позволяют законы». Свобода возможна только как право, так как именно право разграничивает свободу и произвол, регулирует отношения отдельных лиц, как отношения относительно

¹ *Убунту* – южноафриканское направление этики и гуманистической философии, особое внимание уделяющее понятиям верности в отношениях между людьми. Убунту является одним из основополагающих принципов новой Южно-Африканской Республики. Его положения связываются с идеями Африканского Возрождения. Подробнее об Убунту см. по адресу: <http://www.bez-granic.ru/index.php/all-texts/520-ubuntu> (дата обращения: 18.09.2014).

независимых субъектов, действия которых подчиняются единым требованиям права, оцениваются с точки зрения единых мерок¹.

Свобода каждого члена общества регулируется правом. В соответствии с этим регулятором человек осуществляет свою деятельность. Неограниченная свобода в обществе невозможна, так как она нарушала бы свободу других. Поэтому свобода каждого имеет пределы, внутри которых можно действовать по своему усмотрению. В русле этой идеи, согласно разд. 27 действующего до настоящего времени Закона о договоре **Индии** 1872 г., каждый договор, на основании которого одно лицо ограничивается в занятии законной профессией (lawful profession), торговлей (trade) или делом любого рода (business of any kind) объявляется ничтожным. К числу исключений (как и в случае с исключениями из принципа свободы договора в РФ) относится, например, отказ от ведения аналогичного бизнеса (дела) в случае продажи фирмы и ее деловых связей (good-will – при продаже торгового предприятия) в определенных территориальных пределах и настолько долго, насколько того захочет покупатель или любое иное лицо, приобретшее правовое основание (title) на фирму от покупателя, при условии, что такие ограничения покажутся суду разумными, исходя из природы бизнеса (дела). В **Бразилии** ограничением возможности для субъектов гражданских отношений самостоятельно, по своему собственному усмотрению распоряжаться своими правами выступают предписания ГК о солидаризме в области договорных отношений, согласно идее которого, в частности.

Как утверждали еще римские юристы, соглашения частных лиц не могут изменять норм публичного права. Это правило проводится всеми рассматриваемыми правовыми системами. Иногда договор может представлять собой попытку изменить, устранить или изменить соглашением сторон некоторые принудительные нормы закона, регулирующие их отношения и не могущие быть устраненными или измененными соглашением сторон. Договор, совершенный по вопросу, не подпадающему

¹ *Нерсесянц В.С.* Там же. – С. 3.

под действие правила *imodus et conventio vincunt legem* (соглашение устраняет норму закона), по необходимости не создает правовых последствий и недействителен, так как в таких случаях закон превалирует над договором, а не договор над законом.

Отметим в этой связи, что в свое время по поводу относительной значимости закона и договора издавна высказывались разные мнения, – приведем некоторые из них. Так, сторонники «волевой теории» полагали, что договор как волевой акт контрагентов – первоисточник, а закон лишь восполняет или ограничивает их волю. Те, кто представлял теорию «приоритета закона», исходили из того, что договор обладает лишь производным от закона правовым эффектом. Наконец, сторонники третьей, «эмпирической теории» считали, что воля сторон сознательно направлена лишь на определенный экономический эффект; при этом последствия договора мыслятся, как такие средства для его осуществления, о которых стороны могут и не иметь и, более того, действительно часто не имеют ясного представления¹.

Одним из свидетельств приоритета «экономического содержания» над «правовой формой» в области договорного права, объективно обосновывающего необходимость введения и действия подобных ограничений свободы договора, является стремление объяснить необходимость применения тех или иных правовых режимов и норм с точки зрения экономических закономерностей. Так, например, в ходе обсуждения вопроса о соотношении свободы договора и принуждения в договорных отношениях в **КНР**, – как отмечает В.Е. Варавенко, – было высказано мнение, что для определения необходимости применения мер принуждения и их объема следует использовать метод экономического анализа: «...договорное право будущего будет твердо придерживаться данного подхода вместо того, чтобы отказаться от принудительных средств защиты»².

¹ См.: Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. – Ч. II. – Ярославль, 1918. – С. 4 и сл. Цит. по: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право – Кн. Первая. Общие положения. – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут, 2000.

² Law Year Book of the People's Republic of China. – 2006. – P. 310. Цит. по: Варавенко В.Е. Цит. соч.

Нам представляется, что, запрещая и объявляя недействительными те или иные виды договоров, государство осуществляет политику, проводимую в экономической и социальной области. Поэтому вопрос о том, насколько широко вмешивается государство в договорные отношения, насколько оно допускает частную автономию и свободу договора, имеет большое значение. Таким образом, устанавливая императивные нормы в законе, государство определяет общие границы дозволяемого поведения.

«Безграничная свобода, – отмечает видный правовед Г.Ф. Шершеневич, – которая выставлялась недавно, как необходимое условие гражданского быта и основной принцип законодательной политики, в последнее время подвергается стеснениям под влиянием общественного интереса»¹. Свобода договора, которая ничем не ограничивается, свободная конкуренция, экономика, не регулируемая государством, – это лишь идеальные конструкции, не осуществимые в действительности. Свобода не может быть абсолютной, она не равнозначна произволу и должна иметь границы.

Законодательство определяет только пределы, которые не может нарушать свобода лица. Однако нет возможности для положительного определения сферы права, так как нельзя перечислить все права, которые принадлежат лицу². Поэтому субъект права наделяется максимально возможной свободой, которая, впрочем, должна согласовываться с предоставлением такой же свободы всем другим субъектам.

При этом в обоснование того, что в современных условиях договорные отношения в подавляющем большинстве случаев не выражают действительной воли сторон, отмечается³, что в условиях современного торгового оборота воля вообще теряет

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. – М., 1995. – С. 308, 309.

² Русское гражданское право. Чтения Д.И. Мейера. Общая часть. – СПб, 1862. – С. 217. Цит. по: Баринов Н.А., Козлова М.Ю. Антимонопольное законодательство РФ (вопросы теории и практики). – Волгоград: Изд-во Волгоградского Гос. ун-та, 2001. – С. 22.

³ См., напр.: *Pierre De Vos*. Op. cit.

свое значение в праве, поскольку право не может обеспечить осуществление воли лица. Оно должно обеспечить его интересы в той мере, в какой общество на данном этапе может их охранять¹. Приведенная точка зрения, однако, не отражает политики государства в этом вопросе, поскольку неоспоримо то, что свобода договоров в настоящее время имеет достаточно много ограничений, среди которых она, казалось бы, совсем теряется. Наиболее общим ограничением является требование соответствия условий договора нормам закона. В частности, соглашение сторон не должно достигаться по поводу тех предметов, которые изъяты из оборота; субъекты определенного круга гражданских правоотношений должны обладать специальной правоспособностью; стороны должны действовать в соответствии с антимонопольными правилами и т. п.

В современных условиях появляется значительное число новых ограничений. Однако одно правило остается неизменным: нельзя отказаться от договора только потому, что он оказался невыгодным или трудновыполнимым, или же контрагент по иным основаниям потерял интерес к договору. Свобода договора, таким образом, имеет и оборотную сторону: свобода вступать в договорные отношения налагает определенные обязанности и необходимость нести ответственность за исполнение этих обязанностей. Поэтому, если договор правомерен с точки зрения закона, он должен быть выполнен, независимо от его содержания.

Реалии современной экономической жизни таковы, что приходится задаваться вопросом: лежит ли по-прежнему принцип свободы договора в основе гражданско-правовых отношений? Этот тезис обоснованно подвергается сомнению, так как все чаще и чаще мы сталкиваемся с проявлениями явного неравенства возможностей контрагентов в сделке. Так, потребитель экономически слабее предпринимателя, а предприятие, занимающее монопольное положение на рынке какого-либо товара, обладает столь значительной экономической властью, что спо-

¹ О свободе определения условий договора и договоре присоединения см. также: *Соловьева С.В.* Основные институты обязательственного права правовой системы США. – М.: Норма, 2007. – С. 17–20.

собно диктовать свои условия и поставщикам, и потребителям. Кроме всего прочего, во многих сферах экономической деятельности отсутствуют «классические» схемы заключения договоров, когда каждый контрагент отстаивает свои интересы и стремится к включению в договор наиболее выгодных для него условий. Многие договоры типизированы и сторона, нуждающаяся в приобретении товаров или предоставлении работ (услуг), просто вынуждена присоединиться к уже готовому формуляру договора.

Разрешая эту проблему, законодатель идет по пути сужения сферы действия принципа свободы договора. Выделяются отношения между естественным монополистом и его контрагентом (договоры электроснабжения и др.), между потребителем и предпринимателем (договоры страхования, «на ходу» и пр.), между работодателем и работником, в которых государство контролирует действия экономически более сильной стороны и обеспечивает интересы слабой. Поэтому идеал неограниченной свободы договора, в соответствии с которым разумный индивид действует свободно и самостоятельно, при этом, полностью отвечая за свои действия, постепенно тускнеет и становится достоянием истории.

Таким образом, на основании представленного материала можно сделать следующие основные выводы:

1. Показано, что свобода договора предусматривает наличие иных общих принципов, лежащих в основе современного гражданского права, – юридического равенства и добросовестности сторон, которые и развивает.

2. Установлено, что ограничивающая роль государства выражается в установлении общего требования для этих элементов свободы договора: необходимости соблюдения ими норм действующего законодательства, общественных интересов и принципа диспозитивности – права делать то, что позволяют законы.

3. Выявлено, что принцип добросовестности выполняет корректирующую функцию поведения сторон. способствует привнесению и распространению принципа справедливости в договорные правоотношения.

В развитие этого принципа на национальном уровне в странах БРИКС предпринимаются попытки регулирования договорных отношений не только с учетом общепризнанных основополагающих принципов, но и на базе самобытных подходов: в Бразилии – на основе солидаризма; в Китае – консенсуса и согласия; в ЮАР – идеи Убунту.

4. Представляется, что стремление вводить свободу договора в определенные рамки является общим для всех стран БРИКС.

По нашему мнению, в таком ограничении следует усматривать способ преодоления противоречия между тенденцией к безудержной либерализации и стагнации по причине угасания соревновательного духа участников рыночных отношений, с одной стороны, а также механизмом ориентации сторон договора на добросовестное поведение, с другой.

Рассмотрим некоторые нормы специального законодательства (трудового, о защите конкуренции и потребителей), ограничивающие свободу договора.

5.2.2. Воздействие предписаний специального законодательства на положения договорного права

5.2.2.1. Запрет определенных видов договоров антимонопольным законодательством

Общество заинтересовано в том, чтобы каждый свободно занимался торговой и промышленной деятельностью; в этом заинтересован и каждый отдельный член общества. Всякое вмешательство в личную свободу торговли и промысла и всякого рода ограничения этой свободы сами по себе, если в них не содержится ничего больше, недопустимы, как мы уже сказали выше. Таково общее правило. В настоящее время, однако, оно допускает исключения: ограничения свободы торговли и промысла и вмешательство в личную свободу деятельности могут быть оправданы исключительными обстоятельствами в каждом отдельном случае.

Оправданием таких ограничений служит превышение пользы для общества над причиняемым ими вредом, т. е., в конечном счете – разумность ограничения с точки зрения публичных интересов.

Вопрос о разумности ограничения является вопросом права, подлежащим разрешению антимонопольными органами, как России, так остальных стран БРИКС, а иногда и суда, кроме тех, которые объявляются противоправными, исходя из их природы, и, следовательно, ничтожны и не влекут правовых последствий, как противоречащие запрещающей их норме объективного права.

Так, например, в ст. 31 ранее действовавший в **Индии** Закон о монополиях и ограничительной торговой практике 1969 г.¹ запрещал проведение противоречащей интересам общества (public interest) монополистической торговой практики. Таковой признавалась практика неоправданного повышения стоимости (производства, снабжения и распределения продукции/услуг) или роста продажных цен; получения чрезмерных прибылей; немотивированное ограничение конкуренции (при производстве, снабжении и распределении продукции/услуг); неоправданное ограничение и прекращение снабжения потребителей товарами/услугами; ухудшение их качества. При установлении любого из указанных последствий в соответствии с рекомендацией Комиссии по монополиям и ограничительной торговой практике правительство было вправе издавать распоряжения о регулировании и контроле над таким предприятием, запрещении ему заниматься практикой, влекущей ограничение/устранение конкуренции; о введении на выпускаемую им продукцию стандартов; признании незаконными совершаемых им отдельных сделок либо внесении предписываемых изменений в заключенные соглашения. То есть не все торговые сделки монополистических предприятий подпадали под запрет закона, а лишь вызывающие последствия, осуждаемые государством и указанные в

¹ Monopolies and Restrictive Trade Practices Act of 1969. Цит. по: *Мозолин В.П.* Законодательство о монополиях и ограничительной торговой практике // *Личность, право, экономика современной Индии.* – М.: Наука, 1979. – С. 167–171.

законе¹. Этот же подход воспринят действующим Законом о защите конкуренции Индии 2003 г. Согласно положениям ст. 3 этого Закона любое из соглашений, нарушающих конкуренцию, названных в п. 1 ст. 3 настоящего Закона, и заключенных вопреки положениям настоящего Закона – ничтожно (п. 2 ст. 3). Согласно п. 1 анализируемой статьи ни одно предприятие или объединение предприятий или лицо или объединение лиц не вправе вступать в соглашения в отношении производства, поставок, распространения, хранения, приобретения или контроля товаров или предоставления услуг, которое наносит или с вероятностью может нанести существенный негативный эффект (*appreciable adverse effect*) конкуренции в Индии. Равным образом ст. 7 Закона о договорах **КНР** 1999 г. запрещает нарушение экономической дисциплины и нанесение ущерба общественным интересам и т. д. Коснемся некоторых граней подобных запретов, налагаемых законодательством.

Трудно оспаривать тот факт, что принцип свободы договора искусно используется предприятиями-монополистами, предоставляя им большую свободу действий. Свободный договор широко применяется монополиями для полного подчинения себе более мелких контрагентов, установления монопольных цен и устранения конкурентов.

Особое значение имеет запрет *соглашений картельного характера* – соглашений производителей и поставщиков (покупателей), устанавливающих определенные условия производства, продажи, закупок той или иной продукции и меры принудительного осуществления этих условий, направленных на монополизацию рынков сбыта с применением как традиционных, классических методов их раздела, так и сговора по различным аспектам ведения производства.

Условия этих *ограничительных соглашений* диктуются предприятиями-монополистами данной отрасли, которые ставят своих контрагентов перед дилеммой: либо присоединиться к продиктованным им условиям соглашения, либо лишиться ис-

¹ См.: Мозолин В.П. Законодательство о монополиях и ограничительной торговой практике // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 171.

точников сырья, возможностей сбыта или подвергаться иной дискриминации в деловых отношениях.

К числу наиболее часто встречающихся в практике видов соглашений об условиях проведения *коммерческой* деятельности в рамках «организационных» методов совместного или координированного хозяйствования можно отнести:

1) соглашения поставщиков о продаже продукции только определенным покупателям, так называемым «покупателям по одобренному списку», либо о продаже продукции определенной группе покупателей на льготных условиях (например, со скидкой с продажной цены);

2) соглашения покупателей о том, что они обязуются покупать товар только у определенных поставщиков, которые, в свою очередь, обязуются продавать товар только покупателям, участвующим в этом соглашении;

3) соглашение поставщиков о продаже товаров только тем покупателям, которые соглашаются поддерживать определенный уровень цен при перепродаже товара или при продаже его в розницу;

4) соглашения поставщиков о мерах, обеспечивающих выполнение покупателями условий о поддержании определенного уровня цен или иных договорных условий. Сюда относятся соглашения о составлении списков лиц, с которыми ни один из участников соглашения не имеет права вступать в сделку, о штрафах за нарушение условий, о бойкоте фирм или товаров;

5) соглашения о скидках постоянным покупателям в соответствии с размером закупок;

6) соглашения между производителями о количестве выпускаемой продукции и о распределении рынков сбыта¹.

Среди коллективных соглашений, которые более правильно было бы назвать монополистическими соглашениями, большое место занимают соглашения, направленные на поддержа-

¹ Подробнее об этом см.: *Беликова К.М.* Горизонтальная договорная интеграция (хартии, договоры о сотрудничестве, договоры о взаимодействии) // Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / А.В. Габов, М.А. Егорова, С.Д. Могилевский и др.; отв. ред. д.ю.н. М.А. Егорова. – М.: Юстицинформ, 2015. – С. 169–215 (656 с.).

ние определенного уровня цен. Таким «определенным» уровнем является, как правило, предельно возможный высокий уровень, но иногда – монопольно низкий (например, ст. 6 и 7 упоминавшегося выше Закона о защите конкуренции **РФ** 2006 г.).

Одним из показательных в этом плане дел является дело о картельном сговоре на угольном рынке. Так, 22 декабря 2010 г. ФАС РФ признала ОАО «СУЭК», ОАО «Русский уголь» и ЗАО «Стройсервис» участниками ограничивающих конкуренцию соглашений, направленных на установление цены на уголь, раздел рынка энергетического угля по составу продавцов, а также на определение победителей тендеров. Компании занимаются добычей и оптовыми продажами энергетического угля, по подсчетам Н. Сосновского из «Уралсиба», за январь – октябрь 2010 г. они добыли 36% такого угля в России, только СУЭК – 33%¹. ФАС доказала, что выручка СУЭК, «Русского угля» и «Стройсервиса» от продажи угля в условиях картельного соглашения превысила 100 млн руб., незаконно полученный доход СУЭК – свыше 5 млн руб., ущерб контрагентам – также свыше 5 млн руб. Доказательствами наличия антиконкурентного соглашения послужили письма, содержащие стенографический отчет переговоров руководителей СУЭК и их дочерних предприятий, включая директоров «Русского угля» и «Стройсервиса», о координации поставок конечным потребителям, а также условий платежа, цен и объемов поставок.

В январе 2011 г. ФАС заговорила о раскрытии картельного сговора на рынке соли. «Мозырьсоль», «БПК», «ТДС» и «Евротраст Экспо», по мнению ведомства, тогда нарушили антимонопольное законодательство. Так, в феврале 2010 г. было совещание по вопросу продажи соли с участием представителей компаний «Мозырьсоль», «БПК», «Предприятие МС», «ТДС», «Группа Упак», «Гроссерри», «Евротраст Экспо», «Гильдия+», «СевзапРегионСоль СПб» и «Евросервис Плюс», на котором было достигнуто соглашение об условиях продажи соли произ-

¹ См.: Казьмин Д., Фиалко А., Никольский А. Уголовный уголь // Ведомости. – 12.01.2011. – № 2 (2768). URL: http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/252948/ugolovnyj_ugol (дата обращения: 24.08.2014), а также см. по адресу: http://en.fas.gov.ru/news/news_31148.html

водства «Мозырьсоль». Дело было возбуждено в отношении таких компаний, как «Гроссеры», «ТДС», «Велес Групп», «Соли Брянска» и «ТДС Ростов» по причине того, что компании подписали соглашение, которое привело к разделу рынка оптовых поставок соли по территориальному принципу, ассортименту товаров и составу покупателей. При этом специалисты ФАС основывались на результатах проведенных внеплановых проверок компаний-продавцов соли. В итоге компании представили в ФАС документы о добровольном отказе от исполнения пунктов достигнутого соглашения и аннулировании его положений¹.

Такие коллективные соглашения более правильно было бы назвать *монополистическими соглашениями*. Именно такие соглашения конкурирующих между собой хозяйствующих субъектов запрещает ст. 13 упоминавшегося выше Антимонопольного закона 2007 г. **Китая**, в том числе:

- i) устанавливающие или изменяющие цену товаров;
- ii) ограничивающие выпуск или продажу товаров;
- iii) разделяющие рынок продаж или рынок закупок сырья;
- iv) ограничивающие закупки новых технологий или нового оборудования либо развитие новых технологий или новой продукции;
- v) совместно бойкотируемые сделки;
- vi) другие монополистические соглашения, определяемые антимонопольным органом².

Китайский исследователь Бай Лиу Янг³ отмечает в этой связи, что большое значение такие запреты имеют в тех сферах деятельности, где издавна были сильны вертикально интегрированные структуры, бывшие государственными монополиями,

¹ В ФАС раскрыли картельный сговор на рынке соли. 26.02.2013. URL: <http://pasm.ru/archive/73973> (дата обращения: 24.08.2014). Подробнее о таких делах см.: Russia. Report of the Federal Antimonopoly Service on competition policy in 2012. 01, 2013. URL: http://en.fas.gov.ru/reports-and-analytics/reports-and-analytics_30982.html (дата обращения: 12.03.2014).

² *Еременко В.И.* Антимонопольное законодательство Китайской Народной Республики // Конкурентное право. – 2012. – № 1. – С. 23–28.

³ *By Liu Yang.* Chinese competition policy // Boletín Latinoamericano de Competencia. – 2006. № 22. – P. 25–31. URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc> (дата обращения: 18.09.2014).

такие как: почтовая связь, телекоммуникации, энерго- и водоснабжение и транспорт.

Аналогичны предписания Закона о конкуренции **Индии** 2003 г., согласно которому «картель» включает в себя все виды объединений производителей, продавцов, торговцев или провайдеров услуг, которые в рамках заключаемых ими соглашений, ограничивают, контролируют или стремятся контролировать производство, распространение товаров (услуг), их продажу или цены на товары (услуги), торговлю или предоставление услуг (ст. 2 Закона). В ст. 3 приводится перечень соглашений, запрещаемых ввиду их несовместимости с конкуренцией. По общему правилу, это любое соглашение, в том числе картельное, между предприятиями (лицами) или их объединениями, вовлеченными в идентичный или сходный вид торговли товарами или предоставления услуг, которое:

а) прямо или косвенно определяет уровень продажных или покупных цен;

б) ограничивает или контролирует производство, поставки, рынки или техническое развитие;

с) делит рынки или источники производства или предоставления услуг путем установления географических границ рынка или типов продаваемой продукции или предоставляемых услуг или количества потребителей на рынке, либо каким-либо иным образом;

д) прямо или косвенно выражается в сговоре на торгах.

Что касается правоприменительной практики Индии, проиллюстрируем сказанное на примере дела *FICCI – Multiplex Association of India v. United Producers/ Distributors Forum & Others*¹. В этом деле предприятие FICCI-Multiplex Association of India (информатор), пользуясь положениями ст. 19 (1) Закона о конкуренции 2003 г., сообщило в антимонопольную службу Индии, что ответчики – предприятия United Producers / Distributors Forum (UDPF), Association of Motion Pictures and TV Programme Producers (AMPTPP) и Film and Television Producers Guild of In-

¹ See: Before the Competition Commission of India, New Delhi. Case № 01 of 2009. Date of order: 25 May, 2011. URL: <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/FICCIOrder260511.pdf> (accessed 12/03/2014).

dia Limited (FTPGI) вступили в картельный сговор. UPDF – это ассоциация продюсеров и распространителей фильмов. В сообщении истца говорилось, что предприятия АМРТПР и FTPGI являются членами этой ассоциации, и вместе производят и распространяют почти 100% индийских фильмов, продюсируемых, поставляемых и распространяемых в Индии. Дело сводилось к конфликту этих продюсеров (распространителей) фильмов с членами FICCI – Multiplex Association of India из-за требования UPDF к прокатчикам выплачивать сбор в размере 50% от суммы выручки за прокат фильмов любой категории (мало-, средне-, многобюджетные) вместо сбора, представляющего собой коэффициент, изменяемый в зависимости от категории фильма. Так, 27 марта 2009 г. UPDF разослала всем продюсерам и распространителям фильмов своей ассоциации извещение, в котором инструктировала их о том, что им не следует предоставлять новые фильмы участникам конкурирующей ассоциации истца (FICCI – Multiplex Association of India) для целей проката их в многозальных кинотеатрах истца (UPDF Notice). Руководствуясь этим извещением, предприятия АМРТПР и FTPGI в свою очередь также выпустили извещения, уведомляя таким же образом своих участников, и прося их соблюдать условия извещения, полученного от UPDF, и предупреждая, что непослушание повлечет либо полный разрыв отношений с ними со стороны АМРТПР и FTPGI, либо суровые дисциплинарные меры в отношении непослушных. Истец посчитал такое поведение сговором с целью фиксации цен и ограничения и контролирования поставок путем отказа в предоставлении ему в прокат фильмов для демонстрации в его многозальных кинотеатрах, нарушающим положения ст. 3(3) Закона о конкуренции 2003 г.

После нескольких неудачных попыток убедить продюсеров и распространителей отказаться от его бойкота, 9 июня 2009 г. FICCI – Multiplex Association of India и ряд продюсеров и распространителей заключили новое соглашение, установив в нем более высокий размер сбора, по сравнению с действовавшим на тот период времени, но не доходивший до 50% от размера выручки. Приняв во внимание тот факт, что истец выступил информатором и учтя ответы сторон, Комиссия по защите конкуренции Индии пришла к выводу, что ответчики применили кол-

лективную рыночную власть, которой было бы достаточно, чтобы вытеснить истца с рынка проката индийских фильмов, если бы тот не согласился уплачивать сбор, составляющий 50% получаемой от проката фильмов выручки.

Комиссия также указала, что пересмотренный в сторону увеличения истцом размер сбора и так заставил его возложить издержки на посетителей кинотеатров, подняв цену на входные билеты, что, безусловно, негативно сказалось на потребителях. Поэтому поведения ответчиков, напоминающее картельный сговор, было признано нарушающим положения ст. 3 Закона о конкуренции 2003 г. Индии и причиняющим ощутимый неблагоприятный эффект (*appreciable adverse effect*) на конкуренцию в Индии.

Так же нарушающим конкуренцию было признано Соглашение, достигнутое 9 июня 2009 г. Его исполнение предписано было прекратить; на ответчиков (в общей сложности 27 предприятий) был наложен штраф в размере 100 тыс. индийских рупий (около 2200 долл. США).

Уже из этого краткого изложения содержания нескольких видов коллективных соглашений видно, что они являются правовой формой, используемой монополиями для того, чтобы заставить более мелких контрагентов под видом свободно заключаемого договора принять на себя обязанность полностью подчиняться монополиям во всей своей деятельности.

На наш взгляд, к условиям осуществления *производственной* деятельности можно отнести условия вложения инвестиций и изготовления продукции, в частности: раздел объемов производства в рамках установленных квот; рационализация производства на основе специализации и кооперирования в изготовлении продукции; объем вложений капитала в развитие производства; раздел источников снабжения в форме установления импортных квот для определенных территорий; соблюдение стандартов; взаимный обмен технической и коммерческой информацией, патентами и лицензиями; учреждение общих филиалов и финансовых организаций, и т. д.¹. Характер договор-

¹ См., напр.: *Свядосц Ю.М.* Регулирование ограничительной практики и внешнеторговые операции // *Внешняя торговля.* – 1989. – № 7. – С. 43–46; *Тотьев К.Ю.* Конкуренция и монополия. Правовые аспекты регулирования: учеб. пособие. – М.: Юрист, 1996. – С. 79 и сл.

ных средств ограничительной практики при заключении коммерческих контрактов весьма многообразен (например, § 3 ст. 36 упоминавшихся выше Закона о защите конкуренции **Бразилии** 2011 г.¹, ч. А гл. II (ст. 4 и 5) Закона о конкуренции **ЮАР** 1998 г.). Что касается ЮАР, в недавнее время в отношении многих корпораций были начаты антимонопольным органом ЮАР расследования по обвинениям в картельных сговорах. В большинстве случаев это сговоры между интернациональными ТНК и отечественными компаниями, оказывавшие влияние на местные рынки, как, например, в случае с делом о молочном картеле (*milk cartel case*) с участием таких корпораций как Parmalat SA (Pty) Ltd., Clover SA (Pty) Ltd. и Nestle SA (Pty) Ltd.²

В деле о хлебном картеле (*bread cartel case*) Комиссия по защите конкуренции ЮАР обратилась в Трибунал по защите конкуренции с требованием вынести решение по двум обвинениям (на национальном – National complaint, и региональном – Western Cape complaint, – уровне) компании Pioneer Foods (Pty) Ltd. в картельном сговоре с тремя другими производителями хлеба, – предприятиями Premier Foods, Tiger Brands и Foodcorp (Pty) Ltd. с целью раздела рынков сбыта и фиксации на них цен, что составляет нарушение положений ст. 4 (1) (b) (i) и (ii) Закона о защите конкуренции 1998 г. В период расследования Комиссии компания Premier Foods пожелала сотрудничать с анти-

¹ Подробнее о таких соглашениях в Бразилии см.: *Беликова К.М.* Положения правовых актов и правоприменительная практика о горизонтальных соглашениях, ограничивающих торговлю, Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 1. – С. 31–42; *Она же.* Правоприменительная практика Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу о вертикальных соглашениях, ограничивающих торговлю, на примере связывающих контрактов, отказа в продаже товаров или предоставлении услуг и установления цен перепродажи // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 3 (6). – С. 77–89.

² See: *Amanda Visser.* Appeal Lodged in Milk Cartel Case, FIN24 (Sept. 19, 2008, 07:32). URL: <http://www.fin24.com/BusBusin/Appeal-lodged-in-milk-cartel-case-20080919> (accessed 12.03.2014).

монопольным органом с тем, чтобы получить иммунитет от ответственности в рамках Программы лояльности (Leniency policy¹), а компания Tiger Brands вошла с Комиссией в согласительную процедуру (consent order agreement) по вопросу предъявленного обвинения, в результате чего ей был выписан штраф. Штраф также был выписан и компании Foodcorp.

Только дело в отношении компании Pioneer Food, которая отрицала свою причастность к картелю, было передано в Трибунал по защите конкуренции, который признал компанию виновной в нарушении конкуренции и наложил на нее штраф, в три раза превышающий штраф, наложенный на компании, сошедшие в сговоре².

Такого рода «ограничительные» соглашения в качестве общей характерной черты имеют то, что они искажают действие объективных законов конкуренции и в состоянии оказать существенное негативное влияние на конкурентную среду. В этом и проявляется их вредоносность для экономики, заставляющая законодателя вводить соответствующие запреты. Следовательно, ограничение этих проявлений в значительной степени диктуется необходимостью защиты публичных интересов в экономической сфере (о чем напрямую и говорят, например, рассматриваемые в настоящей работе законы **Индии** и **Бразилии** в этой сфере). Однако несмотря на вредоносность для экономики, рассматриваемые соглашения могут быть признаны правомерными, в том случае, если хозяйствующие субъекты докажут, что положительный эффект от них превысит негативные последствия для рассматриваемого товарного рынка и экономики в целом.

Далее. В современный период и законодатели, и практикующие юристы, экономисты, социологи и пр., признают, что

¹ Такие программы есть во всех странах БРИКС, напр., в России это программа «Сообщи о картеле». URL: <http://fas.gov.ru/about/structure/cartel> (дата обращения: 24.08.2014).

² Цит. по: *Sasha-Lee Afrika, Sascha-Dominik Bachmann. Cartel regulation in three emerging BRICS economies: cartel and competition policies in South Africa, Brazil, and India – a comparative overview // The International Lawyer. A Quarterly Publication of the ABA/Section of International Law. Winter. – 2011. – Vol. 45. – № 4. – P. 975–1003.*

картели, тресты и другие аналогичные объединения представляют собой естественное явление в экономической жизни, в отношении которого невозможно занять полностью негативную позицию. Поэтому гражданско-правовые нормы, содержащиеся в антимонопольном законодательстве, направленные на регулирование договорных отношений, вводят новые требования в общие условия договора, установленные в гражданском праве той или иной страны. Эти требования нередко относятся к форме договора: устанавливается письменная форма, обязательная регистрация определенных типов ограничительных соглашений и т. п.

В законодательстве о монополиях и ограничительной практике широко представлены также нормы, регулирующие условия, которые относятся к содержанию договоров определенного типа. Так, в рамках осуществляемого государством регулирования экономики, государство прямо или косвенно предоставляет государственным антимонопольным органам возможность решать вопрос о действительности отдельных соглашений предпринимателей, изменять средствами административной власти условия и содержание определенных договоров. Например, ст. 54 ранее действовавшего упомянутого выше бразильского Закона № 8.884 от 11 июня 1994 г. о защите экономического порядка вводила обязательный предварительный антимонопольный контроль в виде уведомления Административного совета о совершении соглашений, которые могут иметь в результате ограничение или причинение ущерба свободной конкуренции посредством доминирования на рынке либо иным способом, указанным в законе, и получения согласия АС на их совершение.

Действительность таких соглашений обуславливалась потребностями национальной экономики и общего блага, при условии, что их положения не причиняют ущерба конечным потребителям или пользователям. Они могли быть признаны правомерными при соблюдении трех из четырех следующих условий:

- 1) повышение производительности труда, улучшение качества товаров или услуг, либо содействие эффективности производства или технологическому или экономическому развитию страны;

2) получаемые преимущества должны равномерно распределяться между их участниками, с одной стороны, и конечными потребителями или пользователями, с другой;

3) их совершение не влечет устранение конкуренции на существенной доле соответствующего рынка;

4) указанные действия совершаются строго в указанных выше целях (§ 1, 2 ст. 54 Закона).

Ныне действующий уже упоминавшийся Закон № 12.529 от 30 ноября 2011 г., устанавливающий Систему защиты конкуренции **Бразилии**, таких положений не предусматривает.

Тем не менее такие положения в законах не редкость. Так, согласно положениям ст. 54 Закона о конкуренции **Индии** 2003 г. Центральное правительство может изъять любые разновидности предприятий (any class of enterprises) из-под действия настоящего закона, если такое изъятие необходимо в интересах безопасности государства или общественном интересе (public interest), а также любое предприятие, которое выполняет суверенные функции от имени Центрального правительства или Правительства штатов.

В **ЮАР** предприятие в праве обратиться в Комиссию по конкуренции с просьбой изъять из-под действия главы, устанавливающей запрет на:

а) соглашения или торговую практику определенного вида;

б) виды соглашений или торговой практики (указанные в ч. А гл. II (ст. 4 и 5), если они способствуют достижению одной из следующих целей:

i) поддержанию или содействию экспорту;

ii) содействию развитию конкурентоспособности малого предпринимательства или предприятий, владельцами которых являются лица, исторически притеснявшиеся в ЮАР (historically disadvantaged persons);

iii) повышению производительности труда, необходимому для преодоления отставания какой-либо отрасли промышленности;

iv) достижению экономической стабильности какой-либо отрасли – по представлению министра этой отрасли и после консультаций с последним (п. (3) ст. 10 Закона о конкуренции 1998 г. ЮАР).

Иными словами, соглашения отдельных видов – ограничительные, картельные договоры – являются, как правило, недействительными, тогда как определенные условия (например, о рационализации производства, стандартизации продукции и т. п.) могут делать договор правомерным.

Установление подобных изъятий допустимо при соблюдении следующих условий: с целью усовершенствования производства, торговли и распространения товаров и услуг; содействия техническому или экономическому прогрессу; создания преимущества потребителям или пользователям. Они, как видно из примеров, нуждаются в предварительном разрешении и часто подлежат последующему контролю за исполнением.

Особые правила также нередко устанавливаются в законодательстве в отношении договоров, фиксирующих цены; предусматривающих для сторон дополнительные обязательства, являющиеся условием выполнения основного обязательства (так называемые «связывающие контракты»); ограничивающих свободу сторон в договоре вступать в соглашения определенного типа с третьими лицами (так называемые «исключающие контракты») и т. д. (например, п. (4) ст. 3 Закона о конкуренции **Индии** 2003 г.; п. 2 ст. 11 Закона о защите конкуренции в **РФ** 2006 г.; положения Временных методов регулирования единых для всей страны максимально допустимых цен на внеплановые средства производства от 11 января 1988 г. и Временные положения по регулированию цен на важнейшие средства производства и тарифов на транспортные перевозки от 11 января 1988 г.; Постановление Госсовета по некоторым вопросам дальнейшего стимулирования горизонтальных хозяйственных объединений от 23 марта 1986 г. **КНР**¹ и др.).

Вместе с тем сказанное отнюдь не означает, что хозяйствующие субъекты-монополисты лишены возможности выбора самых различных видов договорных отношений и индивидуальных действий на рынке. Сложная и многообразная финансо-

¹ См.: Экономическая реформа в КНР. Преобразования в городе. 1985–1988: Документы / редкол.: Л.Д. Бони, В.Е. Данилов и др.; ред. В.С. Свиткова; пер. Д.Л. Адамова, И.А. Балюк и др. – М.: Наука, Вост. лит-ра, 1993. – 312 с.

вая, торговая и, особенно, производственная деятельность крупных компаний стоит вне сферы непосредственного административного контроля, и это позволяет последним использовать все блага принципа свободы договора для произвольного определения в своих целях содержания многочисленных конкретных договоров, заключаемых с контрагентами¹.

Приведенные примеры соглашений не являются вместе с тем единственным способом использования принципа свободы договора в интересах монополий. В тех странах, где концентрация капитала достигает высокой степени, значительное количество договоров представляет собой, однако все чаще предписывание монополиями установленных ими условий своим контрагентам.

Таким образом, на основе представленного исследования можно сделать следующие выводы.

1. Показано, что антимонопольное законодательство всех изучаемых стран предусматривает ряд ограничений и вводит запреты относительно предмета соглашений (договоров), заключаемых предприятиями в любой форме. Как правило, эти ограничения и запреты представлены в неисчерпывающих перечнях.

2. Выявлено, что запрещенные предметы соглашений унифицированы для всех изучаемых стран и включают в себя следующие действия по: установлению (фиксации) или изменению цен товаров (услуг); ограничению или контролю производства, поставок, рынков или технического развития; разделению источников производства и предоставления услуг (напр., установлением географических границ рынка, по типам продаваемой продукции (предоставляемых услуг), по количеству потреби-

¹ Подробнее об этом см.: *Belikova K.* Concept and Different Types of Restrictive Business Practices in the Legal Orders of BRICS Countries (the Case of China, India, Russia and South Africa) (January 25, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2444669> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2444669>; *Belikova K.* General approaches of BRICS countries legislation and legal order to counteraction against lead-ing anticompetitive market strategies: the case of China, India, Russia and South Africa // *Boletín Latinoamericano de Competencia – Boletim Latino-Americano de Concorrência*. – Mayo 2014. – № 35 (extra). – P. 1–35. URL: <http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamerica-no-de-competencia/2014> (дата обращения: 11.05.2014).

лей на рынке, любым иным образом); введению дополнительных обязательств в качестве условия выполнения основного обязательства («связывающие контракты»); ограничению свободы сторон договора вступать в соглашения с третьими лицами («исключающие контракты»).

3. Установлено, что запрещенные соглашения могут быть признаны правомерными, если положительный эффект от них превысит негативные последствия, например, при: усовершенствовании производства, торговли и распространения товаров и услуг; содействии техническому или экономическому прогрессу; создании преимуществ потребителям или пользователям.

5.2.2.2. Защита прав и интересов присоединяющейся стороны в договорах присоединения (в том числе правовыми актами о защите потребителей)

Часто встречаемой разновидностью договоров с участием потребителей являются так называемые «договоры присоединения». Этот термин введен французской литературой, в которой впервые была дана конструкция этого вида договора¹. В германской литературе такие договоры называются «продиктованными» (*diktierter Vertrag*). В практике Англии, США, Индии и ряда других стран они носят название «договоров в стандартной форме» (*standard form of contracts*); в Индии суть таких договоров передается формулой «бери или уходи» / «на твое усмотрение» («*take it or leave it*»²).

Под договорами присоединения понимаются такие договоры, в которых одна из сторон – обычно монополист в данной отрасли – предписывает свои условия контрагенту (зачастую – потребителю). Последний же может либо вступить в договор на

¹ См., напр.: *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. – М.: Изд-во АН СССР, 1959. – С. 190; *Флейшиц Е.А.* Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. – М.: Юридическое изд-во Минюста СССР, 1948. – С. 38–43; *Гражданское и торговое право капиталистических стран: учеб. пособие / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина.* – М.: Высшая школа, 1980. – С. 165–167.

² *Lokesh Rajpal.* Op. cit.

предлагаемых ему условиях, либо не вступить в договор; обсуждать или изменить что-либо в этих условиях он не может. Этот подход наглядно свидетельствует, что в основе таких договоров как правило, лежат *общие условия договора* – условия, предварительно разработанные профессиональным, как правило, участником рынка в ходе осуществления профессиональной предпринимательской деятельности – страховщиком, к которым присоединяется любое физическое или юридическое лицо, в том числе профессиональный предприниматель.

Об этом примерно в таких выражениях (не указывая, однако, на специальный субъект, – предпринимателя, профессионального участника рынка) говорит Закон о договорах **КНР** 1999 г. Так, *стандартными условиями* признаются условия, которые заранее разрабатываются для неоднократного применения и которые не обсуждаются с другой стороной при заключении договора (абз. 2 ст. 39 Закона 1999 г.). При этом при заключении договора с использованием стандартных условий сторона, предлагающая такие условия, обязана определять права и обязанности сторон, следуя принципу справедливости, а также обязана разумным образом попросить другую сторону обратить внимание на условия, которые исключают или ограничивают ответственность предлагающей стороны; по требованию другой стороны ей должны быть даны разъяснения относительно этих условий. При этом необходимо иметь в виду, что стандартные условия предлагаемые с целью лишения стороны, которой они предлагаются, важных прав – недействительны (ст. 40 Закона 1999 г.).

В отечественной литературе высказывается мнение, что «способом присоединения...могут быть заключены различные договоры, в том числе договоры на электроснабжение, газоснабжение, перевозки транспортом общественного пользования, гостиничного обслуживания и т. п., если такой способ заключения договора будет закреплен соответствующим, нормативным актом»¹. Размышляя о природе договоров, которые мо-

¹ *Цыпенкова А.В.* Сфера применения договоров присоединения // Договор присоединения как особая категория гражданского права: дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 – М., 2002. – 202 с. URL: <http://aldebaran.com.ru/publications/8396> (дата обращения: 18.09.2014).

гут быть заключены в порядке заключения договора присоединения мы считаем правильным мнение Н.И. Клейн. Она указывала, что «не может быть установлено также другим законом или иными правовыми актами, что договор определенного вида заключается только в порядке, установленном для договора присоединения. Такое решение принимает сама сторона, разработавшая договор присоединения при наличии условий, позволяющих его использовать»¹.

Проиллюстрируем сказанное на примере договора энергоснабжения. В большинстве случаев такие договоры заключаются абонентом путем присоединения к заранее разработанным энергоснабжающей организацией условиями договора. Как правило, энергоснабжающие организации занимают доминирующее положение на рынке, поэтому можно утверждать, что зачастую такие организации «диктуют» свои условия потребителям, которые не имеют фактически возможности отказаться от заключения договора на таких условиях.

Правовые отношения, связанные с передачей электрической энергии *на оптовом рынке* реализуются в рамках конструкции договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии. В соответствии с п. 2 ст. 34 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее – Федеральный закон «Об электроэнергетике») ² организация по управлению единой национальной (общероссийской) электрической сетью или территориальные сетевые организации оказывают на возмездной договорной основе субъектам оптового рынка услуги по передаче электрической энергии. Что же касается *розничных рынков*, то, передача электрической энергии (как вид деятельности) осуществляется в процессе исполнения обязательств, возникших из договора энергоснабжения (или купли-продажи).

Здесь стоит отметить, что между поставщиками электроэнергии имеется разница, в зависимости от того, являются они независимыми энергосбытовыми компаниями или гаранти-

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. – М., 1997. – С. 692.

² СЗ РФ. – 2003. – № 13. – Ст. 1177.

рующим поставщиком. *Гарантирующий поставщик* – это энергосбытовая компания, которая *обязана* заключить договор с любым обратившимся, находящимся в границах зоны деятельности гарантирующего поставщика. А *независимая энергосбытовая компания* – не обязана. Она работает, с кем хочет. Однако зачастую независимая энергосбытовая компания может предложить более выгодные условия по цене электроэнергии, но в настоящих условиях игры, независимые энергосбытовые компании не размениваются на работу с мелкими потребителями и работают только с крупными. Следовательно, если потребление электроэнергии на нашем объекте незначительно, то, скорей всего, путь один – заключение договора энергоснабжения (или купли-продажи) с гарантирующим поставщиком¹.

В связи с изложенным в отечественной литературе возник и продолжает дискутироваться вопрос – важный также и для других стран БРИКС, поскольку такие договоры заключаются во всех без исключения странах, – о том, все ли договоры энергоснабжения являются договорами присоединения или к такому относятся только договоры, заключенные между энергоснабжающей организацией и абонентом – физическим лицом.

По мнению В.В. Витрянского, договорами присоединения могут быть признаны только договоры по энергоснабжению, заключенные непосредственно с гражданином (абонентом). В качестве аргумента своей позиции он использует то, что данное в ГК (п. 1 ст. 428) определение договора присоединения не предполагает расширительного толкования. Договора, условия которых могут быть приняты одной из сторон только присоединением к ним, предполагают либо законодательное регулирование их условий непосредственными императивными нормами (как в товарно-транспортной накладной), либо применение с массовым потребителем (гостиничное обслуживание, услуги связи). По мнению автора, договоры присоединения имеют широкое распространение в тех случаях, когда контрагента-

¹ См.: Порядок заключения договора энергоснабжения. URL: http://www.energo-konsultant.ru/sovets/yuridicheskim_licam/zakluchenie_dogovora_energосnabgeniya/kak_zakluchit_dogovor_energосnabgeniya (дата обращения: 18.09.2014).

ми предпринимательской деятельности банков, энергоснабжающих организаций и других являются граждане¹.

Концепция других авторов при квалификации договоров энергоснабжения как договоров присоединения не предполагает какие-либо ограничения по их субъектному составу².

Согласно взглядам третьей группы авторов, использование договоров присоединения возможно применительно к снабжению (энергией, газом, водой) физических и юридических лиц, если присоединение последних к договору не связано с их предпринимательской деятельностью. Приверженцем такой точки зрения является Н.И. Клейн, считающая неверным признание договора поставки (снабжения) газом договором присоединения между хозяйственным обществом РАО «Газпром» и его дочерними обществами – газоснабжающими организациями³. По ее мнению, договоры снабжения газом юридических лиц (электростанций) являются публичными, поэтому при их заключении как договоров присоединения приоритетными являются нормы о публичном договоре. Однако, утверждая публичный характер договоров энергоснабжения юридических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, и не относя их к договорам присоединения, Н.И. Клейн одновременно отмечает особый порядок их заключения – присоединение к предварительно разработанным условиям, описывая по факту заключение договоров присоединения.

Она констатирует, что энерго-, газо-, водоснабжающие организации являются субъектами естественной монополии и занимают доминирующее положение на рынке. Получая продукты этих организаций через существующую присоединенную сеть, где отсутствует конкуренция, абонент лишен вариантов

¹ *Витрянский В.В.* Договор энергоснабжения // *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Указ соч. – С. 151 и сл. Цит. по: *Цыпленкова А.В.* Цит. соч.

² См., напр.: *Гражданский кодекс Российской Федерации.* – Ч. 1: Научно-практический комментарий / отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. – М., 1996. – С. 627.

³ Постановление Правительства РФ от 30 декабря 1994 г. № 1445 // СЗ РФ. – 1995. – № 2. – Ст. 152.

выбора контрагента и возможности отказаться от договора снабженческой организации со стандартными условиями. Таким образом, использование обладающей рыночной властью снабжающей организацией стандартной формы договора означает навязывание покупателю товара (энергии, газа, воды) для предпринимательской деятельности любых (независимых от конкретных обстоятельств) условий и лишения его права влияния на них¹.

На розничных рынках отношения, возникающие с конечным потребителем, опосредуются, главным образом, договором энергоснабжения².

В научных работах отмечается³, что основное отличие договора энергоснабжения от договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии состоит в следующем: предметом первого договора является особый объект – энергия, тогда как предмет второго соглашения – есть услуга по перемещению этого объекта в пространстве. При разграничении договора энергоснабжения и договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии следует также учитывать основные положения реформирования электроэнергетики. Одним из приоритетных направлений реформы является разграничение естественно-монопольных и конкурентных видов деятельности на рынке электроэнергетики. По замыслу законодателя деятельность по производству и продаже (сбыту) электрической энергии должна быть организационно и имущественно отделена от деятельности по передаче электрической энергии. Поэтому если в договоре независимых энергосбытовых организаций или гарантирующих поставщиков с потребителями есть

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / отв. ред. О.Н. Садилов. – М., 1996. – С. 416.

² Порядок заключения договора энергоснабжения. URL: http://www.energo-konsultant.ru/sovets/yuridicheskim_licam/zakluchenie_dogovora_energostonabgeniya/kak_zakluchit_dogovor_energostonabgeniya (дата обращения: 18.09.2014).

³ См.: Мамедова Э.О. Договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб, 2009. URL: http://discollecion.ru/article/07092010_mamedova_el_mira_oktaevna_88744/2 (дата обращения: 18.09.2014).

условие, по которому они могут обеспечить оказание услуги по передаче электрической энергии в интересах и за счет потребителя, то они могут заключать договора по передаче электрической энергии с сетевыми организациями в отношении точек поставки на розничном рынке обслуживаемых ими потребителей.

При этом потребитель заключает *договор энергоснабжения* с энергосбытовой организацией или гарантирующим поставщиком, содержащий элементы договора оказания услуг по передаче электрической энергии, а энергосбытовые организации или гарантирующие поставщики заключают с сетевой организацией *договор оказания услуг по передаче электрической энергии* в интересах потребителя. Таким образом заключаются два договора, где на основании одного из них энергосбытовая организация (гарантирующий поставщик) осуществляет перепродажу услуги. В свете сказанного представляется, что на сегодняшний день на рассматриваемый договор действие ст. 428 ГК («Договор присоединения») распространяется в полном объеме¹.

Как видно из предыдущего изложения договоры присоединения отнюдь не редкость и в отношениях между предпринимателями. Мы полагаем, что крупные производители товаров длительного пользования предпочитают в настоящее время не тратить средств на создание торговой сети, а распределяют свою продукцию через *формально* независимых мелких коммерсантов, которые за исключительное право продавать соответствующий товар данного производителя (автомобили, компьютеры, бензин и т. д.) обязуются подчиняться в своей хозяйственной деятельности детальной регламентации со стороны головной компании. Возможность отказаться от вступления в договор в этих случаях формально-юридическая.

Как правило, в силу экономических условий контрагент не может отказаться от вступления в договор. Формальное равенство сторон становится не столь действенным, а принцип свободы договора оборачивается свободой монополии диктовать свою волю множеству участников имущественного оборота че-

¹ См., напр.: *Музаев Р.А.* Договор оказания услуг по передаче электрической энергии: основные подходы права России // *Нравственные императивы в праве.* – 2013. – № 2. – С. 68–75.

рез систему односторонних договоров (договоров присоединения). Головное предприятие, ссылаясь на принцип свободы заключения договора, может отказать мелким коммерсантам в возобновлении соответствующих договоров и тем самым поставить их в безвыходное положение.

Таким образом, договоры присоединения это – договоры, посредством которых одна сторона, в силу своей экономической мощи творит закон для другой и навязывает ей условия, которые та не в силах обсуждать. На этом основании большинство современных исследователей вынуждено признать, что в договоре присоединения отсутствует важнейший конститутивный элемент понятия договор – возможность согласования воли сторонами¹. Так, индийскими правоведомы отмечается в этой связи, что «подпись потребителя на специально отведенной для этого строке в конце договора в действительности не означает его согласия с условиями договора по сути, а только создает фикцию, предположение о том, что получено согласие потребителя на условия договора»².

Именно поэтому законодательство стран БРИКС предусматривает охранительные положения, защищающие сторону, которая не принимала участия в согласовании условий заключаемого ею договора. Так, согласно положениям ст. 41 Закона о договорах **КНР** 1999 г. при возникновении спора, связанного с толкованием стандартных условий, их надлежит толковать в соответствии с обычным пониманием. В случае наличия двух или более пониманий стандартных условий надлежит принимать во внимание понимание той стороны, которая не была заинтересована в предложении стандартных условий. Если стандартные и нестандартные условия не совпадают, применению

¹ Кулагин М.И. Основные направления развития буржуазного договорного права // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Обязательственное право: учеб. пособие / под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 11, 12; *Kimel D.* From promise to contract: towards a liberal theory of contract. Hart Publishing. 2003. – 149 p. URL: http://books.google.ru/books/about/From_Promise_to_Contract.html?id=dydaHHjGSzYC&redir_esc=y (дата обращения: 18.09.2014).

² *Lokesh Rajpal.* Op. cit.

подлежат нестандартные условия. Сходным образом применительно к договору присоединения ст. 423 упомянутого выше ГК **Бразилии** 2002 г. гласит: «в случае, когда в договоре присоединения содержатся противоречивые или двусмысленные условия, их надлежит толковать наиболее благоприятным для присоединяющейся стороны образом». К числу договоров присоединения бразильский законодатель относит, например, договоры страхования (ст. 757 ГК Бразилии 2002 г.).

В **Индии** ситуацию в этом вопросе можно понять, обратившись к практике использования таких договоров. Индийскими правоведами отмечается¹, что такие договоры, как правило, содержат разного рода исключаяющие оговорки и изъятия в отношении (во многих случаях) ответственности крупных предприятий, вытекающей из договора присоединения. Такие оговорки и изъятия, как правило, печатаются мелким шрифтом, которые потребитель никогда не читает, а даже если бы и читал, уяснить их смысл, ему нередко было бы трудно.

Так, в деле *Indian Airlines Corporation v. Madhuri Chaudhary*², рассмотренном в Высоком суде Калькутты (Calcutta High Court) речь шла о пассажире авиалайнера, следующего внутренним перелетом по территории Индии. Самолет потерпел аварию, в результате которой пассажиру была причинена смерть. Его вдова подала против авиакомпании Indian Airlines Corp. иск, прося возместить ущерб, причиненный ей и ее семье смертью ее мужа. В ходе судебного разбирательства было установлено, что в билете указывалось на изъятие перевозчика из-под ответственности за вред, причиненный по небрежности (negligence)³ пилота (другого персонала) воздушного судна.

Было установлено, что эта информация о характере ответственности перевозчика была должным образом доведена до сведения пассажира, и, во всяком случае, у последнего была возможность ознакомиться с этой особенностью условий его перевозки. Высокий суд постановил, что обязанности перевоз-

¹ *Lokesh Rajpal*. Op. cit.

² Ibid.

³ О причинении вреда по небрежности (by negligence) в системе общего права на примере Англии и США см.: *Румянцев М.Б.* Цит. соч.

чиков фиксируются и возлагаются на всех перевозчиков в Индии не соглашением с контрагентами, подтверждаемым путем покупки последним билета, и не Законом о договоре 1872 г., а общим правом Англии, регламентирующим права и обязанности перевозчиков, поскольку перевозчики являются публичными служащими, осуществляющими свою деятельность за вознаграждение (exercise of public employment for reward). Таким образом, изначально в рассматриваемой ситуации перевозчик соглашался взять на борт пассажира при условии, что тот соглашался с изъятием перевозчика из-под ответственности за вред, причиненный по небрежности. Такое изъятие вполне допустимо, правомерно и служит для признания иска истца обоснованным.

В другом деле Высокий суд Раджастана (Rajasthan High Court) постановил, что там, где на лицевой стороне билета размещены слова «условия оказания услуги (перевозки и пр.) смотри на обороте» заинтересованное лицо согласно закону считается связанным условиями оказания услуги, для получения которой куплен билет, независимо от того, считает ли такое лицо нужным читать или иным образом ознакомиться с условиями, напечатанными на обороте билета, где их легко найти. Если же такие условия напечатаны на обороте билета, но не содержат слов, уведомляющих об этом, на лицевой стороне билета, такое лицо считается не связанным этими условиями.

Здесь возникает закономерный вопрос, что делать, когда лицо ознакомилось с такими условиями и хочет их изменить, возможно ли это? И если невозможно, то что это значит и какие правовые последствия влечет? Индийские правоведы, в частности, Шанкаран Наир Дж. (Shankaran Nair J.) высказывали мнение о том, что такого рода изъятия недопустимы согласно ст. 23 Закона о договоре 1872 г., однако Высокие суды в своих последних решениях не поддерживают такую позицию. Хотя в деле *Central Inland Water Transport Corporation Limited vs. Brojo Nath Ganguly* Верховный суд Индии признал, что недобросовестные или неразумные условия договора, в который вступили стороны, обладающие неравными переговорными возможностями, недействительны согласно положениям ст. 23 Закона о договоре 1872 г., одновременно рекомендовав судам защищать

слабую сторону пользуясь такими правовыми конструкциями как доктрина *contra proferentem* и теория о существенном нарушении договора (theory of fundamental breach of a contract), а также применяя нормы о деликтной ответственности (liability in tort) и пр.

Имеется, правда, несколько решений судов, в которых имелось стремление защитить слабую сторону в договоре, однако правовая позиция в них шаткая. Таково, например, дело *Lily White v. R. Munuswamy*¹, в котором чек из прачечной, выданный ответчиком, содержал условие о том, что в случае потери или порчи вещей, сданных в прачечную, клиент вправе требовать возмещения 50% рыночной цены своих утерянных или испорченных вещей. Новое сари истца было потеряно прачечной. Суд обязал прачечную выплатить полную рыночную стоимость сари, а не 50% цены, исходя из того, что за полцены новое сари не купить и такое решение не будет способствовать удовлетворению общественного интереса (public interest). В другом деле условие о возмещении при потере прачечной вещей в 8-кратном стоимости читки в прачечной размере, также было признано необоснованным.

В ЮАР упоминавшийся выше Закон о защите потребителей 2008 г. ограничивает договорную свободу потребителя и поставщика в части вступления в договор, его формы и содержания, требуя от поставщиков предоставления потребителям информации о налагаемых на них в результате вступления в договор обязательствах и привлечения их особого внимания к некоторым положениям договора, которые к тому же должны быть изложены простым и понятным языком. Закон запрещает несправедливые, недобросовестные или неразумные условия договора по причине того, что несправедливость создает дисбаланс в отношениях сторон. В числе таких, несправедливых, условий Закон 2008 г. называет: исключение или ограничение ответственности поставщика в некоторых обстоятельствах или прав либо правовых средств защиты потребителя (напр., права на иск или рассмотрение спора в арбитраже) в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения поставщиком его обя-

¹ *Lokesh Rajpal. Op. cit.*

занностей; перекладыванием бремени доказывания фактов, которые должны доказываться поставщиком, на потребителя; несправедливое лишение слабой стороны равных с поставщиком прав (напр., путем наделения поставщика правом принятия решений в одностороннем порядке – здесь мы опять сталкиваемся с возможностью поставщиков разрабатывать договоры, являющиеся по сути договорами присоединения) и др.¹.

Вместе с тем, бесспорно, договоры присоединения упрощают и ускоряют порядок совершения договора, способствуют организации и упорядоченности отношений в сфере торгового оборота. Подобные договоры являются одним из проявлений «социализации гражданского права» и вытеснения индивидуалистического договора договором, проникнутым духом коллективизма². Анализируя договор присоединения («общие условия заключения сделки») К. Цвайгерт и Х. Кетц утверждают, в частности, что этот тип договора способствует рационализации бизнеса на рынке массовых товаров и услуг. Он делает излишним переговоры о содержании отдельных условий, снимает спорные вопросы, неизбежно возникающие в связи с неопределенностью или несоответствием применения диспозитивных правовых норм, и, наконец, облегчает предпринимателю ведение дел и финансовых расчетов³. Вьетнамский правовед Фан Ши Хиен к числу преимуществ договора присоединения («типового договора» по терминологии законодательства СРВ) относит то, что он способствует упрощению процедуры заключения однотипных договоров и сокращению времени, затрачиваемого на переговоры; дает предпринимателям возможность создавать удобные им при заключении конкретной сделки специфические правила на основе соблюдения действующих пра-

¹ См.: *Deneys Reitz*. Op. cit.

² *Кулагин М.И.* Основные направления развития буржуазного договорного права // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Обязательственное право: учеб. пособие / под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 11.

³ *Цвайгерт К., Кетц Х.* Цит. соч. – Т. 2. – М.: Международные отношения, 1998. – С. 19, 20.

вовых предписаний и с целью уменьшения рисков в процессе передачи товаров (оказания услуг); облегчает заключение договоров для потребителей, которые не всегда обладают достаточным для этого уровнем правовых знаний¹.

Договоры присоединения используются монополистами и в хозяйственных отношениях друг с другом. Одной из важнейших областей действия этих договоров является область международной торговли. Понятно, что в отношениях между монополистами-экспортерами и импортерами разных стран договоры, совершаемые по формулярам, выражают преобладание одного из этих контрагентов над другим в конкурентной борьбе. Бесспорно, условия договора не обсуждаются более сторонами, когда предприятие-монополист, будучи одной из сторон договора, предлагает своему контрагенту выработанный ею формуляр договора, и контрагенту остается принять предложенные ему условия, присоединиться к ним или отказаться от вступления в договор.

В таких случаях при помощи формуляров крупнейшие из монополистических организаций, играющие руководящую роль в объединении предпринимателей, получают еще одну возможность подчинить своим интересам менее крупные организации, действующие в данной сфере, на данном рынке, способствуя тем самым ускорению процесса концентрации капитала и управления в этой области.

Иногда же формуляры вырабатываются не отдельной монополистической организацией, а общественными организациями монополистов – биржами, торговыми палатами, различными профессиональными объединениями. Так, южно-африканский законодатель, например, запрещает антиконкурентные соглашения и договоры, проформы которых вырабатывается на встречах предприятий, входящих в состав союзов, ассоциаций, федераций и иных объединений (association of firms), с целью огра-

¹ *Фан Ши Хиен*. Проблема составления типового договора для Вьетнамской Корпорации Энергии (VNPT). Научное исследование Института почтовой экономики. Ханой, 2005. Цит. по: *Ву Тхи Лан Ань*. Заключение и исполнение предпринимательского договора в социалистической республике Вьетнам: дис. ... к.ю.н. – М., 2007. – С. 114, 115.

ничения или предотвращения конкуренции между их членами (ст. 4 упоминавшегося выше Закона ЮАР о конкуренции 1998 г.).

Формуляр создается быстрее закона, быстрее и легче изменяется в соответствии с более частыми и резкими колебаниями конъюнктуры. Процесс его подготовки, как правило, скрыт от публики, а содержание далеко не всегда становится достоянием гласности, что делает заключение договоров по формулярам излюбленным организационным приемом предприятий-монополистов. Формуляры дают возможность монополистическим объединениям, используя свои экономические преимущества, обеспечить себе привилегированное положение. Это и обуславливает тот факт, что основная роль договоров присоединения в отношениях между предприятиями-монополистами, на наш взгляд, заключается в том, что при помощи детально и тщательно разрабатываемых торговыми палатами и различными объединениями монополистов формуляров для договоров, совершаемых отдельными из них, эти договоры почти ускользают от применения к ним сначала диспозитивных, а затем и императивных норм соответствующих гражданских кодексов и законов, сфера практического действия которых в этом случае сокращается¹.

Более того, без надлежащего государственного регулирования отношений, возникающих в данной сфере, фактически сводится на нет трактовка договора в качестве «свободного» волеизъявления, трактовка договора как выражения согласия воль равноправных контрагентов. В этой связи правовая наука и практика чаще рассматривают такие навязанные одной стороне договоры как обычные договоры, как «свободное волеизъявление сторон» со всеми вытекающими отсюда последствиями. В этой связи совершенно справедливо отмечается², что чем

¹ Большая советская энциклопедия. URL: http://bse.chemport.ru/formulyarnoe_pravo.shtml (дата обращения: 18.09.2014).

² См., напр.: *Martinez M.L., Quintana E.S.* Contratos de exclusividad y ventas atadas. Cuando lo atado es la exclusividad // *Boletín Latinoamericano de Competencia*. – Noviembre 1998. – № 5. – Part 1. – P. 51–60; *De León I.* Algunas consideraciones generales sobre la investigación y represión de prácticas monopolísticas. URL: <http://www.procompetencia.gob.ve/consideracionespracticasmopolisticas.html> (дата обращения: 01.08.06).

больше расширяется деятельность монополий, тем меньше места остается для договора, и что в отношениях между монополией и мелким производителем существует такое же неравноправие сторон, как в отношениях между железнодорожной компанией и пассажиром, например. Более того, некоторые авторы отмечают,¹ что в современном праве намечается обратное движение – от договора к статусу.

Таким образом, можно сделать следующие общие выводы.

1. Установлено, что вследствие изначального неравенства сторон, участвующих в договорах «присоединения» (с общими, стандартными условиями), во всех изучаемых странах на законодательном уровне предусматривается защита прав более слабой (присоединяющейся) стороны договора, лишенной права участвовать в обсуждении условий договора (например, в договорах страхования, кредитования или предоставления таких коммунальных услуг, как водо-, электро-, тепло-, газоснабжения).

2. Показано, что в странах, придерживающихся континентальной системы права, относительно трактовки понимания стандартных условий договоров присоединения на законодательном уровне закрепляется необходимость принимать во внимание понимание той стороны, которая не была заинтересована в предложении стандартных условий (напр., КНР), или толковать противоречивые или двусмысленные условия наиболее благоприятным для присоединяющейся стороны образом (напр., Бразилия).

Выявлено, что в странах БРИКС, договоры, в которых стороны обладают неравными переговорными возможностями, недействительны в случае их несправедливых, недобросовестных или неразумных условий. К последним правовая доктрина относит, например, любые условия, ограничивающие ответственность поставщика с одной стороны, или права контрагента – с другой.

¹ См., напр.: *Artigas Z., Navarro E. Acuerdos Horizontales*. URL: http://www.procompetencia.gob.ve/acuerdos_horizontales.html (дата обращения: 01.08.06).

3. Выявлена необходимость контроля антимонопольных органов за содержательной частью формуляров, применяемых для договоров присоединения, в которых обе стороны являются предпринимателями, обладающими различной экономической мощностью, поскольку такие договоры могут приводить к ограничению конкуренции и концентрации экономической власти.

Далее рассмотрим некоторые грани вопроса о наличии либо отсутствии договорной свободы в отношениях работника и работодателя.

5.2.2.3. Защита работников в трудовых отношениях

Применительно к отношениям между работником и работодателем в контексте действия принципа свободы договора можно отметить следующее.

В условиях рыночной экономики трудовой договор (договор найма) в качестве базового осуществляет индивидуально-договорное регулирование в сочетании с коллективно-договорным и государственным нормативным и административным методами регулирования трудовых отношений¹. Такое регулирование в БРИКС в чистом виде наблюдается в **Бразилии, России, Индии** и **ЮАР**². Для **КНР** характерно наличие *социалистического* трудового договора, который также основывается на указанных методах, но формально, и представляет преобладание внедоговорного государственного регулирования вплоть до отказа от других методов.

Сущность различия этих видов трудовых договоров (найма и социалистического) заключается в том, что если первый –

¹ Подробнее см., напр.: *Шеломов Б.А., Кучма М.И., Костян И.А. и др.* Трудовой кодекс Российской Федерации в схемах и таблицах. – М.: МЦФЭР, 2003. – 416 с.

² См.: *Ифраимов В.Ю.* Трудовой договор и некоторые условия труда в праве стран БРИКС // Актуализация процесса взаимодействия стран БРИКС в экономике, политике, праве: Материалы Научного семинара (Москва, 9 октября 2012 г.) / отв. ред. и сост. К.М. Беликова. – М.: Сенат Пресс, 2012. – С. 229–234; *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Трудовые отношения в странах БРИКС: источники правового регулирования // *Нравственные императивы в праве.* – 2012. – № 3. – С. 91–99.

предполагает *свободное* согласование частных интересов и волю двух сторон договора – работника и работодателя, то второй заключается и выражает общественные интересы. Договор найма является *договором* в чистом виде, учитывающем наличие рынка труда со свободным спросом и предложением рабочей силы и, по сути, являющемся юридическим отражением и результатом функционирования этого рынка. Проиллюстрируем сказанное на примере Бразилии и Китая.

Так, в Консолидированном законе о труде или Трудовом кодексе **Бразилии** 1943 г. (далее – КЗоТ Бразилии, ТК 1943 г.)¹ дается определение *индивидуального* трудового договора, согласно которому «индивидуальным трудовым договором является подразумеваемое (совершаемое обеими сторонами по умолчанию – *tácito*) либо явно выраженное (*expresso*) соглашение по поводу соответствующих трудовых отношений» (ст. 442 КЗоТ Бразилии).

Отметим, что в соответствии с рыночной концепцией развития экономики труд является одним из факторов производства, поэтому в целях свободного производства и продажи товаров их производители и продавцы должны иметь свободный доступ к покупке необходимых факторов производства этих товаров, включая труд. Именно свободный выбор при покупке факторов производства предполагает свободу взаимодействия спроса и предложения и обуславливает наличие рынка как такового. Поэтому в рыночной экономике развитие товарно-денежных отношений на товарном (первичном) рынке неминуемо требует развития рынков факторов производства (вторичных), в том числе рыночных отношений в сфере труда. В этом случае объективно существует потребность создания легального упорядоченного рынка труда с достойным уровнем защиты трудовых прав работника.

В **КНР** ценность социалистического труда, существовавшего до экономических реформ Дэн Сяопина, определялась не посредством обмена товаров (косвенный способ), а на основе

¹ Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei № 5.452, de 1º de maio de 1943 (в ред. Lei n 13.015, de 21 de julho de 2014) // DOU. – 09.08.1943. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13015.htm (дата обращения: 05.05.2015).

планового государственного нормирования (т. е. непосредственно обществом) поскольку при социализме труд не является товаром¹. Поэтому социалистический трудовой договор кардинально отличается от договора найма труда (капиталистического).

Существуя в принципиально нерыночной среде, и являясь договором о приеме-поступлении на работу на заранее определенных нормативных (недоговорных) условиях², он не предполагает отражение или учет частных интересов и волеизъявления сторон.

В рамках такой парадигмы до 1986 г. в Китае существовала система пожизненной занятости, при которой наем, перемещение, увольнение значительной части работников допускалось только с разрешения государственного органа. Изданные в 1986 г. четыре вида Временных правил по регулированию трудовых отношений ввели взамен такой системы свободу найма и увольнений и предусмотрели свободу заключения срочных трудовых контрактов продолжительностью не менее одного года. В процессе перехода к рыночной системе хозяйствования ввиду стремления сформировать национальную систему трудового права современного типа, соответствующую общепризнанным принципам Международной организации труда³, рыночные механизмы в трудовых отношениях получили закрепление в ст. 17 Закона о труде 1994 г. КНР⁴, согласно которой при заключении

¹ Правда и в рамках рыночной системы хозяйствования французские юристы и социологи М. Деспа и Ж. Рожо утверждают: «Труд более не обычный товар, как другие товары. А одна из величайших ценностей нашей цивилизации». См.: *Despax M., Rojot J. Labour Law and Industrial Relations in France*. Deventer. 1987. P. 36. Цит. по: *Киселев И.Я. Зарубежное трудовое право: учебник для вузов*. – М.: НОРМА (ИГ Норма-Инфра-М), 2000. – С. 8.

² См.: *Смолярчук В.И. Источники советского трудового права*. – М.: Юридическая литература. – С. 31.

³ *Киселев И.Я. Цит. соч.* – С. 235, 236.

⁴ Принят на 8-м заседании Постоянного комитета ВСНП восьмого созыва 5 июля 1994 г. URL: http://chinalawinfo.ru/social_law/law_labour (дата обращения: 18.09.2014); Labour Law of the People's Republic of China (adopted at the 8th Meeting of the Standing Committee of the 8th National People's Congress on July 5, 1994 and promulgated by Order № 28 of the President of the People's Republic of China). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383754.htm (дата обращения: 21.08.2014).

и изменении трудового договора следует руководствоваться принципами равенства, *доброй воли, согласованности* и единства, не допускается нарушения установлений законов и административно-правовых актов. А трудовой договор, согласно положениям этого Закона – это *соглашение* о трудовых отношениях, которые устанавливаются между трудящимися и нанимателем, которым определяются права и обязанности обеих сторон (ст. 16 Закона 1994 г.). Равным образом согласно ст. 3 Закона КНР о трудовом договоре 2007 г.¹ при заключении трудового договора необходимо следовать принципам законности, справедливости, *равенства* и *добровольности, согласования* и доверия. Работник имеет право расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом администрацию письменно за 30 дней. Работник вправе расторгнуть договор немедленно в случаях, если предприятие принуждает работника трудиться, прибегая к насилию, запугиванию или незаконному ограничению свободы, при невыплате работнику заработной платы и т. д. (ст. 32 Закона о труде 1994 г.) Эти и другие положения наглядно свидетельствуют об особом пути развития Китая в сфере трудового права от командно-административной системы к рыночной экономике.

Думается, что договор сам по себе не может защитить интересы работника в мере, считаемой необходимой обществом. Договор, будучи продуктом согласования интересов и воли сторон, всегда в большей степени отражает интересы более сильной стороны. Понятно, что в договоре найма такой стороной, по общему правилу, является работодатель. Поэтому государство (совместно с профсоюзами) предусматривает систему средств внедоговорного регулирования для ограничения договорной свободы сильной стороны (работодателя) в трудовом договоре.

¹ См.: http://chinalawinfo.ru/social_law/law_labour_contract/law_labour_contract_ch1 (дата обращения: 18.09.2014); The Labor Contract Law of the People's Republic of China (adopted at the 28th Meeting of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of the China on June 29, 2007, and promulgated by Order № 65 of the President of the People's Republic of China). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471106.htm (дата обращения: 21.08.2014).

Как правило, в основе наемных отношений лежат общие начала договорного права, однако свобода трудового договора, при этом, в значительной степени ограничена ограждением интересов рабочих от нарушений и произвола работодателя¹.

Таким образом, проблема договорной свободы имеет и еще одну важную сторону: все ее многочисленные ограничения одновременно являются и ее гарантиями, так как, ограничивая деятельность одного субъекта, государство обеспечивает интересы другого субъекта, который в меньшей степени, чем первый, способен на защиту своих прав. Так, антимонопольное законодательство, являясь одной из форм государственного регулирования экономики, включает в себя, на наш взгляд, широкий спектр гарантий свободы договора. Опыт его применения свидетельствует об ограничении антимонопольными органами стран БРИКС принципа свободы договора. В таком ограничении следует усматривать способ преодоления противоречия между тенденцией к монополизации и необходимостью сохранения конкурентной среды.

На наш взгляд, все приведенные примеры, касающиеся как действия свободы договора, так и воздействия предписаний специального законодательства (о поддержании и защите конкуренции, о защите потребителей, трудового законодательства) на положения договорного права, позволяют говорить о сочетании в правовом регулировании соответствующих отношений принципа диспозитивности в поведении участников имущественного оборота и сторон в договоре со все еще значительным государственно-императивным элементом, приводящим волю участников конкретных правоотношений в соответствие с волей, закрепляемой законодателем. При этом сочетание, например, в антимонопольном законодательстве стран БРИКС элементов гражданского и торгового (частного) и административ-

¹ См. об этом: *Дерюжинский В.Ф.* Полицейское право: пособие для студентов. – 4-е изд. – Пг, 1917. – С. 487. Цит. по: *Хохлов Е.Б.* К понятию трудового договора и договора найма труда // Правоведение. – 1998. – № 2. – С. 122–127. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=145146> (дата обращения: 18.09.2014).

ного и уголовного (публичного) права, на наш взгляд, означает стирание четких граней между административным и гражданским правом и свидетельствует об отходе от резкого противопоставления сферы частного и публичного права. Более того, позволяет говорить о так называемой «публикации» частного права – внедрении в сферу регулирования частноправовых интересов публично-правовых начал.

Полагаем, однако, что сейчас, особенно, когда целый ряд зарубежных стран – например, США, Испания, Франция, Хорватия, страны Латинской Америки и др. – внезапно по объективным причинам (напр., беспрецедентный мировой финансовый кризис¹ 2007-го и последующих годов), начинают осознавать ценность государственного вмешательства в экономику в целом и в частное право, в частности, наглядно можно наблюдать именно тенденцию к публикации.

5.3. Методические материалы

Хрестоматия

«Публичное право нельзя менять частными соглашениями». (*Латинской юридическое изречение*)

«Договор есть сознательное соглашение нескольких лиц, в котором все они совместно изъявляют свою волю для того, что-

¹ См., напр.: *Беликова К.М.* «Консервация» ипотечных агентств в США: уроки кризиса // *Законодательство и экономика*. – 2012. – № 11. – С. 62–67; El Congreso convalidará los decretos «anticrisis» el próximo lunes. 14.10.2008. URL: <http://www.público.es/agencias/efe/164549/congreso/convalidara/decretos/anticrisis/proximo/lunes> (дата обращения: 06.08.2010); Empujón al plan anticrisis. 12.08.2008. URL: <http://www.publico.es/diero/142137/empujon/crisis> (дата обращения: 26.05.2012); Испанский Совет министров принял пакет антикризисных мер. 14.08.2008 // *GZT.TU*. URL: <http://www.gzt.ru/politics/2008/08/14/171304.html> (дата обращения: 06.08.10), El Plan E (El Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo): un plan anticrisis. 12.01.2009. URL: <http://www.plane.gob.es/zer-da-e-plana> (дата обращения: 06.08.10).

бы определить между собой юридическое отношение в личном своем интересе, по имуществу». (*К.П. Победоносцев*)

«Договор – одна из наиболее древних правовых конструкций. Ранее его в истории складывавшегося обязательственного права возникли только деликты. Будучи по своей природе негативной реакцией со стороны государства на отклонения от установленных им же критериев должного поведения, деликты были прямым наследником одного из наиболее отвратительных пережитков родового строя – мести». (*И.А. Покровский*. Цит. по: *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. – Кн. 1. – 2-е изд., испр. – М.: Статут, 1999. – С. 3*)

«Всякий договор является осуществлением частной автономии, осуществлением той активной свободы, которая составляет необходимое предположение самого гражданского права». (*И.А. Покровский*)

«Сущность обязательства не в том, чтобы сделать какой-нибудь предмет или сервитут нашим, но чтобы связать перед нами другого так, чтобы он дал, сделал, предоставил». (*Древнеримский юрист Павел*)

«Договор – это акт согласования воли различной (встречной) направленности». (*Ф.И. Гавзе*)

«Правовой основой договора является соглашение». (*Римское юридическое изречение*)

«Договор, как и всякая сознательная перемена имущественных правоотношений, всегда совершается с известной юридической целью». (*К.А. Митюков*)

«Договор служит идеальной формой активности участников гражданского оборота». (*В.В. Витрянский*)

«Наделение субъектов права инициативой находит свое выражение в нормах объективного права, которым придается

правообразующая сила таким действиям субъектов гражданского права, как сделки». *(В.Ф. Яковлев)*

«Под словом «кредиторы» понимаются не только те, кто ссудил деньги, но и все, кому кто-то нечто должен по любому основанию». *(Латинское юридическое изречение)*

«Из незаконной сделки не возникает права на иск». *(Латинское юридическое изречение)*

«Вещи, которые невозможно передать или которые не существуют в природе, не включаются в договор». *(Латинское юридическое изречение)*

«Обязательство, которое возникает из договора или квазидоговора, прекращается таким же образом, каким оно создается». *(Латинское юридическое изречение)*

«Невменяемый, который не понимает, что делает, не может заключать договор или другую сделку». *(Латинское юридическое изречение)*

«Естественно, чтобы обязательство выполнялось тем способом, которым оно было принято». *(Латинское юридическое изречение)*

«Благородный человек ставит на первое место долг. Сначала проявляет долг, затем приобретает выгоду». *(Конфуций)*

«Одно из высших достижений человека исполнять свой долг, не обращая внимание на последствия». *(Нельсон Мандела)*

«Заключение и расторжение договора должно иметь одну и ту же форму». *(Латинское юридическое изречение)*

«Ввиду невозможности исполнения закон освобождает от обязательства». *(Латинское юридическое изречение)*

«People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices». (*Adam Smith «The Wealth of Nations»*)

«Монополией называется, когда один человек скупает весь товар определенного вида, устанавливает цены по собственному усмотрению». (*Латинское юридическое изречение*)

«Я утверждаю, что чем беспомощнее создание, тем большее право оно имеет на получение защиты против жестокости человека». (*Махатма Ганди*)

Вопросы для самопроверки и обсуждения на семинаре по теме

1. Дайте общую характеристику договорного права стран БРИКС.
2. Какими правовыми актами (иными источниками права) регулируются договорные отношения в странах БРИКС?
3. Какие разновидности обязательств известны праву Бразилии?
4. На какие виды подразделяются договоры в Бразилии, их особенности и причины такого деления.
5. В чем заключаются новеллы современного ГК Бразилии?
6. Какие условия необходимы для признания договора действительным в Бразилии?
7. Какие требования предъявляются к разным видам предмета сделки в Бразилии? Каким требованиям должен удовлетворять любой предмет договора в Бразилии?
8. Каким образом законодательство Бразилии защищает право потребителей на получение достоверной информации?
9. Опишите правовое основание договора (*causa*) в Бразилии?
10. Каков порядок заключения договора в Бразилии?
11. Какие условия договоров считаются несправедливыми по праву Бразилии?

12. Каким условиям должно отвечать исполнение договора в Бразилии?

13. Назовите основания прекращения договора, известные праву Бразилии.

14. Какая ответственность предусматривается бразильским законодательством в случае ненадлежащего исполнения договора?

15. Дайте общую характеристику договорного права Индии. Какими правовыми источниками регулируются договорные отношения между субъектами права?

16. Как определяется договор в индийской правовой доктрине и Законе Индии «О договоре» 1872 г.?

17. Что понимается под встречным удовлетворением (consideration) в индийском договорном праве? Какие виды встречного удовлетворения (consideration) выделяет Закон Индии «О договоре» 1872 г.? В каких случаях наличие встречного удовлетворения (consideration) не требуется при заключении договора?

18. Перечислите категорию лиц, которые согласно Закону Индии «О договоре» 1872 г. не могут вступать в договорные отношения. Кого индийский Закон о договоре относит к категории лиц, не находящихся в здравом рассудке (a person who is usually of unsound mind)?

19. Назовите обязательные элементы договора в индийском праве.

20. При каких обстоятельствах договор будет являться недействительным?

21. В течение какого периода времени должно быть исполнено обязательство, срок исполнения которого не указан в договоре?

22. Каковы последствия ненадлежащего исполнения договора в результате нарушения срока исполнения?

23. В каких случаях индийское законодательство предусматривает возможность освобождения сторон от исполнения обязательств по договору в силу последующей невозможности его исполнения?

24. Перечислите и кратко охарактеризуйте случаи прекращения действия договора, предусмотренные Законом Индии «О договоре» 1872 г.

25. В чем заключается особенность договорных отношений в Индии с участием потребителей?
26. С какого момента договор признается заключенным по праву КНР и РФ?
27. На каких принципах базируется современное договорное право Китая?
28. Какими правилами надлежит руководствоваться при возникновении разногласий между контрагентами при исполнении договорных обязательств?
29. Может ли государство по праву КНР устанавливать обязательные для сторон цены?
30. Как законодатель КНР урегулировал механизм расторжения договора между контрагентами?
31. Когда должник может освободиться от лежащей на нем обязанности путем депонирования предмета договора?
32. В чем выражается «принцип свободы договора» по российскому праву?
33. Какие последствия устанавливает «принцип безотзывности» оферты?
34. Какая система акцепта действует в странах БРИКС?
35. Какие обязательные требования законодатель устанавливает к публичной оферте в РФ и КНР?
36. Как классифицируются все условия договора по своему правовому значению?
37. Каковы последствия признания сделки недействительной?
38. Какие изменения внесены в ГК РФ с целью пресечения использования механизма «недействительности сделки» в качестве способа выхода из нее одного из контрагента?
39. Каким требованиям должно отвечать «надлежащее» исполнение обязательств?
40. Какие определения договора содержатся в современной южно-африканской правовой доктрине? Чем они отличаются друг от друга? Что включает в себя понятие доктрины о недобросовестности (unconscionability doctrine)?
41. Соотнесите понятия «договор» и «соглашение». Чем они отличаются друг от друга? Как определяется *соглашение* в различных нормативно-правовых актах ЮАР (Закон «О защите

прав потребителей» 2008 г., Закон «О компаниях» 2008 г. и др.)?

42. Какие обязательные условия действительности договора существуют в праве ЮАР? Является ли встречное удовлетворение (consideration) обязательным условием действительности договора в ЮАР?

43. Назовите основные характерные черты присущие договорам и принципы, на которых основывается договор в праве ЮАР. Раскройте их содержание.

44. Перечислите и раскройте содержание основных теорий, претендующих на объяснение сущности договора в южно-африканской правовой доктрине.

45. Какой порядок заключения договора существует в праве ЮАР? Какие дополнительные требования к порядку заключения договора могут быть предъявлены некоторыми законами ЮАР?

46. Какие теории акцепта оферты существуют в южно-африканском праве? Является ли та или иная теория акцепта оферты доминирующей?

47. Каким образом условия договоров квалифицируются в южно-африканской правовой доктрине? По каким критериям южно-африканский правовой исследователь А.Д. Керр предлагает разделять условия договора?

48. Что понимается под надлежащим исполнением договора? Перечислите перечень лиц, по отношению к которым в зависимости от обстоятельств может быть исполнено договорное обязательство по праву ЮАР.

49. Перечислите перечень оснований прекращения договора. Раскройте их содержание.

50. В чем заключается не прямое государственное регулирование в рыночных условиях?

51. Что является предпосылкой и идеей свободы договора в ретроспективе?

52. В чем заключается свобода договора и каковы ее основные признаки?

53. Что такое «социальная функция договора» и что подразумевается под «договорной справедливостью» в правовых концепциях ГК и иных законов Бразилии?

54. На каких национальных идеях базируется принцип свободы договора в Китае?

55. Как понимается принцип свободы договора в Индии и РФ?

56. На каких национальных идеях базируется принцип свободы договора в ЮАР?

57. В каких общих принципах гражданского права отражается принцип свободы договора?

58. Какие договоры считаются незаконными по праву всех стран БРИКС?

59. В каком объеме и на основе какой концепции государство ограничивает свободу договора?

60. Дайте определение понятия «договор присоединения». Приведите примеры договоров присоединения по праву стран БРИКС.

61. Что такое общие/стандартные условия договора? Каково их предназначение?

62. Какие механизмы предусматривает право стран БРИКС для защиты стороны, которая не принимала участия в согласовании условий заключаемого ею договора (присоединяющейся стороны).

63. Назовите положительные и отрицательные черты договоров присоединения.

64. Как монополисты используют договоры присоединения в своих целях?

65. Лежит ли в основе трудового договора принцип договорной свободы? Проиллюстрируйте на примере капиталистической и социалистической организации труда.

66. Почему, от чего следует защищать работников в трудовых отношениях?

Словарь (глоссарий)

Акцепт – принятие оферты лицом, которому она была направлена.

Безвозмездный договор – договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного представления.

Взаимный (двусторонний) договор – договор, когда каждая из сторон наделена правами и обязанностями.

Возмездный договор – договор, по которому каждая сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей.

Встречное удовлетворение (consideration) – это выгода, полученная одной стороной (кредитором) и ущерб или ответственность, взятые на себя другой стороной (должником).

Договор (РФ, КНР, Индия, Бразилия) – это соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.

Договоры в пользу третьих лиц – договоры, в которых стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу.

Договор присоединения – договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты др. стороной путем присоединения к предложенному договору. в целом (напр., договор банковского вклада, подписанный в виде формуляра).

Договор розничной купли-продажи (напр., РФ) – договор, по которому продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность по продаже товаров в розницу, обязуется передать покупателю товар, предназначенный для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью.

Договор энергоснабжения – договор, по которому энерго-снабжающая организация обязуется подавать потребителю (абоненту) через присоединенную сеть электроэнергию, а потребитель (абонент) обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении энергетических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии.

Досрочное исполнение обязательства – имеющаяся у должника возможность исполнить обязательство до срока его

исполнения, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо не вытекает из его существа.

Исполнение договора – это совершение или воздержание от совершения действий, которые составляют предмет договора.

Картельные соглашения – соглашения производителей и поставщиков (покупателей), устанавливающие определенные условия производства, продажи, закупок той или иной продукции и меры принудительного осуществления этих условий, направленных на монополизацию рынков.

Недействительный договор – это договор, исполнение которого по своей природе, невозможно.

Ограничительная торговая практика (restrictive business practices) – способы сокращения и устранения конкуренции между производителями аналогичной продукции: исключаящие контракты, отказ в поставке, связывающие продажи, скидки по совокупному объему и «за верность», поддержание розничных цен и др.

Отказ в поставке (refusal to supply) – вид ограничительной торговой практики, при которой производитель или продавец умышленно отказывается в поставке своего товара заказчикам с целью поддержания уровня розничных цен.

Оферта – предложение будущей стороны договора, делаемое потенциальной второй стороне заключить договор.

Поддержание розничных цен (resale price maintenance) – вид ограничительной торговой практики, при которой поставщик назначает цену, обязательную для всех розничных торговцев.

Потребитель (consumer) – гражданин, имеющий намерение приобрести либо приобретающий или использующий товары, работы, услуги исключительно для личных целей, не связанных с извлечением прибыли.

Предмет обязательства – вещь, услуга, работа, которая в силу обязательств должна быть передана кредитору, оказана либо выполнена. Требования к предмету определяются в соответствии с условиями договора, закона, а при отсутствии таковых – с обычно предъявляемыми требованиями (предмет должен быть пригоден для использования согласно своему назначению).

Прекращение обязательства – прекращение прав и обязанностей сторон, которые составляют содержание обязательства и связывают должника с кредитором.

Просрочка – нарушение установленных сроков исполнения обязательств.

Публичная оферта – предложение неопределенному кругу лиц, которое включает все существенные условия договора.

Реституция – это возврат имущественной массы сторон, заключивших недействительный договор и получивших какую-либо выгоду во исполнение данного договора в первоначальное состояние.

Рыночная власть, позволяющая отстаивать свои интересы (bargaining power) – способность добиваться для себя преимуществ при заключении какого-либо соглашения. Эта способность зависит от величины убытков, которые, весьма вероятно, повлечет за собой срыв заключения соглашения для каждой из договаривающихся сторон. При отсутствии соглашения обе стороны оказываются в невыгодном положении: чем благоприятнее в этом случае положение стороны и чем дольше сторона готова терпеть его, тем выше ее способность отстаивать свои интересы на переговорах. Сторона, которая оказалась в наиболее неблагоприятном положении и чрезвычайно нуждается в подписании соглашения, обладает очень низкой способностью отстаивать свои интересы (*Блэк Дж. Экономика. Толковый словарь / под общ. ред. И.М. Осадчей. – М.: ИНФРА-М, Весь Мир, 2000*).

Свободно заключаемые договоры – договоры, заключение которых зависит только от усмотрения сторон.

Связывающие продажи (tie-in sales) – вид ограничительной торговой практики, когда товар продается только в наборах с другими, менее ценными товарами.

Случайные условия – условия, изменяющие или дополняющие обычные условия; юридическую силу они приобретают лишь в случае включения их в договор.

Соглашение (agreement в Индии) – это «обещание или ряд обещаний» (a promise or a set of promises), посредством которых у обеих сторон формируются обязанность предоставить встречное удовлетворение (consideration).

Трудовой договор (договор найма) – соглашение о трудовых отношениях, которые устанавливаются между трудящимися и нанимателем, которым определяются права и обязанности обеих сторон; в качестве базового осуществляет индивидуально-договорное регулирование в сочетании с коллективно-договорным и государственным нормативным и административным методами регулирования трудовых отношений.

Обычные условия договора – это такие условия, которые не нуждаются в согласовании сторон; к ним предъявляется требование соответствия нормативным актам. Им противостоят существенные условия – те, которые необходимо согласовать для заключения договора того или иного вида.

Убытки – ущерб, вред.

Фактическая невозможность исполнения – случаи, когда обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает.

Юридическая невозможность исполнения обязательства – случаи, когда в результате издания акта государственного органа исполнение обязательства становится невозможным полностью или частично, обязательство прекращается полностью или в соответствующей части.

Задачи

Задача 1. Бразильская компания-покупатель заключила договор на поставку 2 т пшеницы пищевого назначения. Качество зерна было проверено независимой экспертной лабораторией, о чем был выдан сертификат. Во время погрузки зерно было смешано с кормовым зерном и заражено грибком, в результате чего оказалось непригодным ни в пищу, ни для посева.

Покупатель от поставки отказался и потребовал возмещения убытков. Продавец заявил, что в момент заключения договора ему не было ничего известно о специальном предназначении товара.

Вопрос. *Как разрешить создавшуюся ситуацию?*

Задача 2. Мигель купил в продуктовом магазине, собственником которого является фирма *Companhia Cervejaria Brahma*, пиво *Brahma*, и, употребив его, отравился. Его супруга Лусия обратилась в суд с исковым заявлением, в котором она требует возмещение морального вреда от владельца магазина, в котором было куплено пиво, в доказательство чего она предъявила медицинские документы и выписку с работы мужа, которому пришлось провести три рабочих дня дома. Лусия указывает на то, что вред для нее является значительным.

Вопрос. *К кому следует предъявить иск и как суд должен разрешить дело?*

Задача 3. Родригеш Алмейда приобрел в магазине г. Натал цветной телевизор с гарантией его исправной работы в течение 2 лет. Через год после покупки произошло самовозгорание телевизора, ставшее причиной пожара в его квартире. В результате пожара сгорела вся мебель Родригеша Алмейды, а в квартире необходимо стало произвести капитальный ремонт.

Покупатель предъявил к магазину, где был куплен телевизор, иск о возмещении причиненного им вреда. Возражая против предъявленных к нему требований, магазин указал, что в причинении Родригешу Алмейде самовозгоранием телевизора вреда нет его вины.

Вопрос. *Кто должен возместить ущерб пострадавшему?*

Задача 4. Бразильская фирма *Sorasol* (продавец) заключила с компанией *JBS S.A.* (покупатель) договор, в соответствии с которым продавец должен был поставить покупателю 2 центнера зерна. Покупателем была сделана предоплата, по договору доставка ожидалась по истечении недели с момента заключения договора. Через неделю по прибытии товара оказалось, что доставлен только 1 центнер зерна.

На предъявленные претензии фирма *JBS S.A.* ответила, что остальная часть товара будет доставлена через 3 часа, сославшись на то, что в распоряжении фирмы *Sorasol* один грузовик и что за раз он может везти не более 1 центнера груза.

Компания *JBS S.A.* отказалась принять товар, потребовала расторгнуть договор, вернуть предоплату, проценты за пользо-

вание чужими средствами и возместить ей упущенную выгоду. Продавец, возражая против этих требований, ссылаясь на то, что с его стороны договор не был нарушен, что он доставил часть товара в предусмотренный договором срок и готов и желает доставить вторую часть товара в этот же день.

Задание. *Решите спор по праву Бразилии.*

Задача 5. А.В. Кукушкина – сотрудник компании, оказывающей населению услуги по изолированию (утеплению) жилых помещений от холода, – отправилась в командировку в г. Саратов, где приняла участие в международной выставке по продаже строительных товаров, изготовленных с использованием инновационных технологий. На данной выставке внимание гр. Кукушкиной (по доступности и качеству указанного продукта) привлекла сверхтонкая теплоизоляция «Броня». По возвращении А.В. Кукушкиной из командировки предприятие, на котором она работала, решило произвести закупку этого товара для предоставления населению указанных выше услуг по утеплению помещений. Однако во время переговоров с представителями контрагента была озвучена сумма, отличающаяся от цены, указанной на такую продукцию, на выставке. Сторона – продавец аргументировала такое положение дел попыткой привлечь широкий круг клиентов к своему неизвестному на данное время на рынке товару, поэтому цена на выставке была заявлена ниже действительной. В свою очередь, предприятие – покупатель посчитало это введением контрагента в заблуждение и обратилась с иском в суд с целью понуждения стороны к заключению договора на первоначальных условиях.

Вопрос. *Как следует разрешить возникший спор по праву РФ?*

Задача 6¹. Товарищество на вере «Кусков и компания» обратилось в коммерческий банк с просьбой о предоставлении ему кредита в целях финансирования программы дератизации городских подвалов. Коммерческий банк согласился выделить

¹ Задачи 6 и 7 приводятся по кн.: Гражданское право: практикум: в 2 ч. – Ч. 1. – 4-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. Н.Д. Егоров, А.П. Сергеев. – М.: ТК Велби; Проспект, 2007. – С. 143–144.

товариществу необходимые средства и передал для подписания стандартный бланк кредитного договора, в котором были сделаны записи о размере кредита, его цене и сроке действия. Генеральный директор товарищества Кусков немедленно подписал бланк кредитного договора. Вернувшись в помещение своего товарищества, Кусков показал бланк юристу и бухгалтеру. Юрист внимательно ознакомился с текстом договора и сообщил Кускову, что считает условия договора крайне невыгодными для товарищества по нескольким причинам.

Во-первых, банк предоставил товариществу кредит по процентной ставке, в два раза превосходящей ставку рефинансирования Центрального банка РФ. Во-вторых, заемщику запрещено досрочное погашение кредита. В-третьих, споры, вытекающие из кредитного договора, рассматриваются не в арбитражном, а в третейском суде, образованном при самом банке. По мнению юриста, такая третейская оговорка может способствовать разрешению спора исключительно в интересах банка. Юрист предложил потребовать у банка изменить договор, устранив из него заведомо невыгодные для товарищества условия.

Вопрос. *Будут ли удовлетворены требования товарищества?*

Задача 7. ООО «Лебедь» предложило ЗАО «Рара Эвис» партию мужских сапог и направило договор покупателю. ЗАО «Рара Эвис» согласилось приобрести данные товары на условиях отсрочки платежа и подписало договор. Через месяц покупатель получил от поставщика зимние мужские сапоги импортного производства. В связи с отсутствием спроса на предложенные модели ЗАО «Рара Эвис» сообщило поставщику, что договор между ними не был заключен, поскольку в тексте подписанного документа не определено условие о самом товаре и отсутствует цена договора. Поставщик возражал против признания договора незаключенным, полагая, что все существенные условия договора были согласованы сторонами при его подписании. В частности, в договоре содержалось наименование товара – «партия мужских сапог». Не получив оплаты, поставщик обратился в арбитражный суд.

Вариант: в договоре содержалось указание, что должна быть поставлена партия мужских сапог фирмы «Балли» (Швейцария) в ассортименте и в количестве, установленных спецификацией (приложением к договору).

Вопрос. *Какие условия договора Вам известны? Был ли заключен договор в указанных случаях?*

Задача 8. 48-летний гражданин Индии А. попал в ДТП по вине другого гражданина Индии Д. и получил телесные повреждения средней тяжести. На Д. (виновника ДТП) была наложена административная ответственность за нарушение ПДД в виде штрафа в размере 1 тыс. рупий. А., в свою очередь, временно утратил трудоспособность и понес расходы за свое лечение в больнице в размере 11 тыс. 600 рупий. Пролежав в больнице в Нью-Дели около 1 месяца, А. полностью восстановил свое здоровье и мог приступить к работе. Спустя 3 месяца после данного ДТП А. рассказал о случившемся своему знакомому К., который имеет юридическое образование. К. выслушав А., рассказал тому, что он может подать в суд на Д. (виновника ДТП) и потребовать с него возмещения вреда, причиненного здоровью (расходы по временной утрате трудоспособности, стоимость лечения в больнице и моральный вред). Выслушав это, А. сказал К., что ввиду своей занятости на двух работах, он не может заниматься вопросами судебной тяжбы. Тогда К. предложил А. свою помощь и сказал, что может представлять его интересы в суде. А. всего лишь придется подписать с ним договор, согласно которому К. вправе оказывать А. юридические услуги и представлять интересы последнего в суде. А. не глядя подписал договор.

Спустя полгода К. перечислил А. сумму в размере 2 тыс. 500 рупий на банковский счет. А., получив данную сумму, решил узнать у К. почему сумма возмещения столь мала. Тогда К. рассказал А., что, согласно решению суда, с Д. в пользу А. было взыскано 7 тыс. 200 рупий – в виде расходов по временной утрате трудоспособности, 11 тыс. 600 рупий – в виде расходов за лечение в больнице и 1 тыс. рупий – в качестве возмещения морального вреда. А. узнав об этом, решил поинтересоваться у К. почему тот перечислил ему всего лишь 2 тыс. 500 рупий. В от-

вет К. сказал ему, что между ними был заключен договор уступки прав (цессии). По условиям данного договора А. (цедент) уступает, а К. (цессионарий) принимает право требования возмещения вреда к Д. (должнику, виновнику ДТП). Сумма договора – 2 тыс. 500 рупий. Срок выплаты суммы договора – в течение 365 дней с момента его заключения. Таким образом, К. полностью исполнил свои обязательства перед А. Узнав об этом, А. сильно расстроился, поскольку думал, что К. представляет его интересы в суде, а не выкупает его долг. Однако прочитав договор еще раз, убедился, что действительно подписал договор уступки прав требования (цессии). А. решил обратиться к адвокату за юридической консультацией.

Вопрос. *Какую консультацию должен дать адвокат? Кто прав в данной ситуации?*

Обратите внимание на условия договора между А. и К. Соблюдены ли обязательные элементы договора (такие как – оферта, акцепт и встречное удовлетворение) между сторонами? Имеются ли в данном случае основания для признания договора между А. и К. оспоримым или ничтожным?

Задача 9. Л. владелица крупной сети ресторанов «Manuk Sha» в Индии, имеющих более 200 точек питания по всей стране. В феврале 2014 г. Л. (далее – покупатель) заключила договор поставки продуктов питания (14 сортов экзотических фруктов общей массой около 300 кг и 23 сортов различных морепродуктов общей массой около 100 кг.) с компанией «Sweet 7» Ltd. (далее – поставщик). Во исполнение условий договора покупатель перечислила на банковский счет поставщика полную стоимость по договору в размере 1 074 000 рупий. Согласно условиям договора товары, должны были храниться при определенной температуре (от 5 до 10° С) в специальном рефрижераторе. Кроме того, вышеуказанные продукты питания должны были быть доставлены в определенный срок – 1 сентября 2014 г. в пункт приема товаров покупателя. Согласно условиям договора, если поставщик нарушает условия по сроку поставки товаров не более чем на 5 дней, то с него подлежит оплата штрафа (неустойки) в размере 1% от общей стоимости товара за каждый день просрочки; в случае если поставщик нарушает усло-

вия по сроку поставки товаров более, чем на 5 дней, то покупатель вправе расторгнуть договор и потребовать от поставщика полную стоимость товара, выплаченную по договору поставки.

Поставщик поставил товар в пункт приема товаров покупателя 7 сентября 2014 г., обосновав это затруднениями на таможенной границе между двумя штатами. При осмотре полученного товара было выявлено, что несколько сортов экзотических фруктов и почти половина всех морепродуктов были испорчены. В результате покупатель зафиксировал повреждения на специальном бланке (а также путем видеофиксации), после чего отказался его принимать и потребовал от поставщика расторжения договора и возвращения выплаченной по договору суммы в полном объеме, а также неустойки и возмещения расходов, связанных с ненадлежащим исполнением условий договора (убытков, в результате отсутствия данных товаров у покупателя, оплаты услуг временных работников по приему товара ненадлежащего качества, аренды специального оборудования для фасовки и т. д.). Поставщик с указанными требованиями не согласился и предложил покупателю принять часть товара (надлежащего качества) со скидкой в размере 70% от всей стоимости товара (с принятием на себя обязательств по возврату оставшейся суммы по договору в течение 7 дней). Покупатель, не согласившись с этим, подал на поставщика в суд.

Вопрос. *Какое решение должен принять суд? Перечислите обязательные условия договора в индийском праве? Относится ли срок и условие по хранению товара к обязательным условиям рассматриваемого договора? Вправе ли покупатель требовать от поставщика помимо выплаты полной стоимости договора и неустойки, компенсации также и иных расходов, связанных с ненадлежащим исполнением договора? Относятся ли затруднения на таможенной границе, возникшие у поставщика к форс-мажорным обстоятельствам?*

Задача 10. Б. решил купить себе ноутбук в магазине электротоваров «АТР service» (далее – магазин). После длительного поиска соответствующего товара Б. наконец нашел нужный ему ноутбук. При покупке ноутбука Б. осмотрел его на предмет целостности корпуса, а также наличия рабочих приложений. Но-

утбук полностью соответствовал требованиям покупателя и Б. купил его, заплатив сумму в размере 18 тыс. 900 рупий. После, забрал товар и вернулся домой.

Спустя неделю после пользования ноутбуком у Б. возникли проблемы. Ряд приложений не работал ввиду того, что истек период бесплатного пользования ими (1 неделя). Б. обратился в магазин, где ему объяснили, что для пользования отдельными программными приложениями ему следовало дополнительно оплатить их полную рабочую версию (стоимость дополнительной оплаты составляет 2 тыс. 500 рупий). Б. сильно удивился такому положению дел, поскольку при покупке ноутбука ни о каких дополнительных расходах, необходимых для полноценной работы некоторых программных приложений ноутбука, ему никто не сообщал. Данная информация не была указана ни в спецификациях товара, выданных изготовителем, ни на стенде с информацией о данном товаре. Подобные условия содержались в отдельном документе, регламентирующем порядок продажи дополнительных услуг магазина.

Б. обратился к юристу за получением консультации.

Вопрос. *Какую консультацию должен дать юрист покупателю Б. в связи с возникшей ситуацией? Какие права имеют потребители в Индии, и какими нормативно-правовыми актами они регулируются? Имело ли место нарушение со стороны магазина прав потребителя Б.? Если да, то какие права Б. как потребителя были нарушены в данном случае? В чем заключается механизм защиты прав потребителей в Индии?*

Задача 11. Радж Капур приобрел в магазине бытовой техники Stuart стиральную машину. Доставка товара была осуществлена на следующий день. По прибытию товара, покупатель попросил грузчиков занести коробку в дом, но на просьбу осмотреть товар с целью удостоверения соответствия его договору и сказал, что у него нет на это времени, что он опаздывает на поезд, и не стал этого делать.

Через полгода он потребовал от компании-продавца забрать стиральную машину и вернуть за нее деньги, ссылаясь на то, что новая стиральная машина совершенно не сочетается с дизайном кухни.

Компания-продавец отказалась выполнить требования, сославшись на то, что отказ Раджа Капура от договора неправомерен.

Вопрос. *Как решить спор по праву Индии?*

Задача 12. Цяо Янь получила рассылку на электронный адрес от автомобильной компании о продаже машин марки «Great Wall Hover H5». После разговора с супругом Цяо оформила кредит на недостающую сумму и по истечению 5 дней отправилась в данную компанию для приобретения указанной машины. Однако в отделе продаж при заключении договора ей сообщили, что стоимость приобретаемой марки машины повышена на 15%, о чем ей сообщить не успели ввиду технических неполадок. Супруги решили обратиться в суд с целью принудить автомобильную компанию к заключению соглашения на первоначальных условиях.

Вопрос. *Какое решение примет суд при рассмотрении спора между сторонами согласно законодательству КНР?*

Задача 13. Чжан Сыюань был в гостях у своего школьного друга Цзинь Вэй, который был известным художником. Во время своего визита ему очень понравилась одна из его работ и во время ужина он предложил продать ему это полотно. Цзинь Вэй согласился продать другу работу и назвал цену. Прошла неделя после этого ужина, Сыюань думал о картине, но это приобретение было для него большой роскошью, которую он позволить себе не мог. Друзья вновь случайно встретились в магазине, и Цзинь Вэй сообщил, что его выставка с последними работами не пользуется успехом, а картина, о которой они говорили, теперь продается по более низкой цене. Вечером того же дня Сыюань написал на почту другу о том, что решил купить у него картину и вскоре получил ответ, что картину он может забрать по окончании выставки в конце месяца. В день закрытия выставки Сыюань отправился к другу, но тот сообщил, что эта картина им уже продана и предложил ему другие альтернативные работы. В результате такой ситуации Чжан Сыюань поссорился с другом и обратился в суд, отметив, что, по его мнению, договор между ними уже был заключен на условиях, обозначенных в электронных письмах.

Вопрос (задание). *Дайте определение оферты и акцепта. Какое решение вынесет суд по праву КНР?*

Задача 14. По договору продажи Сюй Цзя обязался передать покупателю Ли Сину антикварное бюро. Однако в процессе транспортировки грузовик, в котором перевозили бюро, из-за обледенения на дороге вылетел в кювет, в результате чего бюро было частично повреждено. После произведенного осмотра товара Ли Син отказался его принять и посчитал договор утратившим силу. Сюй Цзя настаивал на принятии покупателем товара, мотивируя это тем, что, во-первых, был заключен договор; во-вторых, хотя бюро несколько пострадало, им все еще можно пользоваться; а кроме того, хоть это произошло не по его вине, он готов сделать хорошую скидку с договорной цены.

Вопрос. *Кто прав? Если бы товар погиб полностью, мог бы Сюй Цзя претендовать на уплату его цены или части цены? Чем определяется переход к покупателю риска случайной гибели или повреждения товара, и как определяется момент перехода права собственности к покупателю?*

Задача 15. Стоматологическая клиника заключила договор о покупке стоматологических бормащин второго поколения для профилактики и лечения зубов. По этому договору продавец должен был поставить товар по частям, двумя партиями. Также договором было предусмотрено, что продавец должен отправить товар покупателю и отгрузить его.

По прибытии товара продавец не сразу известил покупателя (стоматологическую клинику) о том, что первая партия товара прибыла и уже отгружена, сделав это через неделю, – тогда же, когда отправил и вторую партию приборов.

Покупатель – стоматологическая клиника – после внешнего осмотра принял уже отгруженную первую партию товара без оговорок. На следующий день, когда приборы были привезены в клинику и осмотрены вторично более внимательно, оказалось, что поставленные приборы являются приборами первого поколения, что не соответствует договору и что, как отмечал покупатель, нельзя было предвидеть при первом осмотре, так как во

внешнем виде упаковки приборов первого и второго поколения существенных различий нет.

Стоматологическая клиника уведомила продавца о том, что она отказывается от принятой партии товара.

Вопрос. *Правомерным ли отказ стоматологической клиники от уже принятого товара? Какие права по общему праву есть у покупателя? Каковы последствия того, что продавец не уведомил покупателя об отгрузке товара? Ответьте на поставленные вопросы по праву Китая.*

Задача 16. А. и Б. заключили договор продажи без указания конкретной цены, но с тем условием, что они будут связаны договором только в случае определения или согласования цены. А. совершил передачу товара Б., но стороны так и не пришли к соглашению по поводу цены. Б. предложил А. принять оплату товара по разумной цене, существовавшей на момент передачи товара. А. принять оплату по разумной цене отказался и потребовал возвращения товара, ссылаясь на то, что стороны, как это указано в договоре, должны были определить цену по соглашению, а так как они этого не сделали, значит, и договор считается не заключенным.

Вопрос. *Как должен поступить Б.? Как должен поступить Б., если невозможно вернуть товар? (Решите задачу по праву ЮАР).*

Задача 17. Две компании с ограниченной ответственностью (Valenco PLC – заказчик и Sanders and bros. PLC – поставщик) заключили договор о поставке 30 тонн природной минеральной воды, добываемой в специальных горных источниках в ЮАР. Договор был заключен сроком на 9 месяцев. Согласно условиям договора заказчик обязался полностью оплатить услуги поставщика в течение 2 месяцев с момента подписания договора при условии, что поставщик должным образом будет исполнять свои обязанности – поставлять определенное количество воды заказчику каждый месяц. Спустя полгода (в течение которых поставщик исполнял свои обязанности перед заказчиком надлежащим образом) поставщик направил в адрес заказчика письмо, в котором сообщалось о невозможности исполнения обязательств по договору в связи с отзывом у заказчи-

ка лицензии на добычу воды. Получив данное сообщение, заказчик в ответ направил письмо, в котором просил поставщика вернуть оплаченную сумму по договору за оставшиеся 3 месяца, а также возместить расходы в связи с ненадлежащим исполнением обязательств в размере 11.000 южно-африканских ранд. Не получив ответа на данное письмо, заказчик обратился в суд.

В суде поставщик ссылался на прецедент по делу *Peters, Flamman and Company v. Kokstad Municipality* (истец) 1919 г. и утверждал, что ввиду отзыва лицензии компания не может фактически исполнить свои обязательства, в связи с чем, обязательства по договору поставки следует признать прекращенными из-за объективной невозможности их исполнения. В ответ на данный довод заказчик (истец по делу) утверждал, что применение вышеуказанного прецедента по настоящему делу невозможно, поскольку отзыв лицензии не означает, что поставщик вовсе не может исполнить свои обязательства, а лишь говорит об отсутствии должной осмотрительности со стороны поставщика (ответчика по делу) к порядку осуществления своей предпринимательской деятельности. Кроме того, выдача лицензии осуществляется органами государственной власти, и ее согласно законодательству ЮАР может получить любая организация, которая должным образом выполнит все необходимые условия для получения либо продления лицензии.

Вопрос. *Какое решение должен принять суд? Оцените доводы каждой стороны и дайте им правовую оценку.*

Задача 18. Г-н Дю-Плесси решил приобрести своей маме недорогой автомобиль. У знакомого их семьи г-на Мовеля был подержанный 10-летний «Рено», который он давно хотел продать. За машину он попросил 400 долл. – сумму, не большую для обеих сторон. Договор был заключен в устной форме, и автомобиль был передан г-же Дю-Плесси. Однако вскоре г-на Мовель попросил свой автомобиль обратно. Он обратился за помощью к адвокату г-ну Зумо, который заявил, что договор можно признать недействительным, поскольку не была соблюдена обязательная письменная форма договора. Г-н Мовель обратился в суд с просьбой расторгнуть договор купли-продажи.

Вопрос. *Как решит дело суд по праву Индии и ЮАР.*

Задача 19. Продавец обязался поставить покупателю 100 коробок роз. В договоре было условие об ограничении ответственности продавца за поставку товара ненадлежащего качества: при поставке товара с недостатками за покупателем признавалось право требовать замены товара или возврата покупной цены. Груз по ошибке при транспортировке был задержан, и товар пришел в место назначения в плохом состоянии. Покупатели предъявили иск с требованием к продавцу о возмещении всех убытков, включая упущенную выгоду, неустойку и т. д. Продавец ссылается на ограничение ответственности по договору и настаивает на том, что ответственность ограничена размером покупной цены.

Вопрос. *Допустима ли ситуация ограничения ответственности продавца по праву стран БРИКС? Какое решение примет суд?*

Задача 20. 13.06. 2013 г. в суд г. Дели (Индия) г-жа Аванти Сандал подала иск на туристическую фирму Dream of India. Суть дела была такова: в рекламе компании было обещано, что отдых будет происходить в соответствующем отеле, в Альпах, была обещана приятная компания, лыжные прогулки, чай с пирожными. Когда г-жа Сандал прибыла туда, там оказалась плохая погода, ожидается сход снежных лавин, поэтому лыжные прогулки были отменены, кроме нее в отеле находилось четыре человека, которые через неделю уехали, и она осталась одна. Отдых пропал. Когда г-жа Сандал вернулась в Индию, она предъявила иск о возмещении причиненных ей убытков, которые включали в себя: проживание в отеле и стоимость поездки туда и обратно, а также компенсацию за страдание, разочарование и крушение надежд на хороший отдых.

Вопрос. *Правомерны ли действия г-жи Сандал?*

Задача 21¹. Две компании, производящие телефонное оборудование, заключили соглашение об обмене патентами, рас-

¹ Задача приводится по кн.: Учебные задания к семинарским занятиям и индивидуальной работе по курсу «Торговое право зарубежных стран». Для студентов IV курса специальности «Юриспруденция» / сост. М.И. Кулагин, В.В. Безбах. – Изд. 2-е, испр. и доп. – М.: Изд-во РУДН, 2001. – С. 19. Авт. Переделка казуса отмечена [].

пределении рынков сбыта своей продукции и согласовании продажных цен. Стороны указали, что их соглашение нацелено на «повышение эффективности и снижение издержек производства на основе использования научных и технических достижений», и что при установлении цен они будут «учитывать конъюнктуру рынка, справедливые интересы потребителей продукции, не допуская дискриминации по отношению к отдельным из них».

Вопрос. *Соответствует ли такое соглашение положениям законодательства [стран БРИКС]? Какие последствия наступят для сторон, если их соглашение будет признано недействительным?*

Задача 22. В 1996 г. 3 крупнейших производителя стали в Бразилии, 2 из которых связаны перекрестными директоратами, через представителя Института стали Бразилии, сообщили в Секретариат экономического мониторинга о своей решимости в определенный день одновременно повысить до определенного уровня цены на изделия из стали. Объясняется это тем, что до 1992 г. устанавливаемые на сталелитейную продукцию цены подлежали государственному контролю, осуществляемому, в том числе, указанным Секретариатом. Несмотря на последовавшее со стороны представителей министерства финансов предупреждение о том, что такие действия будут признаны незаконными, производители повысили цены с разбросом цен по трем предприятиям не более 5%. А через год снова повысили цены, но на этот раз не уведомив об этом Секретариат.

Вопрос. *Как разрешить эту ситуацию?*

Задача 23. Секретариат экономического права (один из трех антимонопольных органов Бразилии) начал во исполнение своих полномочий сбор информации о правомерности рыночных действий предприятий четырех крупнейших авиалиний Бразилии, контролирующих совместно 100% рынка воздушных сообщений по маршруту Рио-де-Жанейро-Сан-Паулу.

Источником информации о рыночном поведении авиаперевозчиков служили небольшие заметки в газетах, сообщавшие о встречах руководителей указанных предприятий, в ходе кото-

рых, предположительно, обсуждались будущие слияния, а пятью днями позже – о повышении на 10% цен на авиабилеты по указанному маршруту. Проанализировав стоимость приблизительно 10 тыс. авиабилетов, проданных в течение нескольких дней с момента проведения указанной встречи, представители Секретариата пришли к выводу, что, несмотря на незначительные различия в ценах на стандартные билеты, в целом прослеживалось повышение цен в среднем на 10%.

Представителей авиалиний попросили объяснить, чем обусловлено такое повышение цен. Полученные объяснения никак не касались параллельного поведения или повышения цен предприятиями-конкурентами. В оправдание своего поведения они ссылались на то, что следовали за предприятием – ценовым лидером (американской компанией Airline Tariff Publishing Co.), опубликовавшим в Интернете информацию о ценовой политике и повышении цен воздушного сообщения в США и за рубежом.

Вопрос. *Соответствует ли рыночное поведение рассматриваемых предприятий бразильских авиалиний положениям антимонопольного законодательства Бразилии? Будет ли в отношении этих предприятий начата административная процедура по обвинению в сговоре об установлении цен?*

Задача 24. Бразильское предприятие Rio Grande Ltda., осуществляющее прокат видеофильмов и владеющее несколькими кинотеатрами в центре г. Натал, обвинило группу компаний Columbia Tristar, United International Pictures, Fox и Warner Bros. в отказе предоставлять ей фильмы для проката в ее кинотеатрах. Такой отказ Rio Grande Ltda. объясняло недобросовестным поведением, поскольку в это время фильмы предоставлялись его конкуренту – крупнейшей в Бразилии группе предприятий, занимающихся кинопрокатом – Siveriano Ribeiro, также располагавшей рядом кинотеатров в этом городе.

Ответчики (поставщики) мотивировали свое поведение прямой зависимостью размера кассовых сборов более удобным для потребителей местонахождением, технической оснащённостью кинотеатров и, следовательно, уровнем, на котором осуществляется демонстрация фильмов, указывая, что именно это повлияло на выбор, сделанный ими в пользу Siveriano Ribeiro.

Иными словами, вполне логично выбрать более оснащенные кинотеатры, способные привлечь большее число потребителей, а поскольку прокат фильмов имеет целью получение прибыли, в таких кинотеатрах ее получить легче.

В ходе расследования Административным советом по защите экономики (одним из трех антимонопольных органов Бразилии) были выявлены следующие обстоятельства: ни один из поставщиков не занимал доминирующее положение на рынке, т. е. концентрация рынка была низкой; структура рынка характеризовалась неустойчивостью, так как положение поставщиков полностью зависело от успешности проката фильмов; входные барьеры на рынок также были признаны низкими, поскольку имелась потенциальная возможность для действия на рынке альтернативных поставщиков аналогичного товара.

Вопрос. *Какое решение принял Административный совет по защите экономики Бразилии?*

Задача 25. Согласно существующей в Бразилии практике, работодатель выдает работникам талоны на питание (meal vouchers) и заключает с предприятием общепита договор, согласно которому оно обязуется кормить лица по талонам, которые позже предъявляются работодателю для оплаты.

Предприятие Valer Alimentação Servisios Ltda., изготовлявшее такие талоны, заключило с несколькими супермаркетами соглашения об уменьшении периода времени для оплаты предъявленных ей талонов, а супермаркеты обязались не принимать талоны других предприятий. В ходе рассмотрения дела Административный совет установил, что при заключении таких договоров Valer Alimentação не имело намерения занять доминирующее положение на рынке талонов на питание. Исследование структуры рынка показало, что его концентрация весьма значительна, а рыночная доля указанного предприятия мала, входные барьеры низки, и несколько супермаркетов действительно заключили такие соглашения.

Вопрос. *Имеется ли в действиях предприятия Valer Alimentação нарушение бразильского закона о защите экономического порядка 1994 г.?*

Задача 26. Профсоюз и ассоциация предприятий, выпускающих хлебобулочные и кондитерские изделия г. Сан-Паулу, обвинила производителя мороженого KIBON¹ в том, что в прайс-листе, представляемом перепродавцам его продукции, он устанавливал цены, которых последние обязаны были придерживаться, что составляло, по их мнению, правонарушение в смысле п. XI ст. 21 Закона Бразилии № 8.884.

Вопрос. Как квалифицировать описанную ситуацию по праву Бразилии?

Список рекомендуемой литературы, нормативные акты и документы

А) На русском языке

На бумажном носителе

Основная литература

1. Национальные особенности и перспективы унификации частного права стран БРИКС: учебник: в 2 т. – Т. 1 / К.М. Беликова, В.Ю. Ифраимов, М.А. Ахмадова, Ц.А. Буджаева (Бегджиева) и др.; под ред. д.ю.н., проф. К.М. Беликовой. – М.: РУДН, 2015. – 595 с.

Дополнительная литература

1. *Баринов Н.А., Козлова М.Ю.* Антимонопольное законодательство РФ (вопросы теории и практики). – Волгоград: Изд-во Волгоградского гос. ун-та, 2001.

2. *Бевеликова Н.М.* Законодательство Китайской Народной Республики в сравнительно-правовом измерении // Законодательство и экономика. – 2012. – № 4. – С. 72–79.

3. *Безбах В.В., Беликова К.М.* Актуальные вопросы договорного права и их отражение в гражданских кодексах стран

¹ Administrative Proceeding (PA) 148/94 – Complainants: Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo and Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Defendant: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. – KIBON – 5 November 1997.

Латинской Америки // Право стран Латинской Америки: кодификация материального и процессуального гражданского права: монография / под ред. проф. В.В. Безбаха и проф. В.Ф. Поньки. – М.: РУДН, 2013. – С. 222–301 (482 с.).

4. *Безбах В.В., Беликова К.М.* Заключение, исполнение и прекращение договора в странах Латинской Америки // Адвокат. – 2012. – № 6. – С. 56–72.

5. *Беликова К.М.* Кодификация в странах Латинской Америки: тенденция к унификации частноправового регулирования (на примере проекта гражданского кодекса Аргентины 1998 г.). // Современное право. – 2012. – № 9. – С. 144–150.

6. *Беликова К.М.* Положения правовых актов и правоприменительная практика о горизонтальных соглашениях, ограничивающих торговлю, Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 1. – С. 31–42.

7. *Беликова К.М.* Правоприменительная практика Европейского Союза и стран Южноамериканского общего рынка – Аргентины, Бразилии и Перу о вертикальных соглашениях, ограничивающих торговлю, на примере связывающих контрактов, отказа в продаже товаров или предоставлении услуг и установления цен перепродажи // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2006. – № 3 (6). – С. 77–89.

8. *Беликова К.М.* Правовая охрана конкуренции: специфика объекта исследования // Современное право. – 2006. – № 9 (1). – С. 14–21.

9. *Беликова К.М.* Правовое регулирование торгового оборота и кодификация частного права в странах Латинской Америки: монография. – М.: Юстицинформ, 2010. – 480 с.

10. *Беликова К.М.* Развитие принципов договорного права в Европе // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2007. – № 2. – С. 59–67.

11. *Беликова К.М.* Тенденция к унификации частноправового регулирования в странах Латинской Америки на примере *Esboço do Código civil* 1856–1865 гг., ГК 1916 г. и ГК 2002 г. Бразилии // Право и политика. – 2013. – № 2. – С. 182–191.

12. *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Заключение, исполнение и прекращение договора в праве Южно-Африканской Республики // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». – 2014. – № 1. – С. 208–217.

13. *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Место договора в правовой доктрине и практике ЮАР: истоки и развитие // Африка: слагаемые современного развития – Ежегодник–2014 (Africa: Components of Contemporary Development: Yearbook – 2014): сб. статей / под ред. Н.С. Кирабаева, Л.В. Пономаренко, В.И. Юртаева, Е.А. Долгинова. – М.: РУДН, 2014. – С. 142–154 (312 с.).

14. *Беликова К.М., Ифраимов В.Ю.* Трудовые отношения в странах БРИКС: источники правового регулирования // Нравственные императивы в праве. – 2012. – № 3. – С. 91–99.

15. *Белов В.А.* Гражданское право. – Т. 2. – М.: Юрайт, 2012.

16. *Белов В.А.* Чертова дюжина вопросов (о судьбе института недействительности сделки) // Корпоративный юрист. – 2005. – № 4. – С. 27–29.

17. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право Книга Первая. Общие положения. – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут, 2000.

18. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. – Кн. первая. Общие положения. – Изд. 3-е. – М.: Статут, 2000–2006.

19. *Ван Чжихуа.* Влияние советского права на право КНР. // Государство и право. – 2010. – № 4. – С. 71–80.

20. *Варавенко В.Е.* Становление и развитие договорного права Китайской Народной Республики // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2012. – № 2. – С. 37–41.

21. *Витрянский В.В.* Гражданский кодекс о договоре // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 1995. – № 10. – С. 100 и сл.

22. *Ву Тхи Лан Ань.* Заключение и исполнение предпринимательского договора в социалистической республике Вьетнам: дис. ... к.ю.н. – М., 2007.

23. *Гаджиев Г.А.* Экономическая конституция. Конституционные гарантии предпринимательской (экономической) деятельности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. – 2009. – № 1. – С. 4 и сл.

24. *Гамбаров Ю.С.* Недействительность сделок: ничтожные и оспоримые сделки. // Закон. – 2010. – № 11. – С. 165 и др.
25. Гражданский кодекс Российской Федерации. – Ч. 1: Научно-практический комментарий / отв. ред. Т.Е. Абова, А.Ю. Кабалкин, В.П. Мозолин. – М., 1996. – С. 627.
26. Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. – Т. I. – М.: Международные отношения, 2004.
27. Гражданское и торговое право зарубежных стран: учебное пособие / под общ. ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. – М.: МЦФЭР, 2004.
28. Гражданское и торговое право капиталистических стран: учебное пособие / под ред. В.П. Мозолина и М.И. Кулагина. – М.: Высшая школа, 1980.
29. Гражданское право России. Общая часть. Курс лекций / отв. ред. О.Н. Садилов. – М., 2001.
30. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. – М.: Междунар. отношения, 1996.
31. Договор страхования имущества // Основные институты гражданского права зарубежных стран / отв. ред. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2009. – С. 671–794.
32. *Еременко В.И.* Антимонопольное законодательство Китайской Народной Республики. // Конкурентное право. – 2012. – № 1. – С. 23–28.
33. *Жидков О.А.* Законодательство о капиталистических монополиях // Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. – М.: Норма, 2006.
34. *Жидков О.А.* США: антитрестовское законодательство на службе монополий. – М.: Наука, 1976.
35. *Залесский В.В.* Законы природы и законы юридические // Журнал российского права. – 2007. – № 10. – С. 35–41.
36. *Зинченко С.А., Галлов В.В.* Сделка и ее недействительность в доктрине, законодательстве, правоприменении // Законы России. – 2009. – № 4. – С. 90–101.
37. История Китая: учебник / под ред. А.В. Меликсетова. – М., 2007.
38. *Ифраимов В.Ю.* Трудовой договор и некоторые условия труда в праве стран БРИКС // Актуализация процесса взаимо-

действия стран БРИКС в экономике, политике, праве: Материалы Научного семинара (Москва, 9 октября 2012 г.) / отв. ред. и сост. К.М. Беликова. – М.: Сенат Пресс, 2012. – С. 229–234.

39. *Киселев И.Я.* Зарубежное трудовое право: учебник для вузов. – М.: НОРМА (ИГ Норма-Инфра-М), 2000.

40. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / отв. ред. О.Н. Садилов. – М., 1996. – С. 416.

41. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садилова. – М., 1997.

42. *Крашенинников Е.А.* К вопросу о «собственности на требование» // Очерки по торговому праву. – Вып. 12. – Ярославль, 2005. – С. 34 и др.

43. *Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В.* Заключение договора. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2013. – № 5. – С. 60 и др.

44. *Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В.* Оговорка о сохранении права собственности // Вестник ВАС РФ. – 2011. – № 9. – С. 43 и др.

45. *Кулагин М.И.* Основные направления развития буржуазного договорного права // Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: Сборник нормативных актов. Обязательственное право: учеб. пособие / под ред. В.К. Пучинского, М.И. Кулагина. – М.: Изд-во УДН, 1989. – С. 11 и др.

46. *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа: Юридический аспект. – М., 2005.

47. *Лукас Агусто Коста Лазота.* Принципы, составляющие основу систем договорного права Бразилии и иных стран Латинской Америки: дис. ... к.ю.н. – М., 2014.

48. *Маковский А.Л.* О концепции первой части гражданского кодекса // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 1995. – № 4. – С. 85–90.

49. *Мозолин В.П.* Законодательство о монополиях и ограничительной торговой практике // Личность, право, экономика современной Индии. – М.: Наука, 1979. – С. 167–171.

50. *Нерсесянц В.С.* От социализма к цивилизму: свобода, право, собственность // Собственность: право и свобода. – М.: Изд-во ИГП РАН, 1992. – С. 3–13.

51. *Нюняев В.О.* Правовое регулирование рекламной деятельности: дис. ... к.ю.н. – СПб, 2008.
52. *Вильямс Д., Самонд Д.* Основы договорного права / пер. с англ. С.А. Андрианов, В.В. Зайцева; под ред. Е.А. Флейшиц. – М.: Иностран. Лит-ра, 1955.
53. *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут, 2001.
54. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник / отв. ред. А.Я. Сухарев. – М.: НОРМА, 2003.
55. *Романцев Ю.В.* Свобода договора (нравственно-юридический аспект) // Гражданское право. – 2013. – № 3. – С. 31 и др.
56. Российское гражданское право / под ред. Е.А. Суханова. – Т. 2. – М.: Статут, 2010.
57. *Румянцев М.Б.* Правовое регулирование отношений из причинения вреда источником повышенной опасности в РФ и США: дис. ... к.ю.н. – М., 2013.
58. Русское гражданское право. Чтения Д.И. Мейера. Общая часть. – СПб, 1862.
59. *Святош Ю.М.* Регулирование ограничительной практики и внешнеторговые операции // Внешняя торговля. – 1989. – № 7. – С. 43–46.
60. *Соловьева С.В.* Основные институты обязательственного права правовой системы США. – М.: Норма, 2007.
61. *Таль Л.С.* Трудовой договор: Цивилистическое исследование. – Ч. II. – Ярославль, 1918.
62. *Тотьев К.Ю.* Конкуренция и монополия. Правовые аспекты регулирования: учеб. пособие. – М.: Юрист, 1996.
63. *Шеломов Б.А., Кучма М.И., Костян И.А. и др.* Трудовой кодекс Российской Федерации в схемах и таблицах. – М.: МЦФЭР, 2003. – 416 с.
64. *Тузов Д.О.* Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике: дис. ... д.ю.н.: 12.00.03. – Томск, 2006. – 365 с.
65. *Фан Ши Хиен.* Проблема составления типового договора для Вьетнамской Корпорации Энергии (VNPT). Научное исследование Института почтовой экономики. – Ханой, 2005.

66. *Флейшиц Е.А.* Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. – М.: Юридик. изд-во Минюста СССР, 1948.

67. *Флейшиц Е.А.* Торгово-промышленное предприятие в праве западноевропейском и РСФСР. – Л., 1924.

68. *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. – М.: Изд-во АН СССР, 1959.

69. *Хейфец Ф.С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. – М.: Юрайт, 1999.

70. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. – Т. 2. – М.: Международные отношения, 1998.

71. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. – М., 1995.

72. Экономическая реформа в КНР. Преобразования в городе. 1985–1988: Документы / редкол.: Л.Д. Бони, В.Е. Данилов и др.; пер. Д.Л. Адамова, И.А. Балюк и др; ред. В.С. Свиткова. – М.: Наука, Вост. лит., 1993. – 312 с.

73. *Яковлев В.Ф.* Гражданский кодекс РФ: развитие общих положений гражданского права // Кодификация российского частного права / под ред. Д.А. Медведева. – М.: Статут, 2008. – С. 51.

Нормативные акты и документы

74. Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ // Российская газета. – 12.01.2005. – № 1.

75. Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» // Российская газета. – 7.04.1992 (в ред. ФЗ от 5.05.2014 № 112-ФЗ).

76. Постановление Правительства РФ от 30 декабря 1994 г. № 1445 // СЗ РФ. – 1995. – № 2. – Ст. 152.

77. Изменения в ГК РФ согласно ФЗ от 07.05.2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразд. 4 и 5 разд. I ч. 1 и ст. 1153 ч. 3 ГК РФ» об основаниях и о последствиях недействительности сделок // СЗ РФ от 13.05.2013 № 19 ст. 2327.

78. Изменения в ГК РФ согласно ФЗ от 30.12.2012 №-302-ФЗ «О внесении изменений в гл. 1–4 ч. 1 ГК РФ», вступившие в силу с 1.03.2013 // Российская газета. – 11.01.2013. – № 3.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

79. Ансон В. Договорное право / пер. с англ.; под общ. ред. и с предисловием О.Н. Садикова. – М.: Юридическая литература, 1984. URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z1392.html (дата обращения: 29.08.2013).

80. Беликова К.М. Аугусто Тейшера Фрейтас // Развитие научной мысли в персоналиях: политико-правовой аспект. – Саарбрюккен (Германия): LAPLAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG, 2011. – С. 48–51 (104 с.). URL: <https://www.lap-publishing.com/catalog/details/store/gb/book/978-3-8473-0950-5/Развитие-научной-мысли-в-персоналиях>: (дата обращения: 16.09.2014).

81. Беликова К.М. Договорное право стран БРИКС: опыт Бразилии в свете новой парадигмы построения частноправового регулирования (перепечатка) // Вопросы российского и международного права. – 2012. – № 9–10. – С. 58–85. URL: <http://www.publishing-vak.ru/archive-2012/law-9.htm> (дата обращения: 16.09.2014).

82. Беликова К.М. Правовой режим защиты прав потребителей в странах МЕРКОСУР: некоторые аспекты информационной безопасности // Вестник калмыцкого университета. – 2012. – № 4 (16). – С. 107–113. URL: http://kalmsu.ru/files/dokument2011/p_k_2012/Vestnik_1_2/vestnik_4.pdf (дата обращения: 16.09.2014).

83. Беликова К.М. Социально-ориентированные императивы в латиноамериканских гражданских кодексах // Нравственные императивы в праве. – 2011. – № 3. – С. 39–46. URL: http://moscou-ecole.ru/lib/nrav_imp/nravstvennye_imperativy_v_prave_2011_n_3.pdf (дата обращения: 16.09.2014).

84. Большая советская энциклопедия. URL: http://bse.chemport.ru/formulyarnoe_pravo.shtml (дата обращения: 18.09.2014).

85. В ФАС раскрыли картельный сговор на рынке соли. 26.02.2013. URL: <http://pasmi.ru/archive/73973> (дата обращения: 24.08.2014).

86. Варавенко В.Е. Толкование гражданско-правового договора в праве Китая и России // ЕврАзЮж (Гражданское пра-

во). – 2012. – № 7 (50). URL: http://www.eurasialaw.ru/index.php?option=com_jcontentplus&view=article&id=3345:2012-08-10-09-15-42&catid=151:2010-08-18-06-09-43&Itemid=196 (дата обращения: 18.09.2014).

87. *Дроздов М.В.* Договор в правовой системе современного Китая. Электронная библиотека ДВГУ. 1999. URL: http://asiaracific.narod.ru/countries/china/dogovor_china.htm (дата обращения: 18.09.2014).

88. *Казьмин Д., Фиалко А., Никольский А.* Уголовный уголь // Ведомости. – № 2 (2768). – 12.01.2011. URL: http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/252948/ugolovnyj_ugol (дата обращения: 24.08.2014); http://en.fas.gov.ru/news/news_31148.html

89. *Мамедова Э.О.* Договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии: автореф. дис. ... к.ю.н. – СПб, 2009. URL: http://discollection.ru/article/07092010_mamedova_elmira_oktaevna_88744/2 (дата обращения: 18.09.2014).

90. *Махров А.В.* О защите прав потребителей в Китае (правовой аспект) (по инф. Торгпредства России в КНР). URL: http://www.russchinatrade.ru/assets/files/ru-useful-info/O_zatshite_prav_potrebiteley.pdf (дата обращения: 22.08.2014).

91. Порядок заключения договора энергоснабжения. URL: http://www.energo-konsultant.ru/sovets/yuridicheskim_licam/zakluchenie_dogovora_energосnabgeniya/kak_zakluchit_dogovor_energосnabgeniya (дата обращения: 18.09.2014).

92. *Сонин В.В.* Очерк истории обязательственного права Китая // Договор в китайском праве: Сб. докум. / пер. с кит. сост. М.В. Дроздов. – Владивосток. 1996. URL: <http://www.russianshanghai.com/articles/post255> (дата обращения: 18.09.2014).

93. *Тихомиров Ю.А.* Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. – 1990. – № 5. – С. 27–35. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=156587> (дата обращения: 16.09.2014).

94. *Хохлов Е.Б.* К понятию трудового договора и договора найма труда // Правоведение. – 1998. – № 2. – С. 122–127. URL: <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=145146> (дата обращения: 18.09.2014).

95. *Цыпленкова А.В.* Сфера применения договоров присоединения // Договор присоединения как особая категория гражд-

данского права: дис. ... к.ю.н.: 12.00.03 – М., 2002. – 202 с.
URL: <http://aldebaran.com.ru/publications/8396> (дата обращения: 18.09.2014).

96. Что учесть в работе уже сегодня. // Арбитражная практика. – 2013. – № 8. URL: http://www.arbitr-praktika.ru/arhiv/137_avg_2013/topic1748_izmeneniya_v_gk_rf_vstupaut_v_silu_v_sentyabre_chno_uchest_v_rabote_uje_segodnya.html (дата обращения: 23.02.2014).

Нормативные акты и документы

97. Закон КНР о договорах (принят 15.03.1999 г. на второй сессии девятого созыва ВСНП). Указ Председателя КНР № 15 / пер. с кит. Консалтинговой группы «Окно в Китай». URL: <http://www.legal-way.ru/civ02.php> (дата обращения: 18.09.2014).

98. Закона КНР о трудовом договоре 2007 г. URL: http://chinalawinfo.ru/social_law/law_labour_contract/law_labour_contract_ch1 (дата обращения: 18.09.2014).

99. Закона о труде 1994 г. КНР. Принят на 8-м заседании Постоянного комитета ВСНП восьмого созыва 5 июля 1994 г. URL: http://chinalawinfo.ru/social_law/law_labour (дата обращения: 18.09.2014).

Б) На иностранном языке

На бумажном носителе

Дополнительная литература

100. *Black A.J.* Undue influence and unconscionability in contracts and the equitable remedy of rescission in Canada // *New England Journal of International and Comp. Law.* – 2011. – V. XVII.

101. *Borges J.E.* Curso de direito comercial terrestre. – 2^a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1964.

102. *Bulgarelli W.* Direito Comercial. – 15^a Edição. – São Paulo: Atlas, 2000.

103. *Du Plessis, Jacques et al.* The Law of Contract in South Africa / Ed. by Dale Hutchison, Chris-James Pretorius, Mark Townsend and Helena Janisch. – Cape Town, Western Cape: Oxford University Press, 2010.

104. *Farlam I.G., Hathaway E.W.* A casebook on the South African law of contract. – Juta, 1979.
105. *Farlam and Hathaway.* Contract: cases, materials and commentary. Lubbe G.F. and Murray C.M. (Eds). – 3rd ed. – Cape Town: Juta and Co., 1988. – 825 p.
106. *Frontini P.S.* Unificação do Direito Privado: mais de um século de polêmica (ou a réplica dos fatos contra os doutores) // Revista do Advogado, Associação dos Advogados. – São Paulo, pág. 88 et. seq.
107. *Hutchison D., Pretorius C-J. et al.* The Law of Contract in South Africa. – 1st ed. – South Africa: Oxford University Press, 2009.
108. *Karam Munir.* Teixeira de Freitas e o processo de codificação do direito civil brasileiro // Revista de Direito Civil: imobiliário, agrário e empresarial. – São Paulo, 1984. – V. 8. – № 29. – P. 95–112.
109. *Kerr A.J.* The Principles of the Law of Contract. – 6th ed. – Butterworths: Durban, 2002.
110. *Millin Philip, Wille George.* Law of South Africa. Coaker J.F. & Zeffertt D.T. (Eds.). – 18th ed. – 1984.
111. *Sasha-Lee Afrika and Sascha-Dominik Bachmann.* Cartel regulation in three emerging BRICS economies: cartel and competition policies in South Africa, Brazil, and India – a comparative overview // The International Lawyer. A Quarterly Publication of the ABA/Section of International Law. – Winter 2011. – Vol. 45. – № 4. – P. 975–1003.
112. Southern cross: civil law and common law in South Africa / Ed. by Richard Zimmermann and Daniel Visser. – Oxford University Press, 1996. – P. 166–173.
113. *Wessels J.W.* The law of contract in South Africa. – 1951. – P. 12–24.

Из сети Интернет

Дополнительная литература

114. Before the Competition Commission of India. – New Delhi. Case № 01 of 2009. Date of order: 25 May, 2011. URL:

<http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/FICCIOrder260511.pdf> (accessed 12/03/2014).

115. *Belikova K.* Concept and Different Types of Restrictive Business Practices in the Legal Orders of BRICS Countries (the Case of China, India, Russia and South Africa) (January 25, 2014). URL: <http://ssrn.com/abstract=2444669> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2444669> (дата обращения: 11.05.2014).

116. *Belikova K.* General approaches of BRICS countries legislation and legal order to counteraction against leading anticompetitive market strategies: the case of China, India, Russia and South Africa // *Boletín Latinoamericano de Competencia – Boletim Latino-Americano de Concorrência*. – Mayo 2014. – №35 (extra). – P. 1–35. URL: <http://lalibrecompetencia.com/boletin-latinoamerica-no-de-competencia/2014> (дата обращения: 11.05.2014).

117. *Bibek Debroy.* The State of Economic Freedom in India. – 2010. – P. 15–22. URL: <http://www.cato.org/economic-freedom-india/Chapter1.pdf> (дата обращения: 21.08.2014).

118. *By Liu Yang.* Chinese competition policy // *Boletín Latinoamericano de Competencia*. – 2006. – № 22. – P. 25–31. URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc> (дата обращения: 18.09.2014).

119. *Deneys Reitz.* Freedom of contract and the Consumer protection act. 10 March 2011. URL: <http://www.fanews.co.za/article/legal-affairs/10/general/1120/freedom-of-contract-and-the-consumer-protection-act/9217> (дата обращения: 23.08.2014).

120. *Dickinson S.* The three rules for your china contract. April 24th, 2013. URL: <http://www.chinalawblog.com/2013/04/the-three-rules-for-your-china-contract.html> (дата обращения: 18.09.2014).

121. Difference between executory executed and past consideration? URL: http://www.answers.com/Q/Difference_between_executory_executed_and_past_consideration (дата обращения: 16.09.2014).

122. *Elsabe van der Sijde.* The role of good faith in the South African law of contract. October 2012. URL: <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-08212013-171921/unrestricted/dissertation.pdf> (дата обращения: 22.08.2014).

123. Essential Elements of a Contract. India. URL: http://business.gov.in/manage_business/contracts_elements.php (дата обращения: 18.09.2014).

124. Free consent [under Indian Contract Act 1872]. URL: <http://cec.sakshat.ac.in/cec/B.Com/NMEICT-COMMERCE1/Business-Regulatory-Framework/Free-Consent/content/downloads/script.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

125. *Kimel D.* From promise to contract: towards a liberal theory of contract. Hart Publishing. 2003. – 149 p. URL: http://books.google.ru/books/about/From_Promise_to_Contract.html?id=dydaH HjGSzYC&redir_esc=y (дата обращения: 18.09.2014).

126. *Lokesh Rajpal.* Unfair terms in contract and legal remedy available in India. 2010/05/13. URL: <http://corporatelaws.wordpress.com/2010/05/13/unfair-terms-in-contract-and-legal-remedy-available-in-india> (дата обращения: 21.08.2014).

127. *Lynn Berat.* South African contract law: the need for a concept of unconscionability // Int'l & Comp. L. Rev. – 1992. – № 3 (507). URL: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1246&context=ilr> (дата обращения: 18.09.2014).

128. *Martinez M.L., Quintana E.S.* Contratos de exclusividad y ventas atadas. Cuando lo atado es la exclusividad // Boletín Latinoamericano de Competencia. – Noviembre 1998. – № 5. – Part 1. – P. 51–60. URL: http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletín_3_1_es.pdf (дата обращения: 29.05.2015).

129. *Pierre De Vos.* Freedom of contract no more: South Africa's Constitutional Court and the horizontal application of the Bill of Rights. February 22nd, 2008. URL: <http://www.thecourt.ca/2008/02/22/freedom-of-contract-no-more-south-africa%E2%80%99s-constitutional-court-and-the-horizontal-application-of-the-bill-of-rights> (дата обращения: 22.08.2014).

130. *Wang Liming, Xu Chuanxi.* Fundamental principles of China's Contract Law // Columbia Journal of Asian Law. – 1999. – P. 1–34. URL: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liming-chuanxi.html> (дата обращения: 20.08.2014).

131. What is Law? Study Note – 1: Indian Contract Act, 1872 / Ed. by Ms. Educonz Pvt. Ltd. Law & Audit. URL: http://www.educonz.com/download/law_audit.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

132. What is meant by «Anticipatory breach of contract» and when does it occur? URL: <http://www.inbrief.co.uk/contract-law/anticipatory-breach-of-contract.htm> (дата обращения: 18.09.2014).

133. *Winfield P.H.* Public policy in the English common law // *Harvard Law Review*. – Nov., 1928. – Vol. 42. – № 1. – P. 76–102. URL: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1330010?uid=3738936&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21104078685271> (дата обращения: 22.08.2014).

134. *Zhang Xuezhong*. Chinese contract law: a brief introduction. URL: http://www.lfip.org/laws827s07/documents/zhang/Chinese_Contract_Law_1.ppt (дата обращения: 18.09.2014).

Нормативные акты и документы

135. § 1–201. General Definitions // *Uniform Commercial Code*. USA. URL: <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201> (дата обращения: 18.09.2014).

136. Alienations of Land Act № 68 of 1981 (as amended by Act № 103 of 1998). South Africa // *Government gazette*. – 27 November of 1998. – Vol. 401. – № 19517. URL: http://saflii.org/za/legis/num_act/aolaa1998237.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

137. Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei № 5.452, de 1º de maio de 1943 (в ред. Lei n 13.015, de 21 de julho de 2014) // *DOU*. – 09.08.1943. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13015.htm (дата обращения: 05.05.2015).

138. Consumer Protection Act № 68 of 2008. № 68 of 2008. South Africa // *Government gazette*. – 29 April of 2009. – Vol. 526. – № 32186. URL: http://www.saflii.org/za/legis/num_act/cpa2008246.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

139. Consumer protection. Reference note № 1/RN/Ref./2013. URL: <http://164.100.47.134/intranet/ConsumerProtection.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

140. Contract Law of the People's Republic of China (adopted at the 2nd Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999 and promulgated by Order № 15 of the President of the People's Republic of China on March 15, 1999). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm (дата обращения: 22.08.2014).

141. Deeds Registries Act № 47 of 1937 (as amended by Act № 5 of 2006). South Africa. URL: <http://www.ruraldevelopment>.

gov.za/phocadownload/Acts/deeds%20registries%20act%2047%20of%201937.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

142. Eighty-ninth Report of The Law Commission of India on the Limitation Act. 1963. February 28, 1963 // D.O. № F.2(6) / 82 LC. URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in/51-100/Report89.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

143. Electronic Communications and Transactions Act № 25 of 2002. South Africa // Government gazette. – August of 2002. – Vol. 446, 2. – № 23708. URL: <http://www.doc.gov.za/documents-publications/acts.html?download=33:electronic-communications-and-transactions-act-2002> (дата обращения: 18.09.2014).

144. General Law Amendment Act № 50 of 1956 // Department of Justice and Constitutional Development of Republic of South Africa. URL: <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1956-050.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

145. Indian Contract Act. Summary of key points. URL: <http://www.netlawman.co.in/ia/indian-contract-act> (дата обращения: 18.09.2014).

146. Indian employment law, labour law and contract law. MS Shyan SDE (Admn). URL: <http://www.rttcrajpura.bsnl.co.in/emagazine/General/Labour%20Laws.ppt> (дата обращения: 21.08.2014).

147. Labour Law of the People's Republic of China (adopted at the 8th Meeting of the Standing Committee of the 8th National People's Congress on July 5, 1994 and promulgated by Order № 28 of the President of the People's Republic of China). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383754.htm (дата обращения: 21.08.2014).

148. Lei № 8.078 del 11.09.90 – Código de Defesa do Consumidor. Brazil. // DOU 12.09.1990, Suplemento. URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm (дата обращения: 16.09.2014).

149. Ley № 24.240 – La Ley de Defensa del Consumidor comentada por consumidores. Argentina. URL: <http://proconsumer.org.ar/index.php/2011-08-15-07-10-58/80-proconsumer/108-ley-de-defensa-del-consumidor> (дата обращения: 16.09.2014).

150. National Credit Act № 34 of 2005. № 34 of 2005. South Africa // Government gazette. – 15 March of 2006. – Vol. 489. – № 28619. URL: http://www.transunion.co.za/za/docs/NATIONAL_CREDIT_ACT.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

151. Report of the Working Group on Labour Laws and Other Labour Regulations. Government of India. Planning Commission. New Delhi. 8.3.2006. URL: http://planningcommission.nic.in/aboutus/committee/wrkgrp11/wg11_rplabr.pdf (дата обращения: 22.08.2014).

152. Russia. Report of the Federal Antimonopoly Service on competition policy in 2012. 01, 2013. URL: http://en.fas.gov.ru/reports-and-analytics/reports-and-analytics_30982.html (дата обращения: 12.03.2014).

153. South African Law Reform Commission Act № 19 of 1973 // Department of Justice and Constitutional Development of Republic of South Africa. URL: http://www.justice.gov.za/salrc/docs_gen/1973_19_South%20African%20Law%20Reform%20Commission%20Act.pdf (дата обращения: 10.04.2013).

154. The Indian Contract Act, 1872. Act № 9 of 1872 1 [25 April, 1872]. URL: <http://www.indiankanoon.org/doc/171398/> (дата обращения: 16.09.2014).

155. The Labor Contract Law of the People's Republic of China (adopted at the 28th Meeting of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of the China on June 29, 2007, and promulgated by Order № 65 of the President of the People's Republic of China). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471106.htm (дата обращения: 21.08.2014).

156. The Limitation Act, 1963. URL: <http://www.vakilno1.com/bareacts/limitationact/limitationact.html> (дата обращения: 18.09.2014).

157. The Consumer Protection Act, 1986 & Rules, 1987. India. URL: http://dc-siwan.bih.nic.in/Consumer_Act.pdf (дата обращения: 18.09.2014).

158. Thirteenth Report of the Law Commission of India (Contract Act, 1872). – New Delhi, September 26, 1958. URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in/1-50/Report13.pdf> (дата обращения: 20.08.2014).

Перечень судебных решений

159. *Conradie v. Rossouw*. 1919 AD 279 at. 324. Цит. по: *Rautenbach Frans*. The history of the Cape Provincial Division //

Advocate. – April 2010. – P. 35. URL: <http://www.sabar.co.za/law-journals/2010/april/2010-april-vol023-no1-pp34-36.pdf> (дата обращения: 18.09.2014).

160. *Coutts v. Jacobs*. 1927 EDL 120.

161. *Golden Cape Fruits v. Fotoplate*. 1973 (2) SA 642 (C).

162. *Grootchwaing Salt Works v. Van Tonder*. 1920 AD 492.

163. *Hodgson Brothers v. South African Railways and Harbours*. 1928 CPD 257. Цит. по: Law of contract. A – 2012. URL: <https://www.ru.ac.za/media/rhodesuniversity/content/law/documents/10-students/2012courseoutlines/Law%20of%20Contract%20A.pdf> (дата обращения: 18.09.2014)

164. *Peters, Flamman and Company v. Kokstad Municipality*. 1919 AD 427.

165. *Sasfin (Pty) Ltd. v. Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) 8; *Bank of Lisbon and South Africa Ltd. v. De Ornelas* 1988 (3) SA 580 (A) 601; *Eerste Nationale Bank van Suidelike Africa Bpk v. Saayman NO* 1997 (A) SA 302 (SCA), 2002 (4) SA 1 (SCA) 10 и *Afrox Healthcare Ltd. v. Strydom* 2002 (6) SA 21 (SCA). Цит. по: *Elsabe van der Sijde*. The role of good faith in the South African law of contract. October 2012. URL: <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-08212013-171921/unrestricted/dissertation.pdf> (дата обращения: 22.08.2014).

166. *South African Railways & Harbours v. National Bank of South Africa, Ltd.* 1924 AD 704 (SA Railways) at 715-6. Цит. по: *Van Huyssteen L.F., Van der Merwe Schalk Willem Jacobus, Maxwell Catherine J.* Contract Law in South Africa / Ed. Kluwer. – Law International. – 2010. – P. 156–158.

167. *Swadif v. Dyke*. 1978. 1 SA. 928 (A).

Электронные ресурсы

168. Законодательство Китая. URL: <http://chinalawinfo.ru>

169. Классика российской цивилистики. URL: <http://civil.consultant.ru/elib>

170. Официальный сайт Национального Конгресса Китая (National People's Congress of the Republic of China). URL: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm

171. Официальный сайт журнала «Boletín Latinoamericano de Competencia». URL: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc>

172. Официальный сайт Комиссии по праву Индии (The Law Commission of India). URL: <http://lawcommissionofindia.nic.in>

173. Официальный сайт Президента Бразилии. URL: <http://www2.planalto.gov.br/>

174. Официальный сайт Федеральной антимонопольной службы РФ. URL: www.fas.gov.ru

175. Официальный сайт Южно-Африканского центра правовой информации (The Southern African Legal Information Institute). URL: <http://www.saflii.org>

176. Официальный сайт Южно-Африканской Комиссии по реформе права (South African Law Reform Commission). URL: <http://salawreform.justice.gov.za>

177. Программа «Сообща о картеле» РФ. URL: <http://fas.gov.ru/about/structure/cartel>

Далее. Одними из центральных институтов гражданского права выступают право собственности и иные вещные права. Собственность – основная категория как рыночной, так и социалистической экономики. Большая часть правоотношений связана (соприкасается) с отношениями по поводу собственности. В правовом смысле категория «собственность» может существовать только при наличии соответствующего правового режима, предоставляющего объектам материального, а также нематериального (интеллектуальная собственность) мира необходимую правовую регламентацию. Это утверждение в равной степени относится и к иным вещным правам, включая и владение. Обратимся к рассмотрению института вещных прав в странах БРИКС.

Учебное издание

**Ксения Михайловна БЕЛИКОВА (ред.),
Марьям Абдурахмановна АХМАДОВА,
Цаган Александровна БУДЖАЕВА (БЕГДЖИЕВА),
Владислав Юсифович ИФРАИМОВ,
Елизавета Дмитриевна ЛОКТЕВА,
Дмитрий Дмитриевич СТАРЦЕВ**

**НАЦИОНАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ
И ПЕРСПЕКТИВЫ УНИФИКАЦИИ
ЧАСТНОГО ПРАВА СТРАН БРИКС**

В двух томах

Том 1

Под редакцией д.ю.н., профессора ***К.М. Беликовой***

Издание подготовлено в авторской редакции

Технический редактор *Н.А. Ясько*
Компьютерная верстка *Н.В. Малаховская*
Дизайн обложки *М.В. Рогова*

Подписано в печать 29.06.2015. Формат 60×84/16
Бумага офсетная. Печать офсетная. Гарнитура Таймс
Усл. печ. л. 34,9. Тираж 500 экз. Заказ 000

Российский университет дружбы народов
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Типография РУДН
115419, ГСП-1, г. Москва, ул. Орджоникидзе, д. 3

Тел.: (495) 952-04-41

ДЛЯ ЗАПИСЕЙ

ДЛЯ ЗАПИСЕЙ

ДЛЯ ЗАПИСЕЙ
