

**ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

УСТОЙЧИВЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ РОСТ И ПРАВО

**Сборник материалов к XVI Ежегодным научным
чтениям памяти профессора С.Н. Братуся**



Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

УСТОЙЧИВЫЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ РОСТ И ПРАВО

*Сборник материалов к XVI Ежегодным научным чтениям,
посвященным памяти профессора С.Н. Братуся*

Москва
2021

УДК 340
ББК 67.021
У81

*Издание подготовлено к XVI Ежегодным научным чтениям,
посвященным памяти профессора С.Н. Братуся*

*Одобрено секцией «Частное право» ученого совета
Института законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации*

Редакционная коллегия:

В.М. Жуйков, О.В. Гутников, С.А. Сеницын, М.Л. Шелютто

Рецензенты:

Д.В. Ломакин — профессор кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук;

Т.П. Лазарева — ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, арбитр Арбитражного центра при РСПП, кандидат юридических наук

У81 **Устойчивый экономический рост и право:** сборник материалов к XVI Ежегодным научным чтениям памяти профессора С.Н. Братуся / ред. кол.: В.М. Жуйков, О.В. Гутников, С.А. Сеницын, М.Л. Шелютто; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации. — М.: ИД «Юриспруденция», 2021. — 256 с.

ISBN 978-5-9516-0899-4

В сборнике содержатся статьи по актуальным проблемам, отражающим юридические особенности современных экономических процессов.

Материалы сборника охватывают проблематику правового регулирования предпринимательской деятельности, корпоративного права, цифровизации экономики, трудового законодательства, уголовного судопроизводства по экономическим преступлениям. Освещается общая теория права и развития (general theory of law and development), разработанная в зарубежной доктрине.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов, практикующих юристов, а также для всех, кто интересуется частным правом.

**УДК 340
ББК 67.021**

The Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation

SUSTAINABLE ECONOMIC GROWTH AND LAW

*The Collection of Materials for the XVI Annual
Scientific Readings in Memoriam of Professor S.N. Bratus*

Moscow
2021

*Publication is edited for XVI Annual Scientific Conference
dedicated to the memory of Professor S.N. Bratus*

*Approved by section «Private Law» of the Academic Council
of the Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation*

Editorial Board:

V.M. Zhuykov, O.V. Gutnikov, S.A. Sinitsyn, M.L. Shelyutto

Reviewers:

Lomakin D.V. — professor of Civil Law Chamber, Law Faculty of Lomonosov Moscow State University, Doctor of Law;

Lazareva T.P. — leading research fellow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, arbitrator, the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Arbitration Centre at the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs, Ph.D

Sustainable Economic Growth and Law: the Collection of Materials for the XVI Annual Scientific Readings in Memoriam of Professor S.N. Bratus / Editorial Board V.M. Zhuykov, O.V. Gutnikov, S.A. Sinitsyn, M.L. Shelyutto; The Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation. — M.: PH «Jurisprudence», 2021. — 256 p.

ISBN 978-5-9516-0899-4

The collection of materials offered to the reader contains articles on topical issues that reflect the legal issues of modern economic processes.

The collection covers the issues of legal regulation of entrepreneurial activity, corporate law, digitalization, labour legislation, criminal proceedings on economic crimes. The general theory of law and development, developed in foreign doctrine, is covered.

For academics, teachers, postgraduate students, legal practitioners and anyone interested in law.

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	11
----------------------	-----------

I. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО КАК ОСНОВНОЙ РЕГУЛЯТОР ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Шувалов Игорь Иванович

Гражданское право России в современных условиях.....	14
--	----

II. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

Андреева Любовь Васильевна, Егорова Мария Александровна

Новые формы правового воздействия на предпринимательскую деятельность	18
--	----

Фонотова Ольга Владимировна

Коммерческие договоры в контексте «устойчивого развития»	27
--	----

Синицын Сергей Андреевич, Дьяконова Мария Олеговна

Проблемы обеспечения баланса интересов торговых сетей и производителей товаров как равноправных участников гражданских правоотношений	37
---	----

Беляева Ольга Александровна

Устойчивые государственные закупки: понятие и правовое регулирование	56
---	----

Символоков Олег Анатольевич, Максименко Петр Николаевич

Консолидация объектов распределительного электросетевого комплекса на основе гражданско-правового механизма обязательной аренды	64
---	----

III. КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

Чеховская Светлана Алексеевна

Цели корпорации и устойчивое развитие: правовые аспекты	79
---	----

Гутников Олег Валентинович

Избрание совета директоров непубличного акционерного общества на неопределенный срок	91
---	----

Вильданова Марина Михайловна

Совершенствование системы управления рисками как необходимый фактор устойчивого экономического развития Российской Федерации	105
--	-----

Бурлаков Сергей Алексеевич

Некоторые вопросы организации внутреннего контроля за финансово-хозяйственной деятельностью хозяйственных обществ	118
---	-----

Содержание

Ермакова Елена Петровна, Фролова Евгения Евгеньевна

О проекте Директивы ЕС по корпоративной отчетности
в области устойчивого развития (CSRD) 2021 года126

IV. ЦИФРОВИЗАЦИЯ

Дупан Анна Сергеевна

Проблемы правового регулирования онлайн-платформ
и иных участников электронной коммерции
в Российской Федерации и за рубежом:
есть ли запрос на новое регулирование144

Телюкина Марина Викторовна, Шкуратов Николай Павлович

Некоторые проблемы правовой сущности и реализации прав,
связанных с цифровыми финансовыми активами163

Журавлева Оксана Олеговна

Роль принципов налогообложения в трансформации
законодательства о налогах и сборах в условиях цифровизации173

V. СОЦИАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

Цомартова Фатима Валерьевна

Социальная составляющая устойчивого развития:
новые конституционные акценты182

Коришунова Татьяна Юрьевна

Модернизация трудового законодательства
как фактор устойчивого развития экономики193

Воронин Юрий Викторович

Реформирование института заработной платы в России
как инструмент стимулирования экономического роста212

Шелютто Марина Львовна

Защита малоимущего должника от бедности
при принудительном исполнении требований
исполнительного документа и иных удержаниях
из дохода: не все правовые проблемы решены221

VI. СУДОПРОИЗВОДСТВО

Александров Александр Сергеевич, Зайцев Олег Александрович

Перспективы развития договорных механизмов
в «экономическом уголовном судопроизводстве»236

VII. ЗАРУБЕЖНАЯ ДОКТРИНА

Добротворский Павел Павлович

Новейшие теории и модели взаимодействия права
и социально-экономического развития в западной юриспруденции246

CONTENTS

PREFACE.....	11
--------------	----

I. CIVIL LAW AS THE BASIC REGULATOR OF ECONOMIC RELATIONS

<i>Shuvalov I.I.</i> Russian Civil Law in Modern Conditions	14
--	----

II. BUSINESS ACTIVITY

<i>Andreeva L.V., Egorova M.A.</i> New Forms of Legal Impact on Business	18
<i>Fonotova O.V.</i> Commercial Contracts in the Context of “Sustainable Development”	27
<i>Sinit syn S.A., Diakonova M.O.</i> Problems of Ensuring Balance of Interests of Trade Networks and Producers of Goods as Equal Participants of Civil Legal Relations	37
<i>Beliaeva O.A.</i> Sustainable Public Procurement: Concept and Legal Regulation	56
<i>Simvolokov O.A., Maksimenko P.N.</i> Consolidation of Objects of Distribution Electric Grid Complex on the Basis of Civil Legal Mechanism of Compulsory Lease	64

III. COMPANY LAW

<i>Chekhovskaya S.A.</i> Corporate Goals and Sustainable Development: Legal Aspects	79
<i>Gutnikov O.V.</i> Election of the Board of Directors of a Non-public Joint Stock Company for an Indefinite Period	91
<i>Vildanova M.M.</i> Improving the Risk Management System as a Necessary Factor for Sustainable Economic Development of the Russian Federation	105
<i>Burlakov S.A.</i> Some Issues of Internal Control over the Financial and Economic Activities of Business Entities	118

Contents

Ermakova E.P., Frolova E.E.

About the Draft EU Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) 2021	126
--	-----

IV. DIGITALIZATION

Dupan A.S.

Problems of Legal Regulation of Online Platforms and Other E-commerce Participants in the Russian Federation and Abroad: Demands for a New Regulation.....	144
---	-----

Teliukina M.V., Shkuratov N.P.

Some Problems of the Legal Essence and the Application of Rights Related to Digital Financial Assets.....	163
---	-----

Zhuravleva O.O.

The Role of Tax Principles in the Transformation of Tax Legislations in the Context of Digitalization	173
--	-----

V. SOCIAL ISSUES

Tsomartova F.V.

Social Component of Sustainable Development: New Constitutional Accents.....	182
---	-----

Korshunova T.Yu.

Modernization of Labour Law as a Factor of Sustainable Economic Development	193
--	-----

Voronin Yu.V.

Reforming the Institution of Wages in Russia as a Tool to Stimulate Economic Growth	212
--	-----

Shelyutto M.L.

Protecting a needy debtor from poverty in enforcement proceedings: not all legal problems have been solved.....	221
--	-----

VI. LEGAL PROCEEDINGS

Alexandrov A.S., Zaitsev O.A.

Prospects for the Development of Contractual Mechanisms in «Economic Criminal Proceedings»	236
---	-----

VII. FOREIGN DOCTRINE

Dobrotvorsky P.P.

Advanced Theories and Models of Interaction between Law and Socio-Economic Development in Western Jurisprudence	246
---	-----

ВВЕДЕНИЕ

В современном мире как никогда актуальным является общественный запрос на обеспечение устойчивого экономического роста, который невозможен без совершенствования правового регулирования всего спектра экономических отношений. Российская экономика на протяжении ряда последних лет (1998, 2008, 2014 гг.) периодически сталкивается с кризисами, которые, будучи вызваны разными причинами, в практической плоскости всегда заканчиваются снижением реальных доходов и уровня благосостояния населения, усилением социальной напряженности и общей политической нестабильностью. Не является исключением и ситуация 2020–2021 гг., когда к текущим проблемам и внешнеэкономическим санкциям добавились вынужденная остановка всего рынка на период пандемии, многочисленные «антикоронавирусные» ограничения и постоянные угрозы новых «локдаунов».

В этих сложных условиях проблематика правового обеспечения устойчивого экономического роста приобретает совершенно новое звучание в контексте триединой концепции «устойчивого развития» (*sustainable development*), сформировавшейся в международной научной доктрине в период ускорения социально-экономического развития в 70–80-х гг. XX в. и отраженной в документах ООН¹. Суть этой концепции — рассмотрение и оценка социально-экономического развития на ближайшие десятилетия через призму трех фундаментальных направлений: экологического (*environmental*), социального (*social*) и управленческого (*governance*)². Данные подходы развиваются в ст. 75¹ Конституции РФ³, согласно которой в Российской Федерации создаются условия для устойчивого экономического роста страны, взаимного доверия государства и общества, гарантируются защита достоинства граждан и уважение человека труда, обеспечиваются сбалансированность прав и обязанностей

¹ Доклад Всемирной комиссии ООН по окружающей среде и развитию 1987 г. «Наше общее будущее». URL: <https://www.un.org/ru/ga/pdf/brundtland.pdf>

² Концепция сокращенно обозначается «ESG» (*Environmental, Social, Governance*).

³ Конституция была дополнена указанной статьей Законом РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти».

гражданина, социальное партнерство, экономическая, политическая и социальная солидарность.

Концепция устойчивого развития в том или ином виде нашла отражение и в российских программных документах: в 1996 г. была принята Концепция перехода Российской Федерации к устойчивому развитию, которая направлена на «сбалансированное решение социально-экономических задач и проблем сохранения благоприятной окружающей среды и природно-ресурсного потенциала в целях удовлетворения потребностей нынешнего и будущих поколений людей»¹.

Концепция ESG в сфере предпринимательской деятельности предполагает активное вовлечение бизнеса в решение современных социальных и экологических проблем, что учитывается в документах стратегического планирования в экономической сфере, таких как Общенациональный план действий, обеспечивающих восстановление занятости и доходов населения, рост экономики и долгосрочные структурные изменения в экономике², План мероприятий (дорожная карта) по реализации механизма управления системными изменениями нормативно-правового регулирования предпринимательской деятельности «Трансформация делового климата» «Корпоративное управление, специальные административные районы, процедура банкротства, оценочная деятельность»³.

Безусловно, поставленные государством задачи требуют адекватного и эффективного правового регулирования. В связи с этим возрастает значение правовых исследований, направленных на выработку научных и практических подходов, создающих необходимые условия для развития экономики страны и повышения благосостояния граждан, а также реализации положений ст. 75¹ Конституции РФ.

Определение эффективных способов совершенствования законодательства в целях правового обеспечения устойчивого экономического роста требует проведения комплексного научно-правового исследования наиболее актуальных проблем современного права, которое включает выявление, оценку и анализ соответствующих проблем. Среди них в настоящем сборнике особое место отводится проблематике предпринимательской деятельности,

¹ Концепция перехода Российской Федерации к устойчивому развитию (утверждена Указом Президента РФ от 1 апреля 1996 г. № 440).

² План одобрен на заседании Правительства РФ 23 сентября 2020 г. (протокол от 2 октября 2020 г. № 36, разд. VII, № П13-60855).

³ План утвержден распоряжением Правительства РФ от 2 июля 2020 г. № 1723-р.

корпоративного управления, цифровой экономики и социального развития.

В каждой из этих сфер правового регулирования уделяется внимание поиску оптимального баланса интересов всех участников экономических отношений: граждан, юридических лиц, членов органов управления (менеджеров), работников и кредиторов, общества и государства.

I. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО КАК ОСНОВНОЙ РЕГУЛЯТОР ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

*Шувалов Игорь Иванович,
председатель Государственной
корпорации развития «ВЭБ.РФ»,
кандидат юридических наук,
заслуженный экономист Российской Федерации*

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО РОССИИ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

Текущий этап развития российского гражданского законодательства характеризуется особенными социально-экономическими условиями смены парадигм общественной жизни, формирования основ цифрового общества и гражданского оборота. Осложняющими факторами выступают кризисы в социальной и экономической сферах общества, природные и техногенные катастрофы, распространение опасных для человека инфекций, возрастающее напряжение на рынках международной торговли и капиталов в связи с распространением антироссийской санкционной войны. Вместе с тем кризисные явления закономерны в социально-экономическом развитии, они мобилизуют общество, ставят перед юридической наукой и законодательством новые вызовы, направляя эволюцию правовых институтов.

В совокупности сложившиеся социально-экономические условия определяют новые направления развития национального законодательства при сохранении актуальности обеспечения его стабильности и гибкости, конкурентоспособности российской юрисдикции. Представляется целесообразным акцентировать внимание на следующих ключевых вопросах совершенствования современного законодательства и представлений о гражданском праве в новых условиях развития общественных отношений, неотделимом в сущности от системы правового регулирования, сложившейся в национальном праве.

1. В связи с усилением нравственных начал гражданского законодательства (ст. 1, 10 ГК РФ) востребованы единообразные и чет-

кие критерии определения добросовестности и нравственности в профессиональном бизнесе, что предполагает конкретизацию законодательства и разъяснения правоприменительной практики.

2. Развитие социально-экономических отношений на текущем этапе обнаруживает преимущественно академическое значение и практическую условность разграничения права на частное и публичное, поскольку задачи и массив правового регулирования ни при каких обстоятельствах не локализованы изолированными частными интересами граждан и юридических лиц. Свободная реализация и защита их экономических и социальных свобод могут быть обеспечены только комплексным правовым регулированием с публично-правовой первоосновой. Обратим внимание и на то, что даже нормы договорного права в ГК РФ не ограничены частными интересами сторон договора как сделки и правоотношения, каждая из которых действует в своих собственных интересах, поскольку значительный объем ограничений и здесь предопределен публичными интересами стабильности оборота и нравственности. В противном случае любая сделка рассматривалась бы как механизм подавления чужой воли и средство передела собственности.

3. Методы и средства частноправового регулирования по объективным причинам не могут считаться исчерпывающими в регламентации экономических отношений.

Ни юридическая, ни экономическая наука не могут с безошибочной точностью спрогнозировать продолжительность, этапы развития, масштабы, последствия наступления экономических кризисов, природных и техногенных катастроф, оказывающих непосредственное негативное влияние на качество жизни населения страны, исполнение гражданско-правовых обязательств. Однако социальная функция и ответственность государства предполагают необходимость оперативного и эффективного реагирования на происходящие кризисные явления, что требует развития ситуативных подходов в законодательстве методами и средствами преимущественно публичного права. Такая направленность обеспечивает защиту интересов российских граждан и юридических лиц не только от воздействия внешних факторов (финансовый кризис, природные и техногенные катастрофы и др.), но и от стихии рынка, который по объективным причинам не может находиться вне правового регулирования и государственного контроля особенно в условиях введения временных ограничений предпринимательской деятельности административным актом. Получается, что в условиях социальной нестабильности, вызванной обвалами рынков, природными и техногенными катастрофами, именно публичное право реализует пра-

воохранительный потенциал императивными средствами и методами правового регулирования, предупреждая и сдерживая последствия экономической нестабильности.

Режим повышенной готовности, вводимые на территории субъектов Российской Федерации ограничения экономической деятельности в связи с пандемией COVID-19 поставили вопрос о возможности и необходимости применения норм о непреодолимой силе, а также о реализации права частного лица на расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств, приостановлением исполнения обязательств на период действия введенных ограничений.

4. Условия современности формируют новые требования к правовому регулированию предпринимательской деятельности, которая не ограничивается предметом гражданского права, распространяясь на сферы регулирования рынков и конкуренции, инвестиций, формы взаимосвязи частных лиц и публично-правовых образований в механизмах государственно-частного партнерства и концессий.

Возложение на предпринимательство социальных обязательств (социальная ответственность бизнеса) не может быть односторонней. Введение жестких ограничений в отношении субъектов предпринимательской деятельности без оказания им должной поддержки может привести к упадку рынка, массовым банкротствам, потере рабочих мест и иным негативным последствиям, что только усугубит социально-экономическую ситуацию. И наоборот, такие же последствия может повлечь недостаточность реагирования со стороны государства.

Создание благоприятного климата для укрепления и развития предпринимательской деятельности — комплексная и многоэтапная правотворческая задача. Актуальным видится разграничение методов и средств регулирования предпринимательских и непредпринимательских отношений, что с недостаточной последовательностью проведено в ГК РФ в части систематизации договорных обязательств и норм о гражданско-правовой ответственности.

5. Практика «купирования» социально-экономических кризисов и их последствий ситуативным законодательством указывает на преобладание в этот период публично-правовых средств регулирования предпринимательской деятельности, что нельзя рассматривать как государственное вмешательство в частные дела. Вводимые ограничения обусловлены необходимостью защиты общественных интересов, что в конечном счете обеспечивает интересы частных лиц. Вместе с тем усиление публично-правовых начал в государст-

венном регулировании должно происходить строго в русле конституционных гарантий предпринимательской деятельности.

6. Эффективное функционирование государственного сектора экономики предполагает специальное правовое регулирование публичной собственности, которое до настоящего времени в российском законодательстве не сложилось. Едва ли эта задача может быть решена только публичным или частным правом. Требуется установить и разграничить сферы регулирования публичной собственности в частном и публичном праве в специальном законе об управлении публичной собственностью.

7. В корпоративном праве необходимо упорядочить и развить правовое регулирование корпоративных договоров, успешно обеспечивающих в иностранных юрисдикциях гибкие модели и формы управления бизнесом в предпринимательских корпорациях.

Для российской юрисдикции актуальна потребность в унификации правового регулирования юридических лиц, выполняющих координационные и управленческие функции в экономической сфере по стратегически значимым для Российской Федерации направлениям и сферам деятельности: государственные компании, государственные корпорации, публично-правовые компании.

8. Договорное регулирование уже сложившихся в обороте экономических отношений нуждается в разветвленной регламентации отдельных видов договорных обязательств в российском праве: договор возмездного оказания услуг, инвестиционный договор. Фрагментарность, неактуальность действующего законодательства в этих сферах является искусственным и сдерживающим фактором притока иностранных инвестиций в российскую экономику.

9. Цифровая экономика предполагает разработку концепции комплексного регулирования цифрового гражданского оборота, основой которой должно явиться совершенствование законодательства о цифровых активах, имущественных правах на них, расчетов с использованием электронных средств и площадок.

Необходимость правового регулирования цифрового оборота реальна и подтверждается: а) оборотом и принадлежностью объектов, созданных и учитываемых с использованием цифровых технологий, к особой разновидности имущества; б) применением цифровых способов идентификации и аутентификации субъектов гражданских правоотношений, действующих в цифровой среде; в) распространением особой формы цифровых услуг и расчетов; г) формированием экономики цифровых платформ и цифровой торговли.

II. ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

*Андреева Любовь Васильевна,
профессор кафедры предпринимательского
и корпоративного права
Московского государственного юридического
университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
доктор юридических наук*

*Егорова Мария Александровна,
начальник управления международного сотрудничества,
профессор кафедры конкурентного права
Московского государственного юридического
университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА),
сопрезидент Международного союза
юристов и экономистов (Франция),
эксперт Центра научной и экспертной аналитики
Международного центра компетенций «АйПи»
Российской государственной академии
интеллектуальной собственности,
доктор юридических наук, профессор, эксперт РАН*

НОВЫЕ ФОРМЫ ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ НА ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКУЮ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

С развитием информационно-коммуникационных технологий значительно возрастают объем и интенсивность передаваемой информации, растет массив нормативных правовых актов, что создает большую нагрузку на правоприменителей. В таких условиях большое значение приобретает решение задач сокращения количества нормативных правовых актов, повышения эффективности правовых норм и снижения избыточного вмешательства государственных органов в предпринимательскую деятельность.

На решение данных задач направлен Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 247-ФЗ «Об обязательных требованиях в Российской Федерации» (далее — Закон об обязательных требованиях), который предусматривает правила об установлении обязательных требований, содержащихся в нормативных правовых актах, к предприниматель-

ской и иной экономической деятельности, оценка соблюдения которых осуществляется в рамках государственного и муниципального контроля (надзора), привлечения к административной ответственности, предоставления лицензий и иных разрешений, аккредитации, оценки соответствия продукции, иных форм оценки и экспертизы. В соответствии с названным Законом осуществляется «регуляторная гильотина» (ст. 15), то есть пересмотр нормативных требований в целях снижения избыточного давления на предпринимательскую деятельность в каждой сфере общественных отношений.

Правила, содержащиеся в Законе об обязательных требованиях, действуют в тесной взаимосвязи с нормами Федерального закона от 31 июля 2020 г. № 248-ФЗ «О государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле в Российской Федерации» (далее — Закон о государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле), создающего правовую основу для принятия иных федеральных законов по отдельным видам государственного и муниципального контроля, которые составят систему нормативных правовых актов в области контроля за предпринимательской и иной экономической деятельностью.

Закон об обязательных требованиях можно рассматривать в качестве базового законодательного акта в формирующейся новой системе нормативных актов в сфере государственного контроля (надзора), регулирующих деятельность контрольных (надзорных) органов, направленную на предупреждение, выявление и пресечение нарушений обязательных требований, устранение последствий таких нарушений и (или) восстановление правового положения, существовавшего до таких нарушений. Таким образом, в результате реформирования контрольно-надзорной деятельности создается по существу новая организация государственного и муниципального контроля (надзора), основанная на установленных Законом об обязательных требованиях принципах — законности; обоснованности обязательных требований; правовой определенности и системности; открытости и предсказуемости, а также исполнимости обязательных требований (ст. 4). Соблюдение этих принципов должно обеспечиваться четкими условиями установления обязательных требований в нормативных правовых актах Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти, указанием на лиц, которые обязаны их соблюдать, деятельность или действия, в отношении которых требование установлено, результаты осуществления деятельности или совершения действий, в отношении которых установлено обязательное требование, форму оценки соблюдения требования (го-

сударственный контроль (надзор) и пр. (ч. 1 ст. 10 Закона об обязательных требованиях).

Правительством РФ создается реестр обязательных требований, представляющий собой федеральную государственную информационную систему, на которую возложено выполнение задач по формированию, ведению и актуализации содержащихся в нормативных правовых актах обязательных требований, выделению обязательных требований из текстов нормативных правовых актов и информированию заинтересованных лиц¹.

Наполнение реестра сведениями осуществляется уполномоченными государственными органами исполнительной власти в соответствии с установленными правилами, обеспечивающими публичность и доступность информации, размещаемой в реестре. Тем самым должны быть обеспечены систематизация обязательных требований, предъявляемых к субъектам предпринимательской и иной экономической деятельности, содержащихся в нормативных правовых актах, открытость и доступность информации.

В целях определения обоснованности устанавливаемых обязательных требований на стадии разработки проекта нормативного правового акта применяется институт оценки регулирующего воздействия, осуществляемой федеральными органами исполнительной власти и уполномоченными организациями.

Оценка достижения целей введения обязательных требований проводится путем использования нового механизма оценки применения обязательных требований, введенного Законом об обязательных требованиях (ст. 12), которая осуществляется по утвержденному плану, в соответствии с установленными Правилами². При выполнении установленных мероприятий уполномоченным органом проводятся комплексная оценка системы обязательных требований, содержащихся в нормативных правовых актах в определенной сфере общественных отношений, оценка достижения целей введения обязательных требований и их эффективности, а также выявление избыточных требований (п. 3 Правил).

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 6 февраля 2021 г. № 128 «Об утверждении Правил формирования, ведения и актуализации реестра обязательных требований».

² См.: Постановление Правительства РФ от 31 декабря 2020 г. № 2454 «Об утверждении Правил оценки применения обязательных требований, содержащихся в нормативных правовых актах, подготовки, рассмотрения доклада о достижении целей введения обязательных требований и принятия решения о продлении действия нормативного правового акта, устанавливающего обязательные требования, или о проведении оценки фактического воздействия нормативного правового акта, устанавливающего обязательные требования».

В литературе обосновывалась необходимость внедрения системы показателей эффективности функционирования государства, его институтов и институтов гражданского общества¹. В частности, показатели результативности и эффективности деятельности применяются в отношении контролирующих органов (ст. 30 Закона о государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле).

Новой правовой формой взаимодействия государства и предпринимательского сообщества в сфере контроля (надзора) является предусмотренная в ст. 55 названного Закона возможность заключения контрольными (надзорными) органами соглашения с саморегулируемой организацией (СРО) с добровольным членством о признании результатов деятельности СРО по осуществлению контроля за предпринимательской или профессиональной деятельностью своих членов. Заключение таких соглашений должно быть предусмотрено в федеральном законе об определенном виде контроля.

Заключение соглашения контрольного (надзорного) органа с СРО возможно при соблюдении определенных условий:

- предмет контроля СРО за деятельностью своих членов идентичен предмету вида государственного контроля либо охватывает более широкий круг вопросов;

- обязательное формирование в СРО компенсационного фонда для обеспечения имущественной ответственности организации по обязательствам своих членов, возникшим вследствие причинения вреда (ущерба) по произведенной членами СРО продукции, выполненным работам или оказанным услугам, размер фонда должен быть не менее 25 тысяч рублей в отношении каждого члена;

- соглашение о признании результатов деятельности может быть заключено с СРО по истечении трех лет с даты внесения сведений о СРО в государственный реестр саморегулируемых организаций.

При заключении соглашения о признании результатов деятельности контрольные (надзорные) мероприятия в отношении членов СРО не проводятся.

Следует отметить, что Законом о государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле на Правительство РФ возложена обязанность разработать критерии, на основании которых признаются результаты деятельности СРО, а также существенные условия соглашения, порядок заключения, регистрации и прекращения

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Право: прогнозы и риски: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М, 2015. С. 13.

действия соглашения и контроля за соблюдением СРО условий соглашения. Перечень условий, которые должны быть учтены при разработке критериев, приведены в ч. 6 ст. 55 названного Закона.

Введение в Закон о государственном контроле (надзоре) и муниципальном контроле правил о заключении соглашений о признании результатов деятельности СРО подтверждает сделанный в доктрине вывод о передаче части государственных функций на аутсорсинг СРО¹. Хотя в данном случае это касается контрольных функций, данный вывод может быть распространен и на возможность передачи части государственных функций предпринимательскому сообществу по управлению рынками товаров, работ, услуг.

В комплексе мер, направленных на совершенствование правового регулирования предпринимательской деятельности, в которой применяются цифровые технологии, важное значение приобретает экспериментальный правовой режим (ЭПР). В Законе об обязательных требованиях он рассматривается как временный правовой режим, который состоит в применении в течение определенного периода времени специального регулирования в отношении определенной группы лиц или на определенной территории, в том числе в полном или частичном отказе от применения определенной группой лиц или на определенной территории обязательных требований либо в отказе от осуществления разрешительной деятельности в отношении объекта разрешительной деятельности (ст. 13).

Значение ЭПР далеко не ограничивается сферой государственного контроля (надзора). Его можно рассматривать как важнейшее правовое средство применения цифровых технологий в различных отраслях экономики, государственном управлении и социальной сфере, ускоренному переходу к новому технологическому укладу.

Принятый специальный Федеральный закон от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» (далее — Закон об ЭПР) содержит общие правила, цели, принципы и регулирует порядок установления ЭПР. Установленный в нем временный правовой режим, распространяемый на определенных субъектов и ограниченную территорию, позволяет решить задачи по ускоренному внедрению цифровых технологий и апробировать полученные результаты, провести оценку их эффективности и решить вопросы по широкому применению новых технологических решений. Как отмечает Э.В. Та-

¹ См.: Предпринимательское право в XXI веке: истоки и перспективы: монография / под ред. С.С. Занковского, Н.И. Михайлова. М., 2018. С. 176 (автор главы 5 «Саморегулирование предпринимательской деятельности» — Л.И. Булгакова).

лапина, характеризуя цифровой этап правового регулирования, его особенность заключается в скорости развития технологий, которые не позволяют «...размеренно просчитывать риски, что требует новых правовых техник создания классических норм либо отхода от общих норм и дробления правил поведения по группам, категориям»¹.

ЭПР рассматривается названным Законом как применение в отношении участников ЭПР в течение определенного периода времени специального регулирования по направлениям разработки, апробации и внедрения цифровых инноваций.

ЭПР устанавливается при наличии определенных условий, прежде всего, если общее регулирование отношений в сфере цифровых технологий содержит требования, предписания, запреты, ограничения, при соблюдении которых внедрение цифровых инноваций невозможно или существенно затруднено.

Кроме того, одновременно должны быть соблюдены и иные условия — существует технологическая возможность применения цифровых инноваций либо для их использования требуется техническая, технологическая, организационная или иная подготовка; установление ЭПР должно привести к достижению одной или нескольких целей, указанных в ст. 3 Закона об ЭПР; инициативное предложение содержит обоснованную оценку рисков причинения вреда жизни, здоровью или имуществу человека либо имуществу юридического лица, ущерба обороне и (или) безопасности государства, иным охраняемым федеральным законом ценностям и предусмотрены меры, направленные на минимизацию таких рисков (ч. 1 ст. 6 Закона об ЭПР).

Названным Законом предусмотрен широкий перечень направлений разработки, апробации и внедрения цифровых технологий — медицинская деятельность, продажа товаров, работ, услуг дистанционным способом, сельское хозяйство, промышленность и проч., предоставление государственных и муниципальных услуг, включая осуществление государственного контроля (надзора) и муниципального контроля. Данный перечень не является закрытым, иные направления установлены Правительством РФ, при этом предусмотренные цифровые технологии распределены на десять больших групп, внутри каждой из которых перечислены конкретные технологии (нейротехнологии и технологии искусственного интеллекта; технологии работы с большими данными; квантовые технологии; производственные технологии; технологии робототехники и сен-

¹ Талапина Э. Готово ли право к блокчейну: некоторые размышления // Право и экономика. 2020. № 10. С. 12.

сорики; технологии систем распределенного реестра; технологии беспроводной связи; технологии виртуальной и дополненной реальности; технологии промышленного интернета), внутри каждой из которых, в свою очередь, перечислены различные технологии¹.

Таким образом, предпринимателям предоставляются широкие возможности по разработке, апробации и внедрению цифровых технологий и их права и интересы в условиях значительных рисков и отсутствия гарантированного результата защищаются применением специального правового режима, одним из основных принципов которого является принцип правовой определенности, провозглашенный Законом об ЭПР.

Специальное правовое регулирование устанавливается программой ЭПР и распространяется на одно юридическое лицо или индивидуального предпринимателя или нескольких юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей, которые приобретают статус субъекта ЭПР при включении их в программу ЭПР, утверждаемую актом Правительства РФ. До утверждения программы Правительством РФ в обсуждении возможности установления ЭПР принимает участие широкий круг органов государственной власти, а также организация предпринимательского сообщества, представляющая предпринимательское сообщество по вопросам ЭПР в сфере цифровых инноваций, за исключением финансового рынка, в качестве которой определена автономная некоммерческая организация «Цифровая экономика»², созданная в целях поддержки социально значимых проектов и инициатив, координации взаимодействия предпринимателей в органами государственной власти.

Инициатором установления ЭПР и разработки программы по предоставлению государственных (муниципальных) услуг и осуществлению государственного контроля (надзора) и муниципального контроля вправе выступать государственный орган и орган местного самоуправления, а по остальным направлениям — юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, которые должны соответствовать установленным Законом об ЭПР требованиям.

Процедуры инициирования, установления, реализации, мониторинга и оценки эффективности ЭПР формализованы, установлены порядок и сроки прохождения каждого этапа.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 28 октября 2020 г. № 1750 «Об утверждении перечня технологий, применяемых в рамках экспериментальных правовых режимов в сфере цифровых инноваций».

² См.: Распоряжение Правительства РФ от 28 октября 2020 г. № 2790-р.

По сравнению с иными правовыми режимами ЭПР имеет целый ряд особенностей, включая добровольный характер участия в нем, согласование проекта программы ЭПР до ее утверждения Правительством РФ с инициатором и предпринимательским сообществом, возможность урегулирования разногласий по проекту программы и др.

Утверждены Правила мониторинга ЭПР, оценки эффективности и результативности реализации ЭПР в сфере цифровых инноваций, общественного обсуждения эффективности и результативности ЭПР¹, Правила приостановления действия, прекращения действия ЭПР в сфере цифровых инноваций, уведомления субъекта (субъектов) ЭПР о приостановлении или прекращении действия ЭПР². Показатели эффективности и результативности ЭПР устанавливаются программой ЭПР. Мониторинг и решение вопросов приостановления и прекращения действия ЭПР осуществляются путем согласования с участниками и организацией предпринимательского сообщества.

Таким образом, определение содержания ЭПР, прав и обязанностей его участников, порядка его осуществления регулируются программой ЭПР, утверждаемой актом Правительства РФ, который носит индивидуальный характер, рассчитанный на применение одним или несколькими участниками. Наряду с этим добровольность участия в программе, согласование интересов бизнеса и государства на всех этапах деятельности по разработке, апробации и внедрению цифровых технологий, изъятия из общих правил по осуществлению предпринимательской деятельности определяют значительные особенности данного правового режима и позволяет спрогнозировать возможность успешного решения задач по применению цифровых инноваций в экономике, государственном управлении и социальной сфере.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 3 декабря 2020 г. № 2011 «Об утверждении Правил мониторинга экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций, оценки эффективности и результативности реализации экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций, общественного обсуждения вопросов эффективности и результативности реализации экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций».

² См.: Постановление Правительства РФ от 15 декабря 2020 г. № 2116 «Об утверждении Правил приостановления действия экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций, прекращения действия экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций, уведомления субъекта экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций или субъектов экспериментального правового режима в сфере цифровых инноваций о приостановлении или прекращении действия экспериментального правового режима в сфере цифровых технологий».

Представляется, что одним из направлений совершенствования правового регулирования экономики, преодоления кризисных явлений является более широкое участие в нем представителей бизнес-сообщества. Такая тенденция уже проявляется в учете мнения бизнеса при оценке регулирующего воздействия проектов нормативных правовых актов и оценке фактического воздействия нормативных правовых актов на получение ожидаемого результата.

Новой правовой формой взаимодействия государства и бизнеса при решении актуальных социальных задач является заключение соглашений между федеральными органами исполнительной власти и хозяйствующими субъектами (производителями, поставщиками, торговыми предпринимателями) о снижении и поддержании цен на продовольственные товары первой необходимости, которые имеют временный характер и действовали до 1 апреля 2021 г. В соответствии с постановлением Правительства РФ от 14 декабря 2020 г. № 2094 «О соглашениях между федеральными органами исполнительной власти и хозяйствующими субъектами о снижении и поддержании цен на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости» были заключены два соглашения — Соглашение о принятии мер по снижению и поддержанию цен на масло подсолнечное и Соглашение о принятии мер по снижению и поддержанию цен на сахар-песок белый российского производства¹ со сроками действия с 17 декабря 2020 г. до 1 апреля 2021 г. с возможностью продления, в которых были установлены фиксированные цены на масло подсолнечное и сахар-песок (отпускные цены производителя и розничные цены организации торговли).

Вместе с тем следует отметить, что подобные соглашения способны решать актуальные социальные проблемы в кризисные моменты в краткосрочном периоде, поскольку они не основаны на экономически обоснованных решениях возникающих проблем.

Проводимая государством социальная политика, курс на развитие в России социального предпринимательства предполагают дальнейший поиск оптимальных моделей взаимодействия государства и предпринимательского сообщества, придание, как отмечается в литературе, правовому регулированию качества социальной справедливости².

¹ URL: minpromtorg.gov.ru

² См.: Вайпан В.А. Социально справедливые основы правового регулирования экономического развития на современном этапе // Право и экономическое развитие: проблемы государственного регулирования экономики: монография, коллектив авторов / отв. ред. В.А. Вайпан, М.А. Егорова. М., 2017. С. 22–31.

*Фонова Ольга Владимировна,
доцент департамента правового
регулирующего бизнеса
факультета права НИУ
«Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук*

КОММЕРЧЕСКИЕ ДОГОВОРЫ В КОНТЕКСТЕ «УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ»

Принятие в 1996 г. Концепции перехода Российской Федерации к устойчивому развитию ознаменовало устремление нашего государства к созданию новой системы, обеспечивающей «сбалансированное решение социально-экономических задач и проблем сохранения благоприятной окружающей среды и природно-ресурсного потенциала в целях удовлетворения потребностей нынешнего и будущих поколений людей»¹. Спустя почти 25 лет важность избранной стратегии подтвердилась включением в 2020 г. в Конституцию РФ ст. 75¹, указывающей на приоритет создания в стране условий для устойчивого экономического роста.

Правовое регулирование и развитие права являются неотъемлемыми составляющими устойчивого будущего. В коммерческом праве попытки осмыслить соотношение концепции устойчивости и ее правового воплощения, прежде всего, сводимы к тому, чтобы определить и исследовать правовые средства, которые позволят обеспечить решение поставленных общественно-значимых задач. Как известно, первым среди правовых средств регулирования частных торговых отношений выступает договор². В связи с этим особого внимания заслуживают вопросы, касающиеся процесса выработки и закрепления целей устойчивого развития в коммерческих контрактах, а также меры обеспечения соблюдения таких положений.

1. Сущность «устойчивого развития» и его соотношение с договором.

Набравший в последние десятилетия большую популярность в международном деловом обиходе, термин «устойчивое развитие» (англ. sustainable development) был сформулирован в международной

¹ Утверждена Указом Президента РФ от 1 апреля 1996 г. № 440.

² См.: Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. М., 2008. С. 54.

научной среде на фоне «экологизации научных знаний» и бурного, но влекущего опасные для общества и всего мира последствия, социально-экономического роста 70–80-х гг. XX в. Данная проблематика привлекла повышенное внимание ключевых международных организаций. Всемирная комиссия Организации объединенных наций по окружающей среде и развитию в 1987 г. представила доклад под названием «Наше общее будущее», заложивший основы общего понимания идеи устойчивого развития. Согласно п. 27 доклада устойчивым является развитие, удовлетворяющее потребности нынешних поколений, не ставя под угрозу способность будущих поколений удовлетворять свои потребности¹.

Концепция устойчивого развития объединяет три фундаментальных направления, предопределяющих совместно глобальное социально-экономическое развитие общества и, в конечном счете, качество жизни людей на многие десятилетия. Это экологические (environmental), социальные (social) и управленческие (governance) основы так называемой триединой концепцией устойчивого развития (ESG). Экологические, социальные и управленческие (экономические) критерии в предпринимательстве формируют стандарты деятельности компании. Такие критерии учитывают, например, социально-ориентированные инвесторы и контрагенты для оценки и отбора потенциальных инвестиционных проектов и будущих контрагентов.

Экологическими критериями определяется, как соотносится осуществляемая деятельность компании с поддержанием качества окружающей среды. Фокусом социальной составляющей выступает взаимодействие компании с работниками, с контрагентами (поставщиками, клиентами и проч.) и с обществом в целом. Управленческий блок охватывает методы руководства компанией, подходы к оплате труда руководителей, проведению внешнего аудита, внутреннему контролю и защите прав акционеров (участников).

Ученые обратили внимание на начавшееся в последние годы формирование взаимосвязей между нацеленностью бизнеса на устойчивое развитие и правовыми регуляторами, экстраполирующими данные глобальные установки на уровень частноправовых отношений. Нет ничего удивительного в том, что каждая крупная экономическая сделка имеет внешние последствия для третьих лиц. Каждый глобальный деловой контракт влияет на мировое сообщество. В каждом коммерческом договоре в принципе в той или иной мере при-

¹ URL: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>

сутствует аспект общественной значимости. Зарубежные авторы не подвергают сомнению факт увеличения числа договорных положений, требующих от сторон соблюдения природоохранных, социально-ориентированных и экономических установок комплекса устойчивого развития¹. В научных публикациях аргументируется возможность рассматривать цели устойчивого развития как подразумеваемые условия международных коммерческих контрактов, то есть в отсутствие прямого соглашения сторон договора на этот счет². Мнения ученых сходятся в том, что современное договорное право непременно должно учитывать базовые установки «триединой концепции»³.

Описанный общий для договорного права тренд проявляется в отдельных отраслях экономики. В инвестиционных отношениях исследователи оценивают правовые регуляторы с позиций устойчивости и отмечают, что договор в этом ракурсе приобретает решающее значение, а договорное регулирование имеет превалирующий эффект над нормами международного и национального права⁴. Устойчивое развитие является одним из основных вопросов быстро развивающейся европейской транспортной политики, и в литературе обсуждается ведущая роль договорного права в этом направлении⁵. Правовые изыскания в сфере технологий блокчейн и смарт-контрактов проводятся через призму обеспечения новыми правовыми средствами задач устойчивого развития⁶.

Таким образом, цели устойчивого развития экономики и общества постепенно находят воплощение в правовых формах и правовых механизмах договорного права. Вызовы современности, по мнению ученых, позволяют критически переосмыслить роль договорного права в нормативно-правовом ландшафте, как в отношении

¹ Lomfeld B. Sustainable Contracting: How Standard Terms Could Govern Markets. In Lomfeld, Somma & Zumbansen (eds.). *Reshaping Markets*. Cambridge University Press, 2016. P. 257–282. URL: <https://ssrn.com/abstract=3165197>

² Ibid.

³ Poncibo C. The Contractualisation of Environmental Sustainability (December 2016). *European Review of Contract Law*, 2016. Vol. 12. Issue 4. P. 335–355.

⁴ Cotula L., Tienhaara K. Reconfiguring Investment Contracts to Promote Sustainable Development. In *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011–2012* (Karl P. Sauvant ed.). Oxford University Press, 2013. P. 281–310.

⁵ Eftestøl-Wilhelmsson E. *European Sustainable Freight — The Role of Contract Law. In Environmental Liabilities in Ports and Coastal Areas — Focus on Public Authorities and Other Actors*, Institute of Maritime and Commercial Law Åbo Akademi University, 2011, Helsinki Legal Studies Research Paper No. 8. URL: <https://ssrn.com/abstract=1865791>

⁶ Lin C.-Fu. Blockchainizing Food Law: Implications for Food Safety, Traceability, and Sustainability. Conference on Food Law and Policy: Food Safety and Technology Governance, Taipei, May 10–11, 2019. URL: <https://ssrn.com/abstract=3387467>

установления стандартов отраслей экономики, так и правоприменения¹.

2. Тенденции развития коммерческих договоров под влиянием принципов устойчивого развития.

2.1. Преобладание мягкого (негосударственного) регулирования в определении договорных условий.

В правовом регулировании частных отношений в рассматриваемой парадигме устойчивости, в отсутствие единых нормативно-правовых установок, преобладающие позиции занимают акты негосударственного регулирования и деловые практики частных лиц. В литературе высказывается мнение, что именно акты мягкого права и частные практики способны обеспечить наиболее эффективное добровольное мягко-правовое регулирование, стимулируя коллективные инновации, способствующие достижению устойчивому развитию².

Ориентиры задают акты мягкого права, представленные документами ООН: Принципы ответственных контрактов ООН 2015 г. (UN Principles for responsible contracts)³, Принципы Глобального договора ООН 2000 г. (UN Global Compact Principles)⁴, стандартными условиями Международной финансовой корпорации, а также разработками иных международных организаций, отраслевых деловых сообществ, актами корпораций и проектами академических кругов. Примером недавних частных нормотворческих инициатив являются подготовленные банковским сообществом и актуализированные в 2020 г. Принципы Экватора (Equator Principles)⁵ — свод правил для обеспечения соответствия сделок по проектному финансированию более высоким социально-экономическим и экологическим стандартам.

¹ Cherednychenko O.O. EU Financial Regulation, Contract Law and Sustainable Consumer Finance (January 20, 2019). In E. van Schagen & S. Weatherill (eds.). *Better Regulation in eu Contract Law: the Fitness Check and the New Deal for Consumers*. (Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law). P. 61–91. Oxford: Hart Publishing, 2019. University of Groningen Faculty of Law Research Paper No. 4/2020. URL: <https://ssrn.com/abstract=3521472>

² Voegtlin C. and Scherer A. Georg, Responsible Innovation and the Innovation of Responsibility: Governing Sustainable Development in a Globalized World. *Journal of Business Ethics*, 143 (2017). Pp. 227–243. DOI 10.1007/s10551-015-2769-z. URL: <https://ssrn.com/abstract=2716152>

³ URL: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Principles_ResponsibleContracts_HR_PUB_15_1_RU.pdf

⁴ URL: <http://www.globalcompact.ru/about/ten-principles/>

⁵ URL: <https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/05/The-Equator-Principles-July-2020-v2.pdf>

Примечательным примером новаторских частных практик служат кодексы корпораций и укрепление их юридической силы и регуляторного эффекта посредством привлечения механизмов договорного права. Корпоративные кодексы в праве традиционно рассматриваются как односторонние обязательства (часто не правового, а морального-этического характера) компаний по соблюдению фундаментальных интересов общества, таких как права человека, трудовые стандарты и охрана окружающей среды. Компании серьезно относятся к стратегическим положениям, заложенным в корпоративных кодексах, а оттого стремятся контролировать свои глобальные операции с позиций социально приемлемого поведения, и такая практика основана на растущем взаимодействии между корпоративными кодексами и договорным правом. Корпорации все чаще используют институт юридически обязывающего договора, чтобы обеспечить эффективную работу собственных кодексов во всей цепочке поставок и в иных взаимоотношениях с контрагентами. Таким образом, корпоративные кодексы становятся частью юридически обязательных соглашений между коммерческими структурами¹.

2.2. Отражение вектора «устойчивости» в положениях коммерческих договоров.

Об усилении направленности на устойчивость в содержании коммерческих договоров свидетельствует выработанный в современной правовой литературе термин «контрактуализация устойчивого развития» (англ. *contractualisation of sustainable development*)². Имеется в виду, что для достижения идеалов сбалансированного развития экономики и общества законодательного регулирования становится явно недостаточно. Значительный объем усилий в данной области возлагается на участников торгового оборота. Стремления частных лиц к выработке социально-значимых подходов к ведению предпринимательской деятельности находят закрепление в новых договорных конструкциях и в отдельных положениях контрактов.

В развитие отмеченной идеи в литературе была введена особая разновидность договоров — «договоры устойчивого развития» (англ. *sustainable contracts*). В эту категорию включаются «все договоры, предмет и условия исполнения которых объединяют экономические, социальные и экологические аспекты, с целью поддержания основ-

¹ Beckers A. Regulating Corporate Regulators Through Contract Law? The Case of Corporate Social Responsibility Codes of Conduct (June 3, 2016). EUI Working Papers — Max Weber Programme 2016/12. URL: <https://ssrn.com/abstract=2789360>

² Poncibo. Op. cit.

ных прав человека и охраны окружающей среды»¹. Подхватив эту идею, последовали публикации о новаторских правовых практиках, которые определяют особенности договорной работы в условиях устойчивого развития (англ. sustainable contracting)². Использование основных критериев устойчивости в договоре может способствовать преодолению ситуации, в которой предприниматели, а также суды и арбитры свободно интерпретируют социальные и экологические стандарты социальной и экологической ответственности по своему усмотрению. Таким образом, предполагается, что устойчивый контракт станет мерой для оценки эффективности контрагентов, непосредственно связанной с идеей социально ответственного ведения деятельности.

В качестве иллюстрации, запрос на «экологичность» договорных положений был отмечен в сфере мультимодальных транспортных контрактов в Европе. Автор одного исследования утверждает, что экологические проблемы настолько важны, что они прокладывают себе путь в договорное право³. «Социальная устойчивость» договора включает, например, обеспечение удовлетворительных условий труда, сохранения культурных ценностей и традиций. Вопросы «экономической устойчивости» становятся интегрированными в правоотношения контрагентов в виде большого комплекса новых договорных моделей, условий и связанных с договорами деловых практик. Данная грань устойчивого развития определяет стремление к стабильности производственного предложения, сбалансированной конкуренции, прозрачному потоку информации, долгосрочным инвестициям и проч. В рамках экономического направления в договорах проявляются борьба частных лиц с монополистической деятельностью и иными формами доминирования на рынке, противодействие коррупции и другие условия, которые могут нарушить рыночный баланс.

Исследователи обосновывают, что наиболее продуктивным способом отражения подобных договоренностей должна стать разработка типовых оговорок об устойчивости⁴. Такие типовые оговорки могут заложить нормативный фундамент для «устойчивого заключения договоров», способствуя справедливым сделкам и сдержанному использованию ресурсов. Высказанная позиция подкрепляет-

¹ Queinnec Y. Les contrats durables. Responsabilités de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie (LSB. HORS COLL.). (Daugareilh, Isabelle dir.). Bruylant, 2011. URL: <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/reports-and-materials/Sherpa-on-sustainable-contracts-Jan-2010.pdf>

² Lomfeld. Op. cit.

³ Eftestøl-Wilhelmsson. Op. cit.

⁴ Lomfeld. Op. cit.

ся мнением представителей школы транснационального права о том, что каждый (глобальный) контракт не столько может, сколько должен включать условия устойчивого развития. Внедрение общественно значимых ценностей в основу такого базового рыночного инструмента воздействия, как контракт, в долгосрочной перспективе способно, по мнению авторов, даже изменить в лучшую сторону наше экономическое мышление¹.

Наряду с разработкой типовых оговорок об устойчивости, ориентированность договорного права на актуальные запросы коммерсантов проявляется в формировании новых моделей договоров. В последние годы возникло множество бизнес-инициатив, которые отчасти являются реакцией на проблему чрезмерной прибыли и узкой нацеленности на финансовый рост, и все они в той или иной степени основываются на принципах устойчивого развития. Примером служит набирающая популярность экономика совместного потребления (*sharing economy*): компании по совместному использованию автомобилей (Яндекс.Драйв, Делимобиль и др.), платформа совместного использования жилья (Airbnb), транспортная платформа (Uber) и проч. В таких случаях именно договорное право служит поставщиком правового материала, на основе которого инновационные платформы могут функционировать². Поэтому именно договорному праву исследователи пророчат большое будущее в контексте запроса на «устойчивость» новых коммерческих проектов.

2.3. Усиление мер социального воздействия на участников договорных отношений.

При изучении частного договорного регулирования через призму устойчивого развития особое значение приобретают деловые практики хозяйствующих субъектов. В заданном ракурсе указанные практики трансформируются, принимая нетипичные для традиционной модели договорных обязательств черты.

Ориентированность договорных положений на социально-востребованные установки диктует вовлечение в договорные отношения особых мер ответственности контрагентов. Санкции в коммерческих контрактах обретают социальный характер. При этом контекст «устойчивости» стимулирует совершенствование договорных практик поощрения и порицания.

Среди наиболее востребованных механизмов порицания за нарушение положений договора о социально-ответственном поведе-

¹ Ibid.

² Akkermans B. Sustainable Property Law: Towards a Revaluation of Our System of Property Law (March 10, 2020). URL: <https://ssrn.com/abstract=3645983>

нии — «черные» списки (включение компании в такой перечень неблагонадежных контрагентов, по сути, влечет ограничение для нее доступа к рынку) и системы понижения социального рейтинга (вообще, развитие системы социальных рейтингов и социальных кредитов в коммерческом обороте стало в последние годы действенным механизмом побуждения к надлежащему исполнению обязательств¹). Такие методы неизбежно приводят к ухудшению деловой репутации компании, а этим показателем, как известно, предприниматели особенно дорожат.

К числу популярных способов поощрения контрагента, который должным образом исполнил обязательство, относятся следующие меры: включение в списки надежных партнеров, повышение рейтинга, предложение более выгодных экономических условий сделки в будущем, установление долгосрочных договорных связей и преимуществ частной сертификация продукции и услуг.

Для отслеживания ненадлежащего поведения проводится независимый аудит, ведется мониторинг деятельности контрагента (проверки, требования об отчетности и прозрачности совершаемых операций). Положения о подобных практиках подробно описываются в современных коммерческих контрактах.

2.4. Роль частного договора в обеспечении соблюдения законодательства.

Возрастает социальная роль договора как инструмента, который обеспечивает соблюдение действующих нормативно-правовых установок. Поддерживая ценности устойчивого развития, договорные механизмы, в отличие от механизмов традиционного законодательного регулирования, оказываются более эффективными².

На фоне усиления социального контекста в договоре, по свидетельству ряда авторов, договор превращается из средства регулирования взаимоотношений частных лиц в регулятор публичных отношений, то есть он наделяется публично-правовыми характеристиками³. Такое положение особенно свойственно инвестиционным контрактам. Переосмысление роли коммерческого договора в качестве регулятора широкого круга общественных отношений влечет

¹ О правовом опыте применения системы социальных рейтингов и социальных кредитов в КНР см., например: Mac Sithigh D. and Siems M. The Chinese Social Credit System: A Model for Other Countries? (November 2019). The Modern Law Review, 2019, Vol. 82, Issue 6. P. 1034—1071. URL: <https://ssrn.com/abstract=3614686>

² Beckers. Op. cit.

³ См., например: Verbruggen P. Regulatory Governance by Contract: the Rise of Regulatory Standards in Commercial Contracts. 35 Recht der Werkelijkheid, 79-100. P. 94-5.

ряд важных последствий, таких, к примеру, как необходимость в публичном доступе к условиям договора и общественный контроль за его исполнением¹.

Использование частных договоров для достижения публичных целей важно с концептуальной точки зрения, поскольку это меняет характер, в том числе, публично-правовых норм. Публичное право принимает форму «норм, не имеющих юридической силы, за исключением, как это ни парадоксально, тех, которые включены в договорные отношения»². Само публично-правовое регулирование предстает с точки зрения компаний как вопрос выбора, как набор диспозитивных правил, которые компании могут добровольно сделать частью своих договоров³.

2.5. Расширение сферы действия договора

Влияние частной договоренности на общественные интересы, которое прослеживается в договорах устойчивого развития, усиливается дополнительными механизмами ответственности сторон не только друг перед другом, но и перед широким кругом лиц. В условиях устойчивого контракта третьи лица, не являющиеся сторонами договора, но интересы которых затрагиваются им или условия которого оказывают на них влияние⁴, становятся косвенно участниками контракта или, по крайней мере, сторонами цепочки контрактов, и это очень важный аспект. Контрагенты и третьи лица надеются в силу социальной ориентированности договора правом требовать объяснения причин ненадлежащего с позиций «устойчивости» поведения. Такие условия вводят общественно-значимые установки в сферу частных интересов⁵.

Проявлением новаций в договорной практике являются договорные положения о возложении ответственности за социально- и экологически-ненадлежащее поведение. Примечательно, что подобные договорные требования распространяются не только на действия (бездействие) контрагента, но и на всю его корпоративную

¹ Cotula. Op. cit. P. 309.

² Backer L.C. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol. 14. No. 2. 2008. P. 522. URL: <https://ssrn.com/abstract=1092167>

³ Ruggie J.G. and Sherman J. Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice. Journal of International Dispute Settlement, 2015, 6. P. 455–461. URL: <https://ssrn.com/abstract=2657885>

⁴ Таких лиц в экономическом лексиконе именуют стейкхолдеры (от англ. stakeholder, заинтересованная сторона).

⁵ Lomfeld. Op. cit.

группу. Более того, ответственность контрагента простирается на случаи нарушения принципов устойчивого развития со стороны его деловых партнеров, не состоящих с ним в отношениях аффилированности. Яркую тому иллюстрацию можно обнаружить в тесно взаимосвязанных договорах, регулирующих цепочки поставок¹.

Внешний эффект договорного регулирования, сформированный под воздействием социально-экономических и экологических условий, включаемых в договор, является новым проблемным полем для правовой науки, требующим осмысления.

Подводя итог, с одной стороны, следует отметить большие перспективы частного права в обеспечении устойчивого будущего. Являясь основным поставщиком важнейших правовых средств — договоров, оно способно возглавить движение в направлении устойчивого экономического роста.

С другой стороны, исследование договорных правоотношений требует учитывать усиливающееся влияние социально-экономической и экологической повестки. Идеи устойчивого развития постепенно проникают в частноправовую ткань и завоевывают позиции в договорном праве, воплощаясь в новых структурах и видах договоров, в их условиях, модифицируя практику исполнения договорных обязательств и добавляя новые грани санкционной составляющей правоотношений в коммерческом обороте.

¹ См., например, об этом: Backer L.C. Are Supply Chains Transnational Legal Orders?: What We Can Learn from the Rana Plaza Factory Building Collapse (November 7, 2015). UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law. 2015. Vol. 1. URL: <https://ssrn.com/abstract=2685961>

*Синицын Сергей Андреевич,
заместитель директора ИЗиСП,
доктор юридических наук*

*Дьяконова Мария Олеговна,
старший научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ БАЛАНСА ИНТЕРЕСОВ ТОРГОВЫХ СЕТЕЙ И ПРОИЗВОДИТЕЛЕЙ ТОВАРОВ КАК РАВНОПРАВНЫХ УЧАСТНИКОВ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Развитие сетевой торговли, дифференциация рынков товаров предполагает обособление производства и сбыта продукции в отдельные сегменты экономики при сохранении их интегральных и функциональных связей и сбалансированного правового регулирования отношений производителей продукции и торговых сетей.

Между тем межрегиональная концентрация рынка сбыта в руках крупных сетей существенно ограничила возможность свободного и конкурентного доступа на рынок производителей продукции по конкурентным ценам закупки. Производителю навязываются заведомо невыгодные и ущемляющие его законные интересы условия сделки, в том числе цена, порядок расчета за поставляемую в сетевую организацию продукцию — эти условия фактически не могут корректироваться волей производителя в силу преобладания интереса и прямого экономического превосходства крупного сетевого продавца. Тем самым включаемые в договоры условия закупки товаров крупными сетевыми организациями у производителей зачастую утрачивают смысл и значение договорных условий, формируемых общей и согласованной волей участников договора: сетевые продавцы демпингуют цену закупки продукции у производителя и впоследствии координируют цены продажи в торговых сетях, навязывая производителям заведомо невыгодные и дискриминирующие условия договоров об отчуждении продукции, в том числе устанавливая отсрочку оплаты поставленной продукции (в среднем 40 дней) независимо от факта ее продажи.

Все это не может не отражаться на розничных ценах и ассортименте товаров, а значит, на удовлетворении повседневного спроса широких слоев населения, в связи с чем актуальным и важным представляется научно обоснованный поиск путей реформирования

действующего законодательства в области торговли потребительскими товарами в целях определения перспективных и оптимальных направлений его развития.

С учетом поставленных задач авторы посредством применения общенаучных методов исследования, в том числе сравнения, анализа, индукции и дедукции, системного анализа, а также методов юридической науки, среди которых методы сравнительного правоведения и методы толкования правовых норм, пришли к выводам о необходимости реформирования действующего нормативного регулирования сетевой торговли и сформулировали конкретные новые законодательные подходы.

1. Правовая и экономическая основы взаимоотношений торговых сетей и производителей товаров

Впечатляющий рост сетевых компаний стал одной из главных черт трансформации продовольственных рынков в России в начале нового тысячелетия¹. Само наличие товара в крупных сетях с разветвленной транснациональной структурой сбыта стало играть принципиальную роль для его продвижения, что уже довольно давно является общемировой тенденцией. Мировой успех розничных сетей обусловлен тем же, чем вызван спрос на товары массового производства — экономией на масштабе, стандартизацией и сведением всех процессов к элементарным, простейшим формам².

В 1930-е годы в XX в. США в связи с взрывным ростом сетей были распространены антисетевые кампании: разрабатывалось и активно применялось налоговое законодательство, призванное сдерживать развитие розничных сетей³. Однако к концу 1930-х годов произошел перелом, в результате которого сети «подстроились» под новое регулирование, которое со временем потеряло свою былую «жесткость», и нашли поддержку в лице профессиональных союзов и ассоциаций производителей. В результате на протяжении XX в. их число в США увеличилось в 1 тыс. раз — с 50 до 50 тыс.⁴

¹ Вплоть до финансового кризиса 2008 г. ведущие участники рынка (отечественные и иностранные) ежегодно демонстрировали по 40–50% прироста чистой выручки. Государственное регулирование деятельности торговых сетей: основы и противоречия: Сборник научных статей / отв. ред. сер. В.В. Радаев. М., 2011. С. 41.

² Russell F.A., Lyons R.W., Flickinger S.M. 1931. The Social and Economic Aspects of Chain Stores // The American Economic Review. 21 (1): 27–36.

³ Производители и фермеры, помимо их экономических интересов, апеллировали к фундаментальным ценностям американского общества — разрушению экономической основы местных сообществ как основы американской демократии. Эта кампания, таким образом, подпитывалась социальным движением «снизу». См.: Государственное регулирование деятельности торговых сетей: основы и противоречия: сборник научных статей / отв. ред. В.В. Радаев. М., 2011. С. 42.

⁴ Там же.

В связи со свершившимся переходом к рыночной экономике Россия подошла к тому же рубежу, что предопределило вмешательство со стороны государства, выразившееся в принятии соответствующих законодательных мер. Объективно стремительное замещение административно-командной системы управления экономикой рынка привело к необходимости разработки новых моделей правового регулирования отношений в торговле: товарообмен основывался не только на взаимоотношениях собственников, но и на действующих от их имени многочисленных посредников, доводящих товары до конечных потребителей — «в результате на долю непосредственно производителей товаров нередко остается не более 20–30% от розничной цены продаваемых товаров»¹. Укрепление таких взаимосвязей между участниками рынка неминуемо влекло не только удорожание цены продукции, но и обусловило необходимость введения специального регулирования посреднической деятельности, виды и масштабы которой были просто неизвестны советской экономике и праву². Складывающиеся в имущественном обороте отношения между производителями продукции, торговыми сетями, осуществляющими ее доведение до потребителя, и непосредственно самими потребителями требуют детального правового регулирования с соблюдением баланса интересов всех их участников на базе принципов свободы торговли и предпринимательства, создания и охраны здоровой конкурентной среды на рынках. Правовое регулирование организации торговых связей между производителем — посредником — потребителем должно учитывать интересы покупателя при том, что сетевой продавец оказывает только услугу по реализации продукции производителя через собственный канал торговли³, стоимость которой очевидно не может влечь удорожания товара в несколько раз в ущерб интересам производителей и потребителей.

В настоящее время отношения между торговыми сетями и поставщиками помимо норм собственно ГК РФ урегулированы еще специальными федеральными законами: Федеральным законом от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее — Закон о защите конкуренции) и Федеральным законом от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой

¹ См.: Мозолин В.П. Современная доктрина и гражданское законодательство. М., 2008. С. 3.

² Там же. С. 3.

³ См.: Пугинский Б.И. Проблемы регулирования торгового посредничества // Пугинский Б.И. Избранные труды: сборник к 75-летию юбилею. М., 2019. С. 271–273.

деятельности в Российской Федерации» (далее — Закон о торговле), принятием которого ознаменовалось возвращение к регулированию на федеральном уровне розничной торговли, которая до этого момента оставалась одной из наиболее либерализованных отраслей экономики.

Основные цели специального регулирования оптовой купли-продажи продовольственных товаров в торговые сети состоят в поддержке и развитии конкуренции, обеспечении возможности входа на рынок субъектов малого и среднего предпринимательства, обеспечении и защите прав продавцов товаров¹. Когда речь идет о поставке продовольственного товара в торговую сеть, общий принцип свободы договора искажается в применении и оказывается недостаточным в силу того, что торговая сеть рассматривается как более «сильный» субъект и требуются специальные механизмы выравнивания правового положения сторон такого договора.

В условиях сложившегося правового регулирования эти отношения характеризуются несбалансированностью: поставщики крайне редко обладают самостоятельными каналами дистрибуции товаров, крупные торговые сети зачастую являются для них безальтернативными оптовыми покупателями, при этом сети обладают возможностью выбора между несколькими покупателями, и как следствие могут диктовать условия сотрудничества в договорах присоединения, которые производителем фактически не способен изменить или дополнить. Одним из неблагоприятных последствий сложившейся правовой и фактической ситуации на рынке является то, что в условиях навязывания невыгодных договорных условий, на содержание которых производитель не может оказать реальное влияние, формируется договорная практика, приводящая к ограничению конкурентной среды и, как следствие, снижению доступности товаров для населения.

Поставщики, не имея собственных каналов сбыта продукции конкурентных сетевой торговле и претерпевая неравенство переговорных возможностей в условиях все более возрастающей рыночной власти сетевых компаний, предпринимали попытки компенсировать свое положение, избирая так называемую «стратегию голоса» и призывая органы государственной власти к более активному вмешательству в урегулирование контрактных отношений². Вместе с

¹ См.: Филиппова С.Ю. Договор оптовой купли-продажи товаров / Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24–25 октября 2014 г.): избранные материалы / Г.В. Абшилава, В.В. Акинфиева, А.Б. Афанасьев и др.; отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. М., 2015.

² См.: Государственное регулирование деятельности торговых сетей: основы и противоречия: сборник научных статей / отв. ред. В.В. Радаев. М., 2011. С. 15.

тем, как показали социологические опросы¹, каких-либо позитивных результатов не последовало — лишь считанное число (1–3%) опрошенных ритейлеров и производителей указало, что договорные требования к поставщикам смягчились. По основным же параметрам для 75–85% ритейлеров и 70–80% поставщиков ситуация с договорными требованиями осталась без изменений.

В целях создания приоритетных условий для всестороннего поддержания интересов отечественного производителя был принят Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 273-ФЗ, которым Закон о торговле был дополнен новыми положениями, направленными на ограничение рыночной власти торговых сетей, позволяющей им «манипулировать действиями поставщиков продовольственных товаров и безоговорочно заставлять поставщиков соглашаться на предлагаемые торговыми сетями условия»². В частности, были внесены положения, снижающие сроки отсрочки оплаты по полученным от поставщика товарам, которые, по сути, приводили к беспроцентному кредитованию торговых сетей в ущерб интересам производителей; положения, запрещающие навязывать под видом добровольных выплат дополнительные услуги, являющиеся обременительными для поставщиков; положения, запрещающие включение в договоры поставки продовольственных товаров отдельных условий, дискриминирующих поставщика продовольственных товаров; и др. Введенная ч. 13 ст. 9 Закона о торговле устанавливает запреты для торговых сетей и поставщиков продовольственных товаров на:

1) взимание платы либо внесение платы за право поставок продовольственных товаров в функционирующие или открываемые торговые объекты;

2) взимание платы либо внесение платы за изменение ассортимента продовольственных товаров;

3) возмещение расходов в связи с утратой или повреждением продовольственных товаров после перехода права собственности на такие товары, за исключением случаев, если утрата или повреждение произошли по вине хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки таких товаров;

¹ Там же. С. 55–57.

² Пояснительная записка к проекту федерального закона № 704631-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам антимонопольного регулирования и обеспечения продовольственной безопасности», принятому с наименованием «О внесении изменений в Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях».

4) возмещение расходов, не связанных с исполнением договора поставки продовольственных товаров и последующей продажей конкретной партии таких товаров;

5) возмещение расходов, связанных с утилизацией или уничтожением непроданных продовольственных товаров.

Введение указанных запретов, по сути, ограничивающих свободу договора, было обусловлено необходимостью обеспечения продовольственной безопасности, в том числе, за счет импортозамещения по основным продуктам питания¹.

Укрепление основ национальной продовольственной безопасности, активизация дополнительных мер поддержки интересов отечественных производителей и противодействие недобросовестной конкуренции между хозяйствующими субъектами — это те задачи, на решение которых были направлены внесенные изменения в Закон о торговле² и которые в то же время в силу динамичного развития торговых правоотношений не могут быть выполнены раз и навсегда. Вопреки ожиданиям при оценке влияния предпринятых законодательных мер фактически не обнаружено значимых преимуществ для производителей товаров по сравнению с сетями.

Президентом РФ 31 декабря 2015 г. утверждена новая Стратегия национальной безопасности Российской Федерации, которая в качестве одной из стратегических целей повышения качества жизни российских граждан называет обеспечение продовольственной безопасности, осуществляемое за счет достижения продовольственной независимости Российской Федерации³. Продовольственная независимость не может быть достигнута без поддержки со стороны государства отечественных производителей товаров и формирования здоровой конкурентной среды в условиях свободного доступа на рынок сбыта продукции.

Аналогичные задачи разрешаются правительствами европейских государств. Так, в них сегодня широко применяются барьеры на входе в сетевую торговлю, контроль розничных цен, например, запрет на продажу товаров по цене ниже порогового значения, и операционные ограничения, такие как регулирование графика работы торговых объектов. Согласно зарубежным исследованиям, самая строгая система сдерживания розничных сетей существует в

¹ Указ Президента РФ от 12 мая 2009 г. № 537 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года» (документ утратил силу с 31 декабря 2015 г. в связи с изданием Указа Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683).

² См.: Пояснительная записка к проекту федерального закона № 704631-6.

³ Указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации».

Австрии, Бельгии, Финляндии, Франции, Греции, Люксембурге, Польше и Португалии¹. Среди факторов, способствовавших такому ужесточению, — протекция малому и среднему бизнесу, производителям товаров, поддержка групп потребителей, не являющихся мобильными и не имеющих возможности посещать огромные торговые центры, расположенные за городом. В целом регулирование договорных отношений между ритейлерами и поставщиками — одно из важнейших средств координации и стабилизации товарного потока, с помощью которого можно добиться снижения розничных цен для конечного покупателя.

2. Договорная практика производителей товаров и торговых сетей в части распределения прав и обязанностей сторон

Одним из неблагоприятных последствий сложившейся правовой и фактической ситуации на рынке является то, что в условиях навязывания невыгодных договорных условий, на содержание которых производитель не может оказать реальное влияние, формируется договорная практика, приводящая к ограничению конкурентной среды и, как следствие, снижению доступности товаров для населения.

В рамках проведенного Антимонопольной комиссией Великобритании (Competition Commission) исследования договорных отношений поставщиков и сетей был выявлен ряд деловых практик, ограничивающих конкуренцию, в частности:

- многие выдвигаемые ритейлерами требования никак не связаны с их затратами, а иногда даже предполагают предоставление скидок на продукцию ретроспективно;

- торговые предприятия взимают плату и вносят изменения в контрактные соглашения, уведомляя о них своих контрагентов с нарушением разумных сроков;

- розничные сети необоснованно переносят свои риски на поставщиков².

Исследования деловых отношений производителей и ритейлеров во Франции и Германии также свидетельствуют о том, что они являются агрессивными и непрозрачными³.

¹ Conway P., Nicoletti G. Product Market Regulation in the Non-Manufacturing Sectors of OECD Countries: Measurement and Highlights. OECD Economics Department Working Papers. 2006. №. 530.

² Supermarkets: A Report on the Supply of Groceries from Multiple Stores in the United Kingdom. Competition Commission. 2000.

³ Reaching Higher Productivity Growth in France and Germany. 2002. McKinsey Global Institute Report. October; Государственное регулирование деятельности торговых сетей: основы и противоречия: Сборник научных статей / отв. ред. В.В. Радаев. М., 2011. С. 92.

Что касается российской практики, примером могут служить условия договоров, согласованные сторонами, имеющими фактически неравные переговорные возможности, об ответственности поставщика, о штрафных санкциях в отношении него, о сроках и порядке оплаты товаров, о скидках на товары и другие.

Анализ договорных связей между поставщиками (производителями) и покупателями (торговыми сетями) позволяет обозначить наиболее часто встречающиеся правовые конструкции, являющиеся явно обременительными для поставщиков¹.

Так, встречается практика, при которой стороны заранее в договоре устанавливают запрет для поставщика ссылаться на наиболее распространенные обстоятельства, которые могут привести к невозможности исполнения заказа, в том числе ввиду нарушения обязательств со стороны контрагентов поставщика, отсутствия у поставщика нужных товаров, отсутствия у поставщика необходимых денежных средств, возникновения каких-либо проблем технического, организационного, юридического и прочего характера на производстве, складе, офисе и т.д., совершения в отношении поставщика неправомерных действий со стороны третьих лиц или государственных органов, повышения цен валютных курсов.

В вопросе регулирования условий расторжения договора встречается оговорка о возможности расторжения договора в одностороннем порядке со стороны поставщика лишь в случаях, предусмотренных законом, а со стороны покупателя — также в случаях, дополнительно оговоренных договором, и перечень таких случаев довольно широк.

Кроме того, значителен объем условий договора об имущественной ответственности сторон, при этом снова речь идет, как правило, о поставщике. Так, только в отношении поставщика предусматриваются штрафные санкции (за поставку товара ненадлежащего качества, за непредоставление товарораспорядительных документов или нарушения срока их предоставления и др.), средний размер которых довольно существенен. В ряде случаев предоставление покупателю права взыскания штрафов с поставщика представляется явно излишним. Например, в случае поставки товара по цене, превышающей согласованную сторонами, поставщик обязан не только возместить покупателю всю сумму отклонений от согласованных цен, но также дополнительно оплатить покупателю штраф.

¹ Выводы авторов в части договорной практики производителей товаров и торговых сетей основываются на анализе более 100 договоров поставки продовольственных товаров.

Согласно сформулированным договорным условиям суммы штрафов взыскиваются покупателем с поставщика в исключительном порядке, которым помимо условий расчетов устанавливается мораторий исполнения денежных обязательств покупателя перед продавцом независимо от оснований их возникновения без начала течения просрочки покупателя и применения к нему санкций за их нарушение. В частности, в случае возникновения у поставщика задолженности перед покупателем покупатель имеет право не оплачивать сумму задолженности за отгруженный товар в части соответствующей задолженности поставщика перед покупателем, до момента погашения этой задолженности поставщиком покупателю. Покупатель имеет право удержать причитающиеся ему суммы (вознаграждения, премии, начисленные штрафные санкции и иные причитающиеся покупателю денежные средства) из суммы, подлежащей уплате за поставленный товар. Принятие покупателем товаров, поставленных по завышенной цене, не считается и не может толковаться как согласие с изменением цены; при этом покупатель принимает товары, а поставщик обязуется компенсировать уплаченную покупателем разницу. Реализация таких договорных условий усиливает дисбаланс прав и законных интересов поставщика и покупателя в противоречие с установленным ГК РФ принципами равенства участников гражданских правоотношений и свободы договора.

Ряд условий договоров имеет более частный характер, однако также свидетельствует об ущемлении прав и законных интересов поставщиков товаров. Так, устанавливая время осуществления поставки на склад, стороны предусматривают, что нарушение этого времени (без уточнения, на какой срок) будет являться основанием для правомерного отказа покупателя в приемке товара, при этом товар будет считаться не поставленным, а согласованный заказ неисполненным, что также влечет штрафные санкции для поставщика. С другой стороны, покупатель вправе перенести срок поставки или аннулировать заказ, если предупредит об этом поставщика за четыре часа.

Проверку качества товара осуществляет покупатель, при этом он вправе провести экспертизу в любой аккредитованной государственными органами лаборатории по своему выбору, причем результаты такой экспертизы будут являться для сторон окончательными и не будут подлежать пересмотру, в том числе в случае судебного спора.

В договоры между производителями товаров (поставщиками) и торговыми сетями (покупателями) включается раздел, посвященный претензионному порядку урегулирования возникающих споров,

вместе с тем обязанность ответить на претензию в определенный срок устанавливается только в отношении поставщика, в отношении покупателя сроки не устанавливаются.

Как законом, так и на уровне договорного регулирования допускается оплата товара с отсрочкой платежа, вместе с тем практика договорного регулирования обнаруживает наметившуюся тенденцию преодоления нормативно установленных ограничений, направленных на обеспечение баланса экономических интересов производителей товаров и лиц, осуществляющих торговую деятельность.

С целью стимулирования формирования рыночной системы реализации продовольственных товаров в Законе о торговле предусмотрены правила заключения и исполнения договоров поставки продовольственных товаров, которые, по существу, отступают от принципа свободы договора. Так, решен в пользу поставщиков продовольственных товаров вопрос о предельных сроках оплаты за поставленную продукцию с условием оплаты такой продукции через определенное время после ее передачи продавцу.

В соответствии с ч. 7 ст. 9 Закона о торговле в случае, если между хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность, и хозяйствующим субъектом, осуществляющим поставки продовольственных товаров, заключается и исполняется (реализуется) договор поставки продовольственных товаров с условием оплаты таких товаров через определенное время после их передачи хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, срок оплаты таких товаров для установления данным договором определяется по следующим правилам:

1) продовольственные товары, на которые срок годности установлен менее чем десять дней, подлежат оплате в срок не позднее чем восемь рабочих дней со дня фактического получения таких товаров хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность;

2) продовольственные товары, на которые срок годности установлен от десяти до тридцати дней включительно, подлежат оплате в срок не позднее чем двадцать пять календарных дней со дня фактического получения таких товаров хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность;

3) продовольственные товары, на которые срок годности установлен свыше тридцати дней, а также алкогольная продукция, произведенная на территории Российской Федерации, подлежат оплате в срок не позднее чем сорок календарных дней со дня фактического получения таких товаров хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность.

В договорах, заключаемых торговыми сетями и производителями продовольственных товаров, встречаются условия, противоречащие изложенным положениям законодательства (ч. 7 ст. 9 Закона о торговле). Например, при продаже продовольственного товара, срок годности на который установлен менее чем десять дней, предусматривается отсрочка в двадцать один рабочий день, что, по сути, означает кредитование покупателя.

Устанавливая общее правило о том, что цена договора поставки продовольственных товаров, заключаемого между поставщиком и покупателем, определяется исходя из цены продовольственных товаров, установленной соглашением сторон договора поставки (ч. 3 ст. 9), данный Закон вводит определенные ценовые ограничения¹. Предусмотренные им правила представляют собой изъятие из норм ГК РФ о договоре поставки, имеющих в основном диспозитивный характер, и направлены на защиту поставщиков продовольствия, ввиду чего нарушения таких положений при формулировании договорных условий представляют собой заведомое обременение производителей товаров, что приводит к нарушению баланса интересов и равенства участников договорных правоотношений в пользу торговой сети (покупателя). При этом изложенное, исходя из приоритета потребностей граждан и социальной задачи по улучшению уровня жизни населения, относимо и к непродовольственным товарам. Кроме того, в российском законодательстве в соответствии со ст. 14.42 Кодекса РФ об административных правонарушениях установлена административная ответственность в виде административного штрафа (на юридических лиц — от одного миллиона до пяти миллионов рублей) за установление в договоре поставки продовольственных товаров сроков оплаты таких товаров, превышающих установленные федеральным законом сроки, либо исполнение (реализация) такого договора в соответствующей части.

Усложнение договорных связей, создание различных схем, позволяющих с формальной точки зрения законно дискриминировать производителей (поставщиков) продовольственной продукции², требуют дальнейших законодательных мер по регулированию прав и обязанностей торговых сетей и хозяйствующих субъектов, осу-

¹ См.: Кванина В.В. Государственное регулирование цен продовольственных товаров // Юрист. 2015. № 20. С. 41—46.

² Торговые сети часто навязывают поставщикам условия, которые законны по форме, но не выгодны по существу. См.: Полежаева А.А., Полякова А.Д., Филатова А.А., Цыкунова В.Г., Яо Б. Проблемы защиты конкуренции при осуществлении торговой деятельности по продаже продовольственных товаров посредством организации торговой сети // Конкурентное право. 2018. № 1. С. 34—38.

осуществляющих поставки продовольственных товаров, в целях предотвращения дискриминационных практик в сфере торговли и поддержки отечественных производителей.

3. Перспективные направления развития законодательства в области торговли продовольственными товарами

В текущих условиях развития торговой деятельности именно торговые сети экономически определяют условия закупки продукции у производителя и впоследствии цену и условия ее реализации потребителю, что свидетельствует об особом экономико-правовом статусе и необходимости специального правового регулирования деятельности торговых сетей в цепочке производство-реализация-потребление товара, в отсутствие которого торговые сети фактически не ограничены в возможностях координации и сдерживании рынков сбыта продукции, оказывая решающее влияние на установление конечной цены и условий реализации продукции производителей, не имеющих в условиях развития сетевого маркетинга и логистики собственных каналов выхода на рынки.

Приведенные характеристики применимы исключительно к крупным торговым посредникам, специализирующимся на рынке сбыта продукции, имеющим разветвленные филиальные сети в регионах страны, чем определяется причитающаяся им доля контроля рынков сбыта продукции, что само по себе ставит вопрос о необходимости установления нормативных различий в правовом регулировании экономической деятельности торговых сетей и иных участников торговой деятельности, имеющих различную долю и объем контроля на рынках продукции. В связи с этим очевидна необходимость специального регулирования сетевой торговли для различных субъектов торговли. Целесообразно устранить ограничения, затрудняющие поддержку малого и среднего предпринимательства в сфере торговой деятельности, в связи с чем предлагается вывести предприятия малого и среднего торгового бизнеса из сферы ограничений, установленных в отношении торговых сетей Законом о торговле, посредством закрепления в легальном понятии торговой сети критериев разграничения малого бизнеса и крупных торговых предприятий — порог доходов торговой сети от реализации товаров, принадлежность хозяйствующему субъекту или относимой к нему группе лиц двух и более торговых объектов реализации продукции.

Положениями ст. 9 Закона о торговле установлены права и обязанности хозяйствующего субъекта, осуществляющего торговую деятельность, и хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров, в связи с заключением и исполне-

нием договора поставки продовольственных товаров без юридической привязки к масштабам осуществляемой деятельности на рынке реализации товара, в связи с чем требуется конкретизация применения предусмотренных обязанностей и ограничений указанием только на организацию торговой сети.

Также в п. 10 ст. 2 Закона о торговле определено, что услуги по продвижению товаров оказываются торговыми сетями поставщикам продовольственных товаров, что явно не учитывает возможности оказания такой услуги организацией торговли, не являющейся торговой сетью, что порождает правовую неопределенность распространения положений ч. 4 ст. 9 Закона о торговле на отношения между поставщиком и организацией торговли, не являющейся торговой сетью. Целесообразно исключить логистические услуги из совокупного размера вознаграждения, выплачиваемого хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, в связи с приобретением им у хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров, определенного количества продовольственных товаров, что призвано обеспечить в рассматриваемом сегменте торговой деятельности соблюдение принципа равенства — любые предприниматели независимо от их специализации правомочны свободно пользоваться услугами логистических компаний торговых сетей без каких-либо ограничений.

В экспансии торговых сетей как адептов крупного бизнеса кроится опасность вытеснения малого и среднего бизнеса, ущемления интересов производителей товаров, ухудшения положения незащищенных слоев населения. В связи с этим эффективность государственного регулирования деятельности сетей находится в поле пристального внимания как в России, так и в западных странах, регуляторный опыт которых может быть весьма полезен для формирования собственных подходов. Например, в Великобритании в 2009 г. принят Кодекс практики поставок продовольственных товаров (Groceries Supply Code of Practice), в содержание которого в общем виде входят следующие требования:

- условия работы ритейлеров с поставщиками должны быть стандартными, фиксироваться в письменном виде и находиться в открытом доступе;

- ритейлеры не должны требовать от поставщиков нести дополнительные расходы, связанные, например, с обработкой и переупаковкой товаров, проведением исследований потребителей, ремонтом или открытием нового магазина и проч.;

- ритейлер не имеет права требовать оплаты за лучшее позиционирование товара, кроме как в связи с проводимыми акциями;

— ритейлеры обязаны оплачивать услуги поставщиков вовремя (в соответствии со сроками оплаты, указанными в договоре) или в разумные сроки¹.

Кодекс практики поставок продовольственных товаров — свод норм, носящих обязательный характер для определенных ритейлеров, оборот которых превышает 1 млрд фунтов стерлингов², и распространяющихся на их взаимоотношения с любыми поставщиками.

В Российской Федерации разработан аналогичный документ — Кодекс добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров³, который, однако, носит рекомендательный характер. Положения Кодекса не являются обязательными для торговой сети и (или) поставщика за исключением случаев выражения соответствующим хозяйствующим субъектом письменного согласия с положениями Кодекса.

Анализ российского законодательства и договорной практики в области распределения прав и обязанностей производителей (поставщиков) товаров и торговых сетей позволяет прийти к выводу о необходимости нормативного закрепления дополнительных ограничений в отношении договорной деятельности участников торговых правоотношений, без которых положение производителей (поставщиков) продовольственных товаров во взаимоотношениях с торговыми сетями продолжает оставаться уязвимым⁴.

Одним из действенных механизмов обеспечения надлежащего и своевременного исполнения обязательств является включение в договоры поставки продовольственных товаров положения об имущественной ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, в том числе определение условий взыскания и размера неустойки. Как свидетельствует сложившаяся практика, зачастую размер неустойки за нарушение обязательств производителями (поставщиками) продовольственной продукции зна-

¹ URL: <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2013/the-groceries-supply-code-of-practice-gscop/>

² В настоящее время Кодекс распространяется на деятельность следующих компаний: Asda; Co-op; Marks & Spencer; Morrison Supermarkets; Sainsbury's; Tesco; Waitrose; Aldi; Iceland; Lidl.

³ URL: <https://fas.gov.ru/documents/575147>

⁴ В юридической литературе высказана и иная точка зрения, согласно которой введение новых требований и запретов в сфере торговли не приведет к улучшению ситуации в торговле продовольственными товарами, а в качестве правовых мер предлагается ограничиться устранением существующих недостатков в правовом регулировании деятельности торговых сетей и их поставщиков. См.: Андреева Л.В. Антимонопольные нормы в законодательстве о торговле: проблемы правоприменения // Юрист. 2017. № 9. С. 4—8.

чительно превышает аналогичные штрафные санкции, применяемые к торговым сетям, что во многом обусловлено неравными переговорными возможностями контрагентов и фактически приводит к неравномерному распределению гражданско-правовой ответственности и ущемлению прав отечественных производителей. В связи с этим представляется обоснованным включение в действующее законодательство правила о том, что неустойка за нарушение обязательств по продаже продукции через оптовую сеть должна определяться в равных или, по крайней мере, эквивалентных размерах в отношении обеих сторон и размер таких штрафных санкций не должен превышать 15% стоимости не исполненного и (или) ненадлежащим образом исполненного обязательства.

Дискриминация производителей (поставщиков) товаров проявляется также в установлении в договорах безакцептного порядка взыскания штрафов с поставщиков товаров в одностороннем порядке. Как показал анализ договорной практики, суммы штрафов взыскиваются покупателем с поставщика в исключительном порядке: в случае возникновения у поставщика задолженности торговая сеть имеет право не оплачивать отгруженный товар в части соответствующей задолженности до момента ее погашения поставщиком. В соответствии с договорными условиями торговая сеть имеет право удержать причитающиеся ей суммы (вознаграждения, премии, начисленные штрафные санкции и иные денежные средства) из суммы, подлежащей уплате за поставленный товар. В целях предотвращения подобной практики обоснованным представляется установление запрета на списание (зачет) торговыми сетями штрафов с поставщика в одностороннем и безакцептном порядке, в том числе путем уменьшения задолженности торговых сетей перед поставщиками или удержания из причитающихся последним сумм оплаты за поставленную продукцию.

На территории Российской Федерации не предусмотрено государственное регулирование цен на услуги розничной торговли, за исключением установления Правительством РФ предельных розничных цен на социально значимые продукты питания¹. Отсутствие нормативного регулирования в отношении всех остальных продук-

¹ Постановление Правительства РФ от 15 июля 2010 г. № 530 «Об утверждении Правил установления предельно допустимых розничных цен на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров первой необходимости, в отношении которых могут устанавливаться предельно допустимые розничные цены, и перечня отдельных видов социально значимых продовольственных товаров, за приобретение определенного количества которых хозяйствующему субъекту, осуществляющему торговую деятельность, не допускается выплата вознаграждения».

тов на отечественном рынке приводит к тому, что наценка может достигать 100%¹.

Вместе с тем идти по пути государственного регулирования в части порядка ценообразования по всем продовольственным товарам едва ли верно, поскольку это может привести не только к падению качества продукции и сокращению производства, но и к серьезному дисбалансу на рынке. «Из-за ухода с прилавков товаров отдельных поставщиков может существенно ухудшиться конкурентная среда, поскольку для соответствия реализуемой продукции регулируемым ценам производители станут сокращать затраты в ущерб качеству, а кто-то просто уйдет с рынка»². Возможный вариант регулирования — предусмотреть право поставщика определить в договоре поставки максимальной розничной цены продовольственного товара, что позволит предотвратить необоснованное завышение цен ритейлерами и тем самым повысить доступность продовольственных товаров для населения. Это позволит предотвратить возможные негативные последствия, порожденные введением ограничительных мер: выпадающие доходы торговых сетей не будут переложены на тех же поставщиков, либо, что более вероятно, на конечных потребителей, способствуя стабилизации цен.

Длительный характер правоотношений между поставщиками продуктов и торговыми сетями и непостоянство объема затрат, необходимых для производства продовольственных товаров, обуславливают необходимость регулярного пересмотра цен поставляемых товаров. При этом при согласовании изменения цены продовольственного товара по договору поставки должны «обеспечиваться прогнозируемость, предсказуемость и экономическая обоснованность, обеспечивающая контрагентам возможность достигнуть соглашения о новых ценах или, если соглашение не достигнуто, осуществить поиск альтернативного контрагента»³.

В связи с этим представляется обоснованным нормативное ограничение срока согласования изменения цен, что будет способ-

¹ Как показывают исследования, наиболее острой проблемой является установление огромных по размеру торговых наценок на отдельные виды товаров. Так, в Европе средняя наценка составляет 12,5%, тогда как в России торговая наценка может достигать 300%, что недопустимо для социальной политики. См.: Андреева Л.В. Совершенствование правового регулирования торговой деятельности (отдельные аспекты) // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2018. № 1. С. 15–19.

² Бычков А.И. Правовые основы ритейла в России. М., 2018. С. 20–21.

³ Статья 8 Кодекса добросовестных практик взаимоотношений между торговыми сетями и поставщиками потребительских товаров (утвержден ФАС России). URL: <https://fas.gov.ru/documents/575147>

ствовать повышению определенности и стабильности правоотношений между производителями и торговыми сетями. При этом несогласованные объем и срок поставки продукции, а также условия о новых ценах и прекращение на этом основании поставки продукции не должны являться основанием для применения штрафных санкций к сторонам договора поставки продовольственной продукции.

В целом следует констатировать, что в источниках российского законодательства ни один нормативный акт не предоставляет производителю продукции — стороне, которая в данных отношениях является зависимой, — эффективные и нормативно определенные средства для защиты гражданских прав в предпринимательской деятельности. Нормы ГК РФ о кабальных сделках в данном случае неприменимы: ни одна из сделок не соответствует формальным критериям, установленным гражданским законодательством. Невыгодные и иногда даже явно обременительные условия договора поставки поставщики не смогут оспаривать в силу п. 5 ст. 166 ГК РФ, если только речь не идет о ничтожных условиях, которые прямо нарушают требования закона¹.

Статья 10 ГК РФ, запрещающая злоупотребление правом, также не является адекватным механизмом воздействия, поскольку следствием ее применения является отказ в судебной защите права злоупотребившей стороны. Очевидно, что в реальном договорном процессе применение данной нормы малоэффективно.

Закон о защите конкуренции предлагает средства защиты, однако только в отношении действий хозяйствующего субъекта, занимающего доминирующее положение либо нескольких хозяйствующих субъектов, действующих скоординировано. Несмотря на то, что сети являются сильной стороной в отношениях, их положение на рынке далеко не всегда соответствует формальным критериям доминирующего положения, что исключает применение ст. 10 Закона о защите конкуренции². В данном случае субъект-правонарушитель — это не субъект, занимающий доминирующее положение,

¹ См.: Бычков А.И. Указ. соч. С. 25.

² Специальные антимонопольные правила и запреты на расширение в Законе о торговле установлены для хозяйствующих субъектов, осуществляющих розничную торговлю продовольственными товарами посредством организации торговой сети, доля которых превышает 25 % объема всех реализованных товаров в денежном выражении за предыдущий финансовый год в границах соответствующего субъекта Российской Федерации, в границах муниципального образования (ст. 14). При этом Закон о торговле не устанавливает правила о признании такого субъекта занимающим доминирующее положение. Подробнее об этом см.: Андреева Л.В. Указ. соч. С. 4—8.

а «торговая сеть»¹. Применение ст. 11, 11¹ данного Закона требует установления идентичных действий, что далеко не всегда происходит на практике. С учетом специфики нарушений законодательства о торговой деятельности обоснованным представляется закрепление специальных составов и условий привлечения к ответственности в рамках рассмотрения дел о нарушениях антимонопольного законодательства и наделение антимонопольных органов полномочиями по выдаче хозяйствующим субъектам обязательных для исполнения предписаний об изменении условий договоров поставки продовольственного товара.

Аналогично и Закон о торговле, который концентрируется на пресечении дискриминационных практик, навязывании определенного ограниченного круга договорных условий и запрете определенных договорных конструкций (ст. 9 и 13), не содержит эффективных норм, препятствующих реализации экономической власти торговых сетей в договорах с производителями продукции. Кроме того, данный Закон имеет ограниченную сферу применения — его положения не распространяются на оборот непродовольственных товаров. В российском законодательстве не сформулировано понятие экономической зависимости, формальное определение доминирующего положения, основанное на количественных критериях, не является адекватной заменой. Отраслевое законодательство также не учитывает в полной мере разницу в экономическом положении участников рассматриваемых правоотношений. Как следствие отсутствуют нормативные механизмы достижения и поддержания баланса прав, обязанностей, законных интересов производителей и торговых сетей при заключении и исполнении торговых сделок.

По существу, торговая сеть как универсальный канал сбыта продукции и особый хозяйствующий субъект представляет собой централизованную интегрированную структуру, управление которой преимущественно осуществляется крупным бизнесом. Такая модель может существенно затруднять доступ на рынок и свободу конкуренции средних и мелких производителей и поставщиков продукции, что негативно сказывается на удовлетворении потребностей населения регионов в ассортименте, видах и качестве предлагаемых к продаже товаров крупными поставщиками.

Демонополизация деятельности торговых сетей в качестве одной из важных мер оздоровления торговли предполагает стимулирование и правовое обеспечение развития самостоятельных видов торговой

¹ См.: Варламова А.Н. Отраслевой аспект в конкурентном праве // Конкурентное право. 2015. № 3. С. 3–7.

деятельности, непосредственно связанных с развитием малого и среднего бизнеса, потребительской кооперации — нестационарная и развозная торговля. В связи с этим требуется дифференцированное регулирование деятельности субъектов малого и среднего бизнеса по сбыту продукции и деятельности крупных торговых сетей в их взаимоотношениях с поставщиками товаров. В отношении же договорных правоотношений между крупными торговыми сетями и поставщиками (производителями) продукции целесообразным представляется принятие законодательных мер в части:

- установления эквивалентных для сторон размеров неустойки за нарушение обязательств по продаже продукции через оптовую сеть;

- ограничения размера штрафов не более 15% стоимости не исполненного и (или) ненадлежащим образом исполненного обязательства;

- установления запрета на списание (зачет) торговыми сетями штрафов с поставщика в одностороннем и безакцептном порядке, в том числе путем уменьшения задолженности торговых сетей перед поставщиками или удержания из причитающихся последним сумм оплаты за поставленную продукцию;

- наделения поставщика правом определить в договоре поставки максимальной розничной цены продовольственного товара;

- введения нормативных ограничений срока согласования торговыми сетями предложенной поставщиками новой цены товаров.

*Беляева Ольга Александровна,
главный научный сотрудник отдела
гражданского законодательства и процесса,
заведующий кафедрой частноправовых дисциплин ИЗиСП,
доктор юридических наук, профессор РАН*

УСТОЙЧИВЫЕ ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ЗАКУПКИ: ПОНЯТИЕ И ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Концепция устойчивого развития была выдвинута еще в 1987 г. в докладе Всемирной комиссии ООН по окружающей среде и развитию (Брундтланд, Германия), когда стало очевидно, что продолжительный экономический рост в развитых странах негативно отражается на состоянии окружающей среды. К началу этой острой дискуссии подтолкнул и выход доклада Римского клуба «Пределы роста», в котором говорилось, что продолжительный рост численности населения может привести к нехватке планетарных ресурсов для дальнейшего развития и, как результат, к тяжелейшему экономическому кризису¹.

Устойчивое развитие — это процесс, который удовлетворяет нуждам настоящего времени, не подрывая способности будущих поколений к удовлетворению собственных потребностей, это забота о благополучии будущих поколений, сохранении и приумножении человеческих возможностей. Российская Федерация приняла Концепцию перехода к устойчивому развитию еще в 1996 г.², а на Саммите Тысячелетия наряду с другими государствами — членами ООН утвердила концепцию «Цели развития тысячелетия». В настоящее время наша страна является приверженцем реализации 17 глобальных целей в области устойчивого развития, принятых ООН на перспективу до 2030 г.³

¹ Римский клуб — это международная неформальная организация, стремящаяся работать в интересах всего человечества и привлекать внимание общественности и правительств разных стран, к вопросам, которые серьезно волнуют сегодня мир, — к прогнозам на ближайшее и отдаленное будущее. Римский клуб с начала 70-х гг. XX в. проводит международные научные конференции и творческие дискуссии для привлечения внимания к целому блоку появившихся глобальных проблем. Он инициировал в 1992 г. созыв конференции ООН в Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию. Участники этой конференции, в частности, констатировали, что проблемы окружающей среды и проблемы развития человечества более не могут рассматриваться раздельно. Человечество обязано встать на путь устойчивого развития.

² См. Указ Президента РФ от 1 апреля 1996 г. № 440 «О Концепции перехода Российской Федерации к устойчивому развитию».

³ URL: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/ru/sustainable-development-goals/>

Концепция устойчивого развития предполагает гармонизацию задач социального, экономического и экологического развития. В экономической литературе давно используется понятие «устойчивые государственные закупки», означающее, что при осуществлении публичных закупок реализуются перечисленные принципы устойчивого развития¹. Оно неслучайно, внедрению устойчивых закупок (sustainable public procurement, а по вопросам экологии — green procurement) большое внимание уделяет ООН².

В 2017 году Международная организация по стандартизации (ISO) опубликовала Стандарт по устойчивым закупкам, посвященный соответствию целей поставок комплектующих нормам устойчивого развития. Так, все поставщики должны придерживаться тех же экологических и экономических правил, что и компания — производитель товаров под известными брендами.

В условиях увеличивающегося дефицита природных ресурсов, стремительного роста отходов переход к экономике замкнутого цикла (или циркулярной экономике) является актуальным трендом. Государства, разработав свои стратегии и национальные планы устойчивого развития, постепенно переходят на новые «циркулярные» бизнес-модели, вводят новые стандарты, меняют стратегии производства и потребления. Россия как страна, богатая природными ресурсами, возможно, в меньшей степени озабочена проблемой дефицита ресурсов. Но в России остро стоит другая проблема — стремительный рост отходов и проблема их утилизации³.

В связи с этим в экономической науке появился новый термин «циркулярные» закупки, они представляют собой закупки по конкурентным ценам, которые производятся с учетом сбережения ресурсов путем увеличения продолжительности жизни продукции, сохранения или увеличения ее стоимости в ходе ее жизненного цикла, кругового (повторного) использования биологических и технических материалов⁴. Циркулярные закупки (circular procure-

¹ См. Ромодина И.В. Госзакупки как инструмент реализации политики устойчивого развития: есть ли возможности применять в России? // Сб. докладов XI Международной конференции «Российские регионы в фокусе перемен» (г. Екатеринбург, 17–19 ноября 2016 г.). Екатеринбург, 2016. С. 882, 883.

² См.: Руководство по внедрению устойчивых государственных закупок. Методологический подход ЮНЕП. URL: <https://www.oneplanetnetwork.org/sites/default/files/51.pdf>

³ См.: Пахомова Н.В., Рихтер К.К. Ветрова М.А. Переход к циркулярной экономике и замкнутым цепям поставок как фактор устойчивого развития // Вестник Санкт-Петербургского университета. Экономика. 2017. Т. 33. Вып. 2. С. 248.

⁴ См.: Шадрина Е.В., Алейникова И.С. Циркулярная экономика и циркулярные закупки // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. 2019. № 56. С. 82–87; Шадрина Е.В., Кашин Д.В. Циркулярные закупки в России (данные исследования за 2019 г.) // Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. 2020/2021. № 62. С. 51.

ment) являются частью устойчивых закупок (sustainable procurement) и базируются на таких принципах устойчивости, как восстановление и цикличное использование ресурсов.

Исторически закупка всегда основывалась на двух критериях: цена + качество. Устойчивые закупки предполагают, что соотношение цены и качества оценивается на протяжении всего жизненного цикла исходя из того, что выгоды генерируются не только для организации, но и для общества и экономики в целом, при этом значительно снижая негативное воздействие на окружающую среду.

Очевидно, что без интеграции в нормативную правовую базу реализация целей и принципов устойчивого развития невозможна. И государственные закупки здесь не исключение. Вместе с тем в отечественном законодательстве нет легального определения «устойчивых» закупок, нет и специальных норм о них. Равным образом в Договоре о Евразийском экономическом союзе устойчивое развитие применительно к целям макроэкономической политики декларируется, однако с государственными закупками напрямую не связывается. Можно сказать, что наше законодательство в этом смысле является достаточно нейтральным.

Можно определить два направления воплощения в жизнь устойчивых закупок: установление требований к закупаемым товарам (работам, услугам) и преференциальная политика. Проще говоря, по объекту и по субъекту.

Экологические критерии являются добровольным инструментом регулирования экономики, но все настойчивей вводятся в закупочную мировую практику. Очень скоро, по мнению ученых, они станут не просто желательным элементом для заказчиков, но неким устойчивым торговым обычаем. Общество озабочено состоянием окружающей среды, потому что следствия глобального товарооборота без учета экологической составляющей слишком опасны для перспектив жизнедеятельности человека. Вопрос состоит в том, чтобы определиться с критериями (параметрами) продукции, ввести их в практику «зеленых» тендерных требований, обеспечивая при этом достоверность информации и конкурентную среду¹.

Есть мнение, что отсутствие правового регулирования не создает препятствий для внедрения государственными заказчиками устойчивых закупок². Так, экономисты предлагают заказчикам приобре-

¹ См.: Сметанина Т.П., Агапова Е.В. Экологизация закупочной деятельности. М., 2020. С. 78.

² См.: Шадрина Е.В., Ромодина И.В. Государственные закупки для устойчивого развития: международный опыт // Вопросы государственного и муниципального управления. 2017. № 1. С. 166.

тать «устойчивую» продукцию (бумагу, изготовленную из вторсырья), требовать поставки продукции в повторно используемых контейнерах, или направлять упаковочные материалы на переработку. Однако представляется, что в текущей действительности такие требования могут быть квалифицированы как ограничение конкуренции и установление требований к товарам, которое никак не связано с потребностями государственного заказчика.

Судебная практика демонстрирует немало таких прецедентов. Так, установление в требованиях к товарам при описании объекта закупки требований к материалам, из которых состоит данный товар, не может являться объективным описанием объекта закупки, что нарушает положения п. 1, 2 ч. 1 ст. 33 Федерального закона от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (далее — Закон о контрактной системе). Заказчик обязан представить доказательства, свидетельствующие о необходимости установления спорных требований к строительным материалам, обосновать свою потребность в таких товарах с соответствующими характеристиками (по химическому составу) и их влияние на результаты работ, являющихся предметом закупки¹. Равным образом включение в аукционную документацию описания рецептуры дезинфицирующего средства, в том числе указание процентного содержания действующих веществ, было признано судом избыточным, формирующим узконаправленных поставщиков, что в свою очередь, приводит к ограничению количества участников закупки².

Причем аналогичные вопросы уже возникали и в практике Суда Европейского Союза, в частности, вопрос о возможности присуждения государственного контракта на основе экологических критериев. Так, указанным Судом был выработан принцип «тесной взаимосвязи критерия с предметом закупки». Экологические критерии должны соответствовать основным принципам европейского права, в том числе принципу недискриминации, а также быть четко обозначены в документации о закупке³. При этом экологические и

¹ См.: Постановления Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 21 июня 2018 г. № Ф02-1771/2018 по делу № А19-9776/2017, Арбитражного суда Северо-Западного округа от 18 апреля 2018 г. № Ф07-2467/2018 по делу № А56-38732/2017, Арбитражного суда Уральского округа от 18 июня 2020 г. № Ф09-609/20 по делу № А71-9742/2018 и проч.

² См.: Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 16 октября 2019 г. № Ф06-52943/2019 по делу № А12-47043/2018.

³ См.: Смазнова А.П. Конкретизация порядка применения устойчивых государственных закупок в практике Суда Европейского Союза // Вопросы экономики и права. 2016. № 5. С. 35.

социальные требования не могут выступать в качестве решающего критерия при определении победителя закупки.

Таким образом, все перспективы применения «зеленых» закупок пока что «разбиваются» о нормативные требования объективного описания объекта закупки.

Законом о контрактной системе обозначена лишь возможность учета эко-критериев в закупках (п. 3 ч. 1 ст. 32, п. 2 ч. 4 ст. 54⁴). Следует подчеркнуть, что речь идет именно о нестоимостном критерии оценки, а не о требованиях к закупаемой продукции. Заказчик может воспользоваться эко-критерием только в целях выявления лучших условий исполнения контракта, указанных в заявках (предложениях) участников закупки, которые не были отклонены¹.

Во-первых, сфера применения такого критерия является весьма и весьма узкой: она ограничивается только процедурами конкурса и запроса предложений (причем еще и не во всех случаях), в то время как подавляющая часть закупок осуществляется посредством аукционов², запросов котировок, а также у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя). Использование экологических критериев наряду с качественными и функциональными характеристиками — только право заказчика, а не его обязанность.

Во-вторых, указание участником конкурса в заявке на соответствие показателю «Соответствие экологическим нормам» является его правом. Заказчик же оценивает заявку по установленным показателям критериев, в том числе по соответствию экологическим нормам, присваивая такой заявке соответствующее количество баллов, установленное конкурсной документацией. Отклонять заявку, не содержащую указания на соответствие указанному в вопросе критерию оценки, заказчик не вправе.

Таким образом, любая приверженность заказчика «зеленым» требованиям обернется против него самого, единственной реальной возможностью осуществить экологизацию публичных закупок видится нормативная корректировка требований к описанию объекта закупок, возможно, с утверждением экспериментального перечня

¹ См.: Правила оценки заявок, окончательных предложений участников закупки товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. постановлением Правительства РФ от 28 ноября 2013 г. № 1085; письмо Минэкономразвития России от 20 мая 2016 г. № ОГ-Д28-6763.

² По данным аналитических отчетов о мониторинге закупок Минфина России доля электронных аукционов среди всех способов закупок по итогам 2020 года составила 90%. URL: https://minfin.gov.ru/ru/performance/contracts/purchases/?id_38=131832-analiticheskii_otchet_po_rezultatam_osushchestvleniya_monitoringa_zakupok_tovarov_uslug_dlya_obespecheniya_gosudarstvennykh_i_munitsipalnykh_nuzhd_v_so

продукции. Вдохновлять в этом случае должен пример с запретом закупки ламп накаливания для государственных и муниципальных нужд, что позволило перестроить требования к объектам закупки кардинальным образом. Нет оснований сомневаться, что такой опыт будет успешным и для иных объектов.

Справедливы предложения о необходимости первоначального определения видов экономической деятельности, наиболее подходящих для «зеленых» государственных закупок. Отбор соответствующих сфер (секторов) целесообразно осуществлять с точки зрения возможностей для улучшения окружающей среды и минимизации экологического ущерба. Затем можно перейти к разработке и принятию общероссийского классификатора видов природоохранной деятельности и затрат на охрану окружающей среды¹.

Разумной и взвешенной в контексте изложенного представляется следующая идея: инициировать и провести на добровольной основе первичные экспериментальные торги с включением экокритериев в обязательные закупочные требования. При этом надо иметь в виду, что готовности номер один у российского рынка сейчас нет, есть вопросы к системам экологической сертификации, нет доверия к предоставляемой документации, а сам производитель в массовой части не готов ответить выставляемым требованиям, парируя требования аргументом о длительной временной перестройке производства и отсутствии соответствующего финансирования. Тем не менее прецедент нужно создать, выборочные торги с учетом минимальных для начала экологических требований провести, осветить эту практику в средствах массовой информации, а затем, анализируя и синтезируя полученный опыт, постепенно поднимать его на новый уровень².

Схожие мысли предлагаются и в отношении использования эко-требований (циркулярных требований, как то: энергоэффективность, долговечность, ремонтпригодность, возможность повторного использования) в технических заданиях аукционной документации. Эти закупочные процедуры имеют большой потенциал для применения циркулярных требований, так как на них закупается довольно стандартная продукция, и если ввести циркулярные тре-

¹ См.: Алиева Т.Е., Сметанина Т.П. Государственные закупки — варианты «зеленых» стандартов // Научные известия. 2018. № 12. С. 71, 74.

² См.: Сметанина Т.П., Агапова Е.В. Указ. соч. С. 95; Сметанина Т.В., Воронников А.М., Тарасов Б.А. Организационное сопровождение государственных зеленых закупок в России: формирование рынка экологических товаров // Вестник университета потребительской кооперации. 2019. № 1. С. 72.

бования и апробировать на небольшом количестве пилотных аукционов, то можно будет этот опыт мультиплицировать в других аукционах¹.

Реализация устойчивых закупок проявляется в предпочтениях². Наличие государственного заказа на производство продукции обеспечивает большую устойчивость рынка сбыта и в то же время уязвляет финансовое положение предприятия с финансовыми возможностями государства, что изменяет уровень риска, связанный с проектом, и должно быть учтено при оценке его эффективности. Закупки могут осуществляться не только в целях непосредственного удовлетворения государственных нужд в товарах, работах, услугах, но и для решения значимых социальных и экономических задач. Такая точка зрения распространена не только в юридической и экономической науке³, она формализована в самом институте преимуществ (преференций), являющемся составной частью отечественной контрактной системы. Палитра предпочтений достаточно разнообразна. Одной из них является возможность осуществления закупок на неконкурентной основе, т.е. путем проведения закупки у единственного поставщика (подрядчика, исполнителя), ее также именуют «прямым» заключением договора. Преференция проявляется в том, что субъект освобожден от необходимости участия в конкурентных процедурах, тем самым дезавуирован риск неполучения контракта (заказа), т.е. риск проигрыша, бесполезных, безрезультативных усилий.

¹ См.: Шадрина Е.В., Кашин Д.В. Указ. соч. С. 55; Рыбакова М.И. Законодательные основы развития «зеленых» закупок в России // Вестник экономической безопасности. 2018. № 4. С. 69.

² Определенный интерес в этом смысле представляет Европейский отчет о социально ориентированном прокьюременте (Making Socially Responsible Public Procurement Work: #WeBuySocialEU May 2020 71 Good Practice Cases, doi: 10.2826/7096 ISBN 978-92-9460-216-9. URL: https://ec.europa.eu/growth/content/making-socially-responsible-public-procurement-work-71-good-practice-cases_en). Большинство кейсов связаны либо с обязательным наймом и (или) обучением безработных (Швеция, Ирландия), инвалидов (Италия), или цыган (например, Венгрия), или иммигрантов (Финляндия), либо с использованием материалов и химии, прошедших специальную сертификацию насчет ущерба экологии, либо иные social criteria. Но все же возникает вопрос из области феноменологии закупок и их целеполагания: закупка нужна для того, чтобы обеспечить рынок сбыта тому или иному поставщику, чтобы обеспечить ресурсы для производства товаров или для оказания гражданам государственных услуг?

³ См.: Агапова Е.В., Беляева О.А. Государственные закупки: современный инструмент социальной политики // Юрист. 2020. № 6. С. 3, 7; Скворцова В.С. Поддержка организаций инвалидов посредством предоставления им преференций при осуществлении государственных закупок // Российское предпринимательство. 2018. Т. 9. № 5. С. 1663.

Но российская преференциальная политика общего знаменателя не имеет, поэтому полностью ее вряд ли можно соотнести с целями устойчивого развития. Допустим, ориентация закупок на субъекты малого предпринимательства, социально ориентированные некоммерческие организации, организации инвалидов, имеет прямое отношение к вопросам социального равенства и гармонизации экономической политики. Хотя методы предоставления преференций существенно различаются: квотирование закупок и ценовые надбавки, прямые контракты и освобождение от совершения обеспечительных сделок.

В то же время разнообразные меры поддержки, адресуемые учреждениям и предприятиям уголовно-исполнительной системы, продиктованы соображениями совсем другого рода — необходимостью реализации пенитенциарной политики, в центре которой труд как основной способ исправления осужденных. Поэтому предприятия уголовно-исполнительной системы должны иметь гарантированные заказы, гарантированный рынок сбыта продукции и проч.

В целом не стоит преувеличивать положительный эффект от внедрения устойчивых государственных закупок, хотя этой политике и следуют многие государства мира. М.В Шмелева совершенно обоснованно противопоставляет достижение целей социального обеспечения экономической эффективности закупок¹. Мы разделяем эту позицию: социальная или экологическая ориентация государственной контрактации никак не тождественна оптимальному соотношению цены и качества, и тем более она не способствует решению задач эффективности и результативности закупок.

Поэтому внедрение устойчивых государственных закупок — дело непростое, требующее экспериментальной практики по отраслям, по видам продукции, по регионам. Все основные составляющие устойчивых закупок наше законодательство уже предусматривает (опционально, не в обязательном порядке), но тотальный перевод системы отечественных закупок в «устойчивый» формат представляется пока преждевременным. Преференции все же должны иметь строго дозированный характер, а устойчивые закупки не должны создавать необоснованные барьеры поставщикам, не входящим в преференциальные группы. Необоснованных льгот и преимуществ, искажающих равенство правовых возможностей участников предпринимательской деятельности быть не должно.

¹ См.: Шмелева М.В. Эффективная реализация горизонтальной политики в области государственных закупок // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2018. № 1. С. 163.

*Символоков Олег Анатольевич,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

*Максименко Петр Николаевич,
аспирант ИЗиСП*

КОНСОЛИДАЦИЯ ОБЪЕКТОВ РАСПРЕДЕЛИТЕЛЬНОГО ЭЛЕКТРОСЕТЕВОГО КОМПЛЕКСА НА ОСНОВЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО МЕХАНИЗМА ОБЯЗАТЕЛЬНОЙ АРЕНДЫ

В настоящее время большинство объектов электросетевого хозяйства принадлежит хозяйствующим субъектам, которые подконтрольны публичному акционерному обществу «Российские сети» (далее — ПАО «Россети»). В свою очередь, ПАО «Россети» подконтрольно Российской Федерации, то есть является юридическим лицом с государственным участием. Вместе с тем в связи с особенностями реформирования электроэнергетики Российской Федерации существуют независимые территориальные сетевые организации, которым также принадлежат объекты электросетевого хозяйства, что осложняет согласованное управление такими организациями, их взаимодействие при оказании услуг по передаче электрической энергии, не позволяет проводить единую инвестиционную политику. Такое положение электросетевого комплекса Российской Федерации, характеризующееся множественностью центров управления, не позволяет в должной мере обеспечить надежное и качественное, экономически эффективное энергоснабжение потребителей, не соответствует целям и задачам, сформулированным в документах стратегического планирования. Кроме того, существуют объекты электросетевого хозяйства, которые принадлежат на праве собственности или ином законном основании лицам, не являющимся территориальными сетевыми организациями.

Действенным экономико-правовым механизмом решения проблемы разрозненности и распределенности объектов электросетевого хозяйства между неподчиненными экономически и организационно субъектами является консолидация объектов электросетевого хозяйства и территориальных сетевых организаций под эгидой единого управляющего центра.

Потребность в консолидации территориальных сетевых организаций и объектов электросетевого хозяйства отражена в нормативных правовых актах, в том числе в документах стратегического планирования.

Энергетическая стратегия Российской Федерации на период до 2035 года¹ (далее — Энергетическая стратегия) предусматривает, что задачей электроэнергетики в рамках пространственного и регионального развития является повышение эффективности электросетевого комплекса. В комплекс ключевых мер, обеспечивающих решение задачи повышения эффективности электросетевого комплекса, согласно этой Стратегии входит поэтапное создание единого государственного электросетевого комплекса.

В соответствии с Указом Президента РФ от 22 ноября 2012 г. № 1567 «Об открытом акционерном обществе «Российские сети» в целях дальнейшего развития электросетевого комплекса Российской Федерации, координации работы по управлению этим комплексом Правительству Российской Федерации поручено разработать нормативные правовые акты, обеспечивающие поэтапную консолидацию территориальных сетевых организаций (абз. 6 подп. «б» п. 3).

В соответствии со Стратегией развития электросетевого комплекса Российской Федерации² (далее — Стратегия развития электросетевого комплекса) перед электросетевым комплексом стоит задача сокращения степени разрозненности территориальных сетевых организаций и повышение контроля над ними. Как отмечается в названной Стратегии, большое количество территориальных сетевых организаций усиливает риски в отношении работы электрической сети и предопределяет неоптимальное распределение ресурсов, связанных с ее эксплуатацией, поддержанием и развитием. Особенностью электросетевого комплекса является наличие нескольких территориальных сетевых организаций, включая межрегиональную распределительную сетевую компанию, на одной географической территории с применением «котлового» метода регулирования тарифов для всех сетевых организаций региона. Нарушается принцип единообразия технических решений: внутри зоны деятельности компаний, входящих в ПАО «Российские сети», появляются анклавы со своей технической и эксплуатационной политикой. Зачастую происходит дублирование операционных издержек (например, на содержание ремонтного персонала и диспетчеризацию) и инвестиционных затрат (на строительство новых подстанций). В то же

¹ Утверждена распоряжением Правительства РФ от 9 июня 2020 г. № 1523-р.

² Утверждена распоряжением Правительства РФ от 3 апреля 2013 г. № 511-р.

время малые территориальные сетевые организации не обладают достаточным масштабом для самостоятельного разрешения чрезвычайных ситуаций. Различия регулирования деятельности территориальных сетевых организаций и межрегиональных распределительных электросетевых организаций также оказывает дестабилизирующее воздействие на тарифную систему.

На момент принятия Стратегии развития электросетевого комплекса насчитывалось более 3 000 территориальных сетевых организаций. В настоящее время количество таких организаций уменьшилось почти вдвое и по оценке ПАО «Россети» в электросетевом комплексе функционирует порядка 1 600 территориальных сетевых организаций. Такое снижение количества территориальных сетевых организаций связано с реализацией мер, запланированных Стратегией развития электросетевого комплекса, в частности, с разработкой и реализацией Критериев отнесения владельцев объектов электросетевого хозяйства к территориальным сетевым организациям¹ (далее — Критерии отнесения к территориальным сетевым организациям). Кроме того, из «котлового» тарифа были исключены расходы моносетевых организаций — территориальных сетевых организаций, оказывающих услуги по передаче электрической энергии преимущественно монопотребителю². Предусмотрены меры тарифной политики, позволяющие исключать экономически необоснованные доходы и расходы из структуры тарифов и применять их в отношении неэффективных территориальных сетевых организаций.

Указанные экономико-правовые способы стимулирования консолидации территориальных сетевых организаций привели к их сокращению. Вместе с тем помимо объединения территориальных сетевых организаций на основе гражданско-правовых механизмов реорганизации юридических лиц (присоединение, слияние), купли-продажи предприятия, приобретения корпоративных прав, аренды объектов электросетевого хозяйства на основе принципа свободы договора, появились лица, владеющие объектами электросетевого

¹ Постановление Правительства РФ от 28 февраля 2015 г. № 184 «Об отнесении владельцев объектов электросетевого хозяйства к территориальным сетевым организациям».

² Постановлением Правительства РФ от 7 марта 2014 г. № 179 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам электроэнергетики» определены Критерии отнесения территориальных сетевых организаций к сетевым организациям, обслуживающим преимущественно одного потребителя, и внесены изменения в иные подзаконные нормативные акты, согласно которым потребителям услуг гарантированы равные котловые тарифы, а моносетевые организации (за некоторыми исключениями) выведены из котловой модели оплаты услуг по передаче электрической энергии.

хозяйства, но не оказывающие услуги по передаче электрической энергии в связи с несоответствием Критериям отнесения к территориальным сетевым организациям и не проявляющие заинтересованности в добровольном заключении договоров, направленных на консолидацию объектов электросетевого хозяйства, а также сформировалась особая категория объектов электросетевого хозяйства — бесхозяйные объекты.

Политико-правовые цели, поставленные в документах стратегического планирования, необходимо соотносить с действующим законодательством, и в случае отсутствия или недостаточности имеющихся в нем правовых механизмов реализации стратегических целей следует вести поиск новых правовых средств или дополнять и изменять наличные правовые инструменты, соизмерять границы их действия в изменившихся и изменяющихся в определенном прогнозируемом направлении условиях, при этом имея в виду и опираясь на фундаментальные основы гражданско-правового регулирования и гражданско-правовой метод. Именно таким путем должно идти гражданское законодательство, которое является отражением не только традиционных и консервативных построений, но и современных тенденций развития. В противном случае законодательство будет собранием закостенелых конструкций, слабо применимых в действительности, а деятельность законодателя фактически будет заключаться в проверке законопроекта на предмет соответствия имеющимся правовым нормам. Конечно, такой подход для законодателя неприемлем, так как является нежизнеспособным. Вместе с тем необходимо не впадать в крайности, и любые новые правовые построения должны базироваться на основных началах гражданского законодательства, то есть речь, как правило, не идет о коренной ломке гражданско-правового уклада.

В создавшихся условиях функционирования электросетевого комплекса требуется использовать не только диспозитивный метод гражданского права. Сфера электроэнергетики представлена значительным количеством императивных гражданско-правовых норм. Большинство договоров оптового рынка электрической энергии (мощности) обязательны к заключению, розничные рынки электрической энергии представлены публичными договорами. Несмотря на тенденцию к расширению договорной свободы за счет увеличения доли свободных двусторонних договоров купли-продажи электрической энергии (мощности) на оптовом рынке и свободы выбора поставщика на розничных рынках (например, введена модель рынка микрогенерации), необходимо учитывать, что расширение дого-

ворной свободы происходит в конкурентных сферах электроэнергетики (производство и сбыт электрической энергии и мощности). В естественно-монопольном секторе электроэнергетики (передача электрической энергии, оперативно-диспетчерское управление) договорная свобода в широком ее проявлении по определению не уместна. Это сфера естественной монополии, государственного регулирования и императивных норм.

Профессор Н.И. Клейн отмечала, что «хотя свобода договора является важнейшим принципом договорного права, однако необходимо помнить, что возможно ограничение свободы договора. Оно должно быть закреплено федеральным законодательством и направлено на защиту публичного порядка и прав экономически зависимых и экономически слабых сторон договора»¹.

Закрепление и избирательное усиление публично-правовых механизмов, гарантирующих устойчивость и стабильность договорных отношений, нужно признать характерной тенденцией развития законодательства об электроэнергетике, непосредственно влияющей на систему договорных отношений в этой сфере².

Достижение поставленных в документах стратегического планирования целей по консолидации объектов электросетевого хозяйства и формированию единого государственного электросетевого комплекса предполагает выбор наиболее приемлемого и не противоречащего Конституции Российской Федерации, Гражданскому кодексу Российской Федерации (далее — ГК РФ) и нормативно-правовым целям реформирования электроэнергетики и электросетевого комплекса, обеспечивающего сбалансированное сочетание публичных и частных интересов, гражданско-правового механизма объединения разрозненных объектов электросетевого хозяйства.

Разработку правовых конструкций, обеспечивающих консолидацию объектов электросетевого хозяйства, включая совершенствование договорных форм, следует рассматривать как составляющую формирования правовых основ дальнейшего развития деятельности по передаче электрической энергии. Для данной сферы электроэнергетики характерно ее существенное значение для социально-экономического развития и энергетической безопасности России. В связи с этим в современных условиях необходим поиск новых экономических и правовых механизмов консолидации объектов

¹ Клейн Н.И. Принцип свободы договора и основания его ограничения в предпринимательской деятельности // Журнал российского права. 2008. № 1. С. 33.

² См.: Символоков О.А. Договоры в электроэнергетике: проблемы теории и практики: монография. М., 2021. С. 18.

электросетевого хозяйства, сочетающих публичные и частные интересы.

Стратегия развития электросетевого комплекса в качестве гражданско-правовых конструкций, которые могут применяться с целью консолидации объектов электросетевого хозяйства под управлением территориальных сетевых организаций, отвечающих необходимых критериям, предусматривает договоры о порядке использования, приобретения и (или) аренды сетей.

Перечисленные способы гражданско-правового оформления процесса консолидации объектов электросетевого хозяйства в рамках свободы договора могут быть реализованы полностью, и порядок их применения не вызывает сложности, так как действующее гражданское законодательство в отношении этих способов содержит достаточное количество правовых положений, обеспечивающих переход прав на объекты электросетевого хозяйства и самих объектов к надлежащим территориальным сетевым организациям. Кроме того, перечисленными способами консолидации объектов электросетевого хозяйства при условии их добровольного применения возможные правовые механизмы экономической концентрации не исчерпываются. Иные правовые формы объединения объектов электросетевого хозяйства также достаточно полно урегулированы. Выбор соответствующей гражданско-правовой конструкции остается за сторонами.

Наиболее сложную и чувствительную для гражданского оборота проблему представляет принудительная консолидация объектов электросетевого хозяйства с помощью указанных гражданско-правовых конструкций, как и в целом любое имеющееся в законодательстве, а также проектируемое ограничение субъективных гражданских прав, когда есть сомнения в его разумности, справедливости, обоснованности, соразмерности, определенности.

Разумность будет означать понимание тех целей, которые нужно достичь, и осуществление выбора действенного способа их достижения, но при том, чтобы применение такого способа обеспечивало баланс интересов участников регулируемых отношений, а также публичных интересов, то есть было справедливым.

В соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (абз. 2 п. 2 ст. 1 ГК РФ).

Возможное ограничение свободы договора и права собственности на объекты электросетевого хозяйства соответствует предусмотренным в Конституции РФ, ГК РФ целям допустимого ограничения гражданских прав: защита прав и законных интересов других лиц (право на надежное, безопасное энергоснабжение по доступной цене за электрическую энергию и недискриминационный доступ к услугам по ее передаче), обеспечение энергетической безопасности как составной части безопасности государства. Экономическая деградация распределительного электросетевого комплекса, которая не только возможна, но и вполне реальна применительно к объектам электросетевого хозяйства, не принадлежащим территориальным сетевым организациям, напрямую влечет угрозу перечисленным правам и интересам.

В соответствии с абзацем восьмым ст. 3 Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» (далее — Закон об электроэнергетике) электрическая энергия это особый товар. Его «особость» заключается в социальной роли, в ключевом значении для экономики страны. Электроэнергетика, включая деятельность по передаче электрической энергии, «является основой функционирования экономики и жизнеобеспечения» (абз. 2 ст. 3 Закона об электроэнергетике). «Определение правового положения энергии (ядерная, тепловая, электромагнитная) как объекта гражданских прав связано с ее восприятием как продукта обеспечивающего социально-экономические потребности общества и отдельных его членов»¹.

ГК РФ содержит общие правила о заключении договора в обязательном порядке, предусматривающие, что случаи, когда заключение договора обязательно для соответствующей стороны, должны быть предусмотрены в самом ГК РФ или в ином законе, закрепляя возможность понуждения к заключению обязательного договора (ст. 421, 445). К примеру, ГК РФ предусматривает случаи понуждения к заключению публичного договора, основного договора, условия которого содержатся в предварительном договоре, договора на

¹ Синицын С.А. Общие положения о вещном праве: сравнительно-правовое исследование: монография. М., 2019. С. 265.

торгах, когда организатор торгов уклоняется от подписания протокола (ст. 426, 429, 448).

В развитие общих положений ГК РФ об обязательных к заключению договорах и с учетом особенностей конкретной сферы хозяйственной деятельности Законом об электроэнергетике закреплены случаи заключения обязательных договоров.

Так, в соответствии с п. 3 ст. 8 Закона об электроэнергетике организация по управлению единой национальной (общероссийской) электрической сетью заключает с другими собственниками или иными законными владельцами объектов электросетевого хозяйства, входящих в единую национальную (общероссийскую) электрическую сеть, договоры, определяющие порядок использования указанных объектов. Заключение таких договоров является обязательным для собственников или иных законных владельцев объектов электросетевого хозяйства, входящих в единую национальную (общероссийскую) электрическую сеть.

Заключение договоров оказания услуг по передаче электрической энергии по единой национальной (общероссийской) электрической сети является обязательным для организации по управлению единой национальной (общероссийской) электрической сетью (абз. 3 п. 1 ст. 9 Закона об электроэнергетике).

Заключение договоров оказания услуг по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике субъектами электроэнергетики и потребителями электрической энергии, отнесенными в соответствии с п. 1 ст. 16 Закона об электроэнергетике к кругу лиц, подлежащих обязательному обслуживанию, с системным оператором является обязательным для обеих сторон, при этом системный оператор не вправе отказать в заключении такого договора (п. 2 указанной статьи).

ГК РФ предусматривает различные способы вторжения в сферу частной хозяйственной инициативы и автономии, закрепляя возможность принудительного прекращения права собственности, перечень которых является исчерпывающим (п. 2 ст. 235): отчуждение недвижимого имущества в связи с изъятием земельного участка ввиду его ненадлежащего использования (ст. 239); отчуждение недвижимого имущества в связи с принудительным отчуждением земельного участка для государственных или муниципальных нужд (изъятием земельного участка для государственных или муниципальных нужд (ст. 239²); выкуп бесхозяйственно содержимых культурных ценностей, домашних животных (ст. 240 и 241); прекращение права собственности на бесхозяйственно содержимое жилое помещение (ст. 293) и др.

Таким образом, если говорить о принципиальной правовой основе для применения и конструирования принудительных гражданско-правовых договорных механизмов консолидации объектов электросетевого хозяйства, то такая основа существует, так как опосредована характером регулируемых общественных отношений в сфере передачи электрической энергии, основными началами и содержанием гражданского законодательства, конституционными принципами социального государства и свободы экономической деятельности в их диалектическом единстве и взаимодействии.

Правовой режим взаимодействия территориальной сетевой организации (арендатора) и собственника или иного законного владельца объекта электросетевого хозяйства, не обладающего статусом территориальной сетевой организации (арендодатель), на основе договора обязательной аренды в полной мере отвечает принципам гражданского права и общим положениям гражданского законодательства об обязательных договорах.

Имущественный интерес арендодателя по договору аренды объектов электросетевого хозяйства заключается в получении платы за владение и пользование имуществом арендатором, а имущественная заинтересованность арендатора состоит во владении и пользовании арендованным имуществом для целей оказания услуг по передаче электрической энергии и его возможном последующем выкупе. Таким образом, конечная цель договора аренды объектов электросетевого хозяйства заключается в приобретении арендатором объектов электросетевого хозяйства и распространение на них правового режима объектов электросетевого хозяйства, находящегося во владении территориальной сетевой организации и используемого для оказания услуг по передаче электрической энергии по распределительной сети, что позволяет получить необходимое финансирование на содержание и развитие указанных объектов за счет тарифных источников.

Действующее регулирование предусматривает порядок отнесения владельцев объектов электросетевого хозяйства к территориальным сетевым организациям. Установлены соответствующие критерии отнесения к территориальным сетевым организациям.

Если владелец объектов электросетевого хозяйства таким критериям не соответствует, то можно говорить о том, что он не получает или лишается статуса территориальной сетевой организации. В связи с этим его деятельность не рассматривается как деятельность по оказанию услуг по передаче электрической энергии, а соответственно, ему не устанавливается тариф на передачу, средства от

получения которого необходимы для осуществления деятельности по передаче электрической энергии. В то же время за таким владельцем сохраняется обязанность не препятствовать перетоку электрической энергии в интересах тех потребителей, которые технологически присоединены к его объектам электросетевого хозяйства. Возлагая такую обязанность на владельца объектов электросетевого хозяйства, не являющегося территориальной сетевой организацией, законодатель руководствовался публичными интересами функционирования электросетевого комплекса. Вместе с тем такой владелец несет определенные расходы на содержание объектов электросетевого хозяйства и нуждается в их соразмерной компенсации. До недавнего времени собственник или иной законный владелец таких объектов не мог претендовать на какую-либо компенсацию необходимых расходов ни в форме получения оплаты за переток, ни в виде возмещения расходов на содержание его сетей.

Конституционный Суд РФ, проверяя конституционность п. 6 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг, утвержденных постановлением Правительства РФ от 27 декабря 2004 г. № 861, признал этот пункт не соответствующим Конституции РФ, ее преамбуле, ст. 8, 19 (ч. 1 и 2), 34 (ч. 1), 35 (ч. 1) и 55 (ч. 3), в той мере, в какой в системе действующего правового регулирования он исключает для собственника (владельца) объектов электросетевого хозяйства, через которые опосредованно присоединены к электрическим сетям территориальной сетевой организации энергопринимающие устройства иных потребителей, возможность возмещения расходов, понесенных им в связи с обеспечением перетока электрической энергии тем ее потребителям, договоры о технологическом присоединении с которыми были заключены им в статусе территориальной сетевой организации, и поручил Правительству РФ внести необходимые изменения в действующее правовое регулирование¹.

Конституционный Суд РФ вынес абсолютно верное и справедливое по своему существу постановление, отметив, что Правительство РФ должно внести изменения в нормативное правовое регулирование в части разрешения исследованного вопроса и сформировать механизм оплаты расходов, связанных с перетоком

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2019 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности пункта 6 Правил недискриминационного доступа к услугам по передаче электрической энергии и оказания этих услуг в связи с жалобой акционерного общества «Верхневолгоэлектромонтаж-НН».

электрической энергии. При этом Конституционный Суд не указал на состав расходов, подлежащих компенсации¹.

Во исполнение постановления Конституционного Суда РФ от 25 апреля 2019 г. № 19-П Правительство РФ приняло постановление от 26 декабря 2019 г. № 1857 «О внесении изменений в некоторые акты Правительства Российской Федерации по вопросам компенсации расходов на приобретение электрической энергии (мощности) в целях компенсации потерь электрической энергии собственникам или иным законным владельцам объектов электросетевого хозяйства, понесенных ими в связи с обеспечением перетока электрической энергии в энергопринимающие устройства потребителей электрической энергии» (далее — Постановление № 1857), предусматрившее порядок определения компенсации владельцам объектов электросетевого хозяйства, не являющихся территориальными сетевыми организациями, но фактически обеспечивающих переток электрической энергии с использованием принадлежащих им на праве собственности или ином законном основании объектов электросетевого хозяйства. В соответствии с Постановлением № 1857 собственники (владельцы) объектов электросетевого хозяйства, обеспечивающие переток электрической энергии, вправе компенсировать понесенные расходы на приобретение электрической энергии (мощности) в целях компенсации потерь электрической энергии в своих сетях. Вместе с тем собственнику (владельцу) таких объектов по-прежнему не возмещаются расходы на содержание объектов электросетевого хозяйства.

В целом Постановление № 1857, руководствуясь подходом *de lege lata*, правильно определяет объем подлежащих возмещению расходов, ограничивая их только компенсацией стоимости электрической энергии (мощности), приобретенной для компенсации потерь в электрических сетях. Если бы в Постановлении № 1857 также предусматривалось возмещение расходов на содержание объектов электросетевого хозяйства, это привело бы к тому, что фактически собственники (владельцы) объектов электросетевого хозяйства, обеспечивающие переток электрической энергии, но не являющиеся территориальными сетевыми организациями, получали бы

¹ См.: Максименко П.Н. Позиция Конституционного Суда Российской Федерации о вмешательстве в право частной собственности на объекты электросетевого хозяйства: недосказанное / Конституция и модернизация законодательства: материалы XV Международной школы-практикума молодых ученых-юристов (Москва, 27 мая — 5 июня 2020 г.) / пред. ред. колл. Т.Я. Хабриева. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИД «Юриспруденция», 2020. С. 282–283.

компенсацию в объеме, равном тарифу на передачу электрической энергии, устанавливаемому для территориальной сетевой организации, то есть признавались бы территориальными сетевыми организациями *de facto*. Такое регулирование повлекло бы негативные последствия для электросетевого комплекса, так как явилось бы стимулом для строительства новых объектов электросетевого хозяйства, появлению множества новых собственников (владельцев) таких объектов, не обладающих статусом территориальной сетевой организации, вызвало бы непредсказуемые экономические последствия в сфере ценообразования на услуги по передаче электрической энергии, создало бы существенные препятствия для реализации стратегических целей развития электросетевого комплекса Российской Федерации, в том числе консолидации объектов электросетевого хозяйства.

Однако выбранный подход, являясь справедливым в части сохранения особенностей разграничения правового регулирования деятельности территориальных сетевых организаций и иных владельцев объектов электросетевого хозяйства в области ценообразования, не позволяет решить полный спектр проблем. Так, собственник (владелец) объектов электросетевого хозяйства, исполняя установленную обязанность по содействию перетоку электрической энергии, несет бремя содержания имущества, и соответствующие расходы осуществляются за его счет несмотря на то, что указанные затраты необходимы не только в его интересах, но и интересах конечных потребителей электроэнергии. Такое состояние правового регулирования не может не создавать риски для надежного и безопасного функционирования объектов электросетевого хозяйства, принадлежащих лицам, не обладающим необходимыми ресурсами для их содержания и функционирования. При этом подход *de lege ferenda*, создавая отдельные сложности, обозначенные выше, мог бы в большей мере решить проблемы содержания объектов электросетевого хозяйства, не принадлежащих территориальным сетевым организациям, а, следовательно, и обеспечить более надежное и безопасное энергоснабжение¹.

Использование обязательной аренды будет способствовать устранению указанных рисков, поэтому ее грамотное внедрение позитивно повлияет на консолидацию объектов электросетевого хозяйства. По существу договор обязательной аренды объектов распределительного электросетевого комплекса — это компромиссный вариант обеспечения баланса интересов различных групп субъектов отно-

¹ Подробнее об этом см.: Максименко П.Н. Указ. соч.

шений в сфере передачи электрической энергии по распределительным сетям: не являющихся территориальными сетевыми организациями собственников и иных законных владельцев объектов электросетевого хозяйства; потребителей электрической энергии; территориальных сетевых организаций; публично-правовых образований.

С помощью обязательной аренды собственник (владелец) объектов электросетевого хозяйства, не относимый к территориальным сетевым организациям, сможет выполнять возложенную на него обязанность не препятствовать перетоку электрической энергии к потребителям, которые технологически присоединены к его объектам электросетевого хозяйства, так как выполнение указанной обязанности будет обеспечиваться территориальной сетевой организацией, обладающей для этого необходимыми организационными, правовыми и экономическими ресурсами.

Текущая практика взаимодействия с владельцами объектов распределительного электросетевого комплекса позволяет предположить, что используемые правовые конструкции не учитывают (прежде всего, из-за возможности отказаться от заключения добровольного договора аренды) все риски, связанные с осуществлением деятельности по передаче электрической энергии. Поэтому договор обязательной аренды это перспективный способ консолидации объектов электросетевого хозяйства, так как другие способы, названные в Стратегии развития электросетевого комплекса, хотя и возможны, но менее соответствуют конституционным и гражданско-правовым принципам, которые нужно учитывать при введении ограничений гражданских прав в рассматриваемой сфере регулирования.

Правовая конструкция договора обязательной аренды учитывает ряд специфических для деятельности по передаче электрической энергии по распределительным сетям черт: значение государственного участия, обоснованное социальной значимостью отрасли; важность государственного регулирования и контроля; соблюдение обязательных правил; естественно-монопольный характер деятельности в сфере оказания услуг по передаче электрической энергии.

Появление нового договорного механизма в сфере передачи электрической энергии в целом отвечает современным тенденциям государственного регулирования в электроэнергетике и не противоречит положениям документов стратегического планирования, определяющих развитие отрасли.

Обоснованность использования механизма обязательной аренды обусловлена наличием совокупности экономических и правовых

предпосылок, характеризующих регулируемую сферу общественных отношений.

Экономической предпосылкой выделения договора обязательной аренды объектов электросетевого хозяйства является отсутствие у владельцев объектов электросетевого хозяйства необходимых экономических условий для надежного и безопасного осуществления деятельности по передаче электрической энергии и наличии таких условий у территориальных сетевых организаций.

Правовые предпосылки состоят в обеспечении правовой определенности в отношении субъектов, оказывающих услуги по передаче электрической энергии, а также правового режима имущества, используемого для оказания указанных услуг.

Таким образом, возможное регулирование вопросов консолидации объектов распределительного электросетевого комплекса на основе гражданско-правового механизма обязательной аренды позволит обеспечить соблюдение баланса интересов различных субъектов в сфере передачи электрической энергии по распределительным сетям и соответствует конституционным принципам и ценностям, основным началам и содержанию гражданского законодательства, целям и задачам, сформулированным в документах стратегического планирования.

В завершение следует отметить, что экономика находится в активной стадии трансформации, обусловленной цифровизацией и интеллектуализацией всех ее отраслей, в том числе электроэнергетики. Говоря об электросетевом комплексе, нельзя не обратить внимание на процесс создания «умных» сетей (*Smart Grid*), направленных на повышение эффективности, надежности, экономической выгоды, а также устойчивости производства и распределения электроэнергии¹.

Подобные масштабные и социально-значимые направления развития не всегда могут быть полноценно осуществлены в отсутствие правовых средств стимулирования или понуждения их реализации. Например, в США правовая база для перехода на «умные» сети была создана в 2007 г.², но процесс их внедрения, несмотря на это, сталкивается с различными проблемами, например, отказом

¹ См., например: План мероприятий («дорожная карта») «Энерджинет» Национальной технологической инициативы, одобренный Президиумом Совета при Президенте Российской Федерации по модернизации экономики и инновационному развитию России 28 сентября 2016 г., Протокол № 4, С. 129, 130. URL: https://nti2035.ru/documents/docs/DK_energynet.pdf

² 42 U.S. Code Subchapter IX—Smart Grid // URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/42/chapter-152/subchapter-ix>

регулирующих электроэнергетику органов власти штатов продвигать федеральную политику и т.д.¹

Хотя Россия и США имеют различные правовые системы и, в частности, отличающиеся подходы к правовому регулированию электроэнергетики, подобный зарубежный опыт подтверждает целесообразность в отдельных случаях создания механизмов правового понуждения, в том числе предлагаемой в настоящем исследовании обязательной аренды объектов электросетевого хозяйства, поскольку в ином случае внедрение «умных» сетей в нашей стране также может столкнуться с различными проблемами, к которым можно отнести и невозможность проведения единой политики среди всех сетевых организаций по их созданию.

¹ Подробнее об этом см., например: Joel B. Eisen Smart Regulation And Federalism For The Smart Grid, 37 Harv. Envtl. L. Rev. 1. P. 17–19.

III. КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

*Чеховская Светлана Алексеевна,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

ЦЕЛИ КОРПОРАЦИИ И УСТОЙЧИВОЕ РАЗВИТИЕ: ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ¹

Общие вопросы устойчивого развития

В настоящее время обеспечение устойчивости, необходимость адаптироваться к жизни в пределах ресурсов Земли являются самыми насущными проблемами, стоящими перед человечеством. Цели устойчивого развития, также известные как «Глобальные цели», были провозглашены Организацией Объединенных Наций в 2015 г.² в качестве универсального призыва к действиям по искоренению нищеты, защите планеты и обеспечению того, чтобы к 2030 г. все люди наслаждались миром и процветанием.

Концепция устойчивого развития была введена в научный оборот в начале 1980-х годов Лестером Брауном³. Позднее Л. Браун, Кристофер Флавин и Сандра Постель определили устойчивое общество как такое, которое «удовлетворяет свои потребности, не ставя под угрозу перспективы будущих поколений»⁴.

За последние двадцать лет наблюдается экспоненциальный рост⁵ числа компаний, которые измеряют, управляют и сообщают о результатах своей корпоративной устойчивости. Ключевые вопросы в этой области включают, в частности, изменение климата, эффективность использования ресурсов, благосостояние сотрудников,

¹ В статье рассматриваются только коммерческие корпоративные организации.

² Sustainable Development Goals. United Nations Development Programme (undp.org). URL: <https://www.undp.org/sustainable-development-goals>

³ См.: Brown L. Building a Sustainable Society. New York: Norton, 1981.

⁴ Brown L., Flavin C., Postel S. Picturing a sustainable society // in State of the World. New York: Norton, 1990. P. 173.

⁵ В начале 1990-х гг. менее двадцати организаций подготовили корпоративные отчеты об устойчивом развитии; к 2019 г. более 10 000 компаний, зарегистрированных на бирже, подготовили такой отчет. См.: Serafeim G., Grewal J. ESG Metrics: Reshaping Capitalism? Harvard Business School Technical Note 116-037, March 2016 (Revised April 2019). URL: <https://www.hbs.edu/faculty/Pages/item.aspx?num=50871>

интеграцию и разнообразие, безопасность и качество продукции, а также борьбу с коррупцией¹.

В Российской Федерации вопросы обеспечения устойчивости являются составной частью Концепции развития публичной нефинансовой отчетности и плана мероприятий по ее реализации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 5 мая 2017 г. № 876-р. В разделе 3 указанной Концепции устанавливается, что публичные нефинансовые отчеты служат источником информации для независимой оценки деятельности организаций и составления на ее основе индексов и рейтингов в сфере устойчивого развития и корпоративной социальной ответственности.

Российские хозяйственные общества в последние годы уделяют большое внимание вопросам устойчивого развития и их роли в поддержании этого процесса, однако все еще вызывает сомнения, не носят ли они характер лозунгов. К примеру, на сайте ПАО ГМК «Норильский никель» можно прочесть, что общество поддерживает повестку дня ООН в области устойчивого развития на период до 2030 года и называет приоритетами в сфере устойчивого развития: стратегию ESG (Environmental — экология, Social — социальное развитие, Governance — корпоративное управление), в том числе окружающую среду; изменение климата; охрану труда и промышленную безопасность; антивирусное реагирование; ликвидационные мероприятия на ТЭЦ-3; персонал; местные сообщества; службу корпоративного доверия (устойчивому развитию посвящен отдельный раздел сайта общества)². Корпорацией также ежегодно публикуются отчеты об устойчивом развитии³.

¹ Grewal J. Serafeim, George. Research on Corporate Sustainability: Review and Directions for Future Research (September 5, 2020). Foundations and Trends® in Accounting: Vol. 14: No. 2. P. 73–127, 2020. URL: or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3687330>

² URL: <https://www.nornickel.ru/investors/disclosure/corporate-documents/#charter-and-evidence-of-the-fts>

³ Подобные отчеты утверждаются и другими корпорациями (Газпром, Лукойл, Роснефть и др.). Например, с 2008 г. ПАО «МТС» утверждает ежегодный Отчет об устойчивом развитии Группы МТС, демонстрирующий вклад общества в развитие цифровой экономики и регионов присутствия, освещает стратегию и масштабы деятельности общества, систему корпоративного управления, результаты ответственной деловой практики, ключевые проекты в рамках взаимодействия с государством и местными сообществами. При подготовке Отчета используются рекомендации GRI Standards (Core), базовые индикаторы результативности РСПП. Финансовые показатели приводятся на основе аудированной финансовой отчетности, подготовленной по МСФО. Выбор существенных тем для раскрытия в Отчете осуществляется на основе регулярного опроса ключевых групп стейкхолдеров. В Отчете приводятся сопоставление актуальных инициатив Группы в социальной и экологической сферах с Целями устойчивого развития ООН. Кроме того, Отчет

Несмотря на наличие всех стратегических документов в этой сфере, мы могли убедиться, насколько недейственными являются такие меры, когда дочерней компанией ПАО ГМК «Норильский никель» был причинен вред окружающей среде в результате разлива дизельного топлива в Норильске¹. Очевидно, что необходим другой подход в создании системы правовых средств, обеспечивающих превентивную работу с подобными рисками. В литературе отмечается, что прежде всего требуются крупные финансовые вложения и поэтапное снижение негативного воздействия на экосистемы и население, усиление штрафных санкций мало что меняет, штрафы выплачиваются, а ситуация остается².

Как видим, в настоящее время речь идет не столько о финансовой устойчивости, сколько о нефинансовых факторах, которые также учитываются при измерении устойчивости корпорации. Сейчас считается, что если «развитие» понимать в узком экономическом смысле, связанном с понятием неограниченного количественного роста, то оно не может быть устойчивым; но если оно включает также социальные, экологические, культурные и духовные аспекты, и если оно связано с качественным экономическим ростом, то такой многомерный системный процесс действительно может быть устойчивым³. Следует заметить, что устойчивость корпораций рассматривается не только как способность противостоять рискам наступления неблагоприятных последствий, но и способность поддерживать их работоспособность, способность адаптироваться к меняющимся условиям.

Корпоративная устойчивость становится одним из элементов инвестиционной привлекательности корпорации. Например, если до 2006 г. в США подобных инициатив не существовало совсем, то в 2019 г. фонды устойчивого развития привлекали новые активы беспрецедентными темпами на общую сумму 20,6 миллиарда долларов, что почти в четыре раза превышало предыдущий годовой рекорд, установленный в 2018 г.⁴

ежегодно проходит процедуру общественного заверения в Совете по нефинансовой отчетности Российского союза промышленников и предпринимателей РФ // Отчет устойчивого развития — Москва (mts.ru)

¹ «Норникель» выплатил рекордный штраф в 146,2 млрд руб. | Новости | Известия | 10.03.2021 (iz.ru)

² См.: Транин А.А. Экологически неблагополучные территории — особый объект экологических отношений // Экологическое право. 2012. № 1. С. 28—34.

³ Capra F., Luisi, P. L. The systems view of life. A unifying vision. Cambridge: Cambridge University Press., 2014, p. 472.

⁴ Grewal J. Serafeim, George. Research on Corporate Sustainability: Review and Directions for Future Research (September 5, 2020). Foundations and Trends® in Accounting: Vol. 14: 2020. No. 2. P. 73—127. URL: or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3687330>

Одним из элементов устойчивого развития является корпоративная социальная ответственность. При этом идее корпоративной социальной ответственности насчитывается уже около 70 лет. С 1953 года, когда была опубликована книга Говарда Р. Боуэна «Социальные обязанности бизнесмена»¹, стали всесторонне обсуждаться вопросы деловой этики и социальной ответственности. Европейская комиссия определяет корпоративную социальную ответственность (КСО, corporate social responsibility — CSR) как «ответственность компаний за их влияние на общество», а также разъясняет, что это нечто отличное от простого соблюдения нормативных актов, подчеркивая, что «соблюдение применимого законодательства и всех коллективных соглашений между социальными партнерами является необходимым условием для выполнения этой ответственности»².

В настоящее время ракурс рассмотрения вопросов КСО в системе концепции устойчивого развития обновляется, они занимают отдельные строчки и в правовой повестке³ на всех уровнях регулирования. Поскольку сегодня становится очевидным, что социальные и экологические издержки, налагаемые коммерческими корпорациями на общество, значительны, то идет поиск правовых инструментов смягчения неблагоприятных последствий⁴. Главными элементами новой парадигмы устойчивого развития становятся ESG⁵-стратегия и корпоративная социальная ответственность.

В настоящее время признается, что ESG-факторы существенно влияют на изменение правил игры на рынке⁶, в которой теперь требуется найти компромисс между максимизацией прибыли и социальными и природными ценностями. Мы можем наблюдать, как направленность на обеспечение устойчивости уже учитывается при формировании новых правовых норм частного права. В частности,

¹ Bowen H. Social Responsibilities of the Businessman. New York, Harper, 1953.

² URL: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:en:PDF#:~:text=The%20European%20Commission%20has%20previously,stakeholders%20on%20a%20voluntary%20basis%E2%80%9D>

³ Sustainability and Law. General and Specific Aspects // ed. by V. Mauerhofer, D. Rupo, L. Tarquino. Springer, 2020.

⁴ Grantham Ross B., People Plant and Profits: Re-Purposing the Company// Company and Securities Law Journal, 2021, 38(4), 250–273 // ssrn.com/abstract=3828336

⁵ Три параметра, на которые ориентируются корпорации при разработке стратегии устойчивого развития: вопросы защиты окружающей среды, социальной сферы, стандартов корпоративного управления.

⁶ Corporate Purpose: Sustainability as a Game Changer | Oxford Law Faculty

Гражданский кодекс Китайской Народной Республики, принятый 28 мая 2020 г. и вступивший в силу 1 января 2021 г., является одним из примеров того, как частное право начинает реагировать на экологические проблемы, внедряются положения об устойчивом развитии в систему гражданского права¹.

Именно с этих позиций ставится вопрос и об осмыслении будущего корпораций в XXI в., их целей, роли и назначения в обществе. В частности, Британская академия (национальная академия Великобритании общественных и гуманитарных наук) в 2019 г. опубликовала отчет «Принципы целенаправленного бизнеса: как создать основу для будущего корпорации»² (далее — Принципы Британской академии), основываясь на своем предыдущем отчете 2018 г. «Реформирование бизнеса для 21 века»³, в котором излагались аргументы в пользу срочной реформы бизнеса для решения социальных, политических и экологических проблем, с которыми он сталкивается при использовании технологических и научных достижений.

Происходящие процессы заставляют обратиться и к фундаментальным вопросам корпоративного права: какова цель корпорации, в чьих интересах управляется корпорация⁴. В то же время при всей очевидности современных вызовов, стоящих перед корпорациями, пересмотр целей коммерческой корпорации подвергается сомнению⁵, разворачиваются научные дискуссии на эту тему, выдвигаются гипотезы о необходимости переосмысления целей коммерческой корпорации, которая, как предполагается, должна существовать не только для получения прибыли, но и для решения проблем, стоящих перед людьми и обществом в целом.

¹ Szpotakowski I. The New Chinese Civil Code and Its Contribution to Sustainable Development (September 30, 2020). TRANSFORMACJE PRAWA PRYWATNEGO, 3/2020, ISSN 1641–1609. P. 233–246. URL: <https://ssrn.com/abstract=3824602>

² URL: [future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf](https://www.thebritishacademy.ac.uk/future-of-the-corporation-principles-purposeful-business.pdf) (thebritishacademy.ac.uk)

³ Отчет был основан на исследовательских работах, подготовленных учеными в области гуманитарных и социальных наук со всего мира, руководствуясь советами видных бизнес-лидеров. Текст отчета доступен: *Reforming business for the 21st century: a framework for the future of the corporation*. The British Academy

⁴ Rock E. B. For Whom is the Corporation Managed in 2020?: The Debate over Corporate Purpose (May 1, 2020). European Corporate Governance Institute — Law Working Paper No. 515/2020, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 20-16, NYU Law and Economics Research Paper // ssrn.com/abstract=3589951 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3589951>

⁵ Grantham Ross B., People P. and Profits. Re-Purposing the Company // *Company and Securities Law Journal*, 2021, 38(4), 250–273 // ssrn.com/abstract=3828336

Цели корпорации

В зарубежной литературе отмечается, что дебаты о корпоративных целях¹ переживают ренессанс в настоящее время². Дискуссии о корпоративной цели в свое время проходили определенные этапы своего развития: от определения целей государственной корпорации, до акционерно-ориентированной модели корпорации (Hansmann и Kraakman, 2001), и затем stakeholder-ориентированной модели корпорации³.

Концептуальные проблемы пересмотра целей коммерческой корпорации ставят и более практические вопросы: насколько необходимо закрепление положения о цели корпорации в ее уставе, в компетенцию какого органа должен входить вопрос о формировании цели и т.д. С одной стороны, в системе корпоративного управления совет директоров несет ответственность за установление и подтверждение целей корпорации, сформулировав бизнес-модель, разработав стратегию корпорации и подходы к минимизации рисков. Поэтому предметом дискуссии является также содержание обязанностей директоров в новых условиях.

В Принципах Британской академии закрепляется, что корпоративное право должно рассматривать цель корпорации в качестве центрального вопроса и требовать от директоров корпорации, чтобы они заявляли о своих целях и демонстрировали приверженность им; регулирование должно предполагать особенно высокие обязанности по вовлечению, лояльности и заботе со стороны директоров корпорации об общественных интересах; владение долями (акциями) должно признавать обязательства акционеров и вовлекать их в поддержку корпоративных целей, а также в их права на получение финансовой выгоды от такого владения; корпоративное управление должно согласовывать интересы руководства с интересами компа-

¹ См., например: Licht A.N. Varieties of Shareholderism: Three Views of the Corporate Purpose Cathedral (October 19, 2020). European Corporate Governance Institute — Law Working Paper No. 547/2020 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3718670>; Bainbridge S.M. Making Sense of The Business Roundtable's Reversal on Corporate Purpose (July 30, 2020). UCLA School of Law, Law-Econ Research Paper No. 20-03 // <https://ssrn.com/abstract=3664078>; Fleischer H. Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law (January 21, 2021). European Corporate Governance Institute — Law Working Paper No. 561/2021 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3770656>

² Pollman E. The History and Revival of the Corporate Purpose Clause (March 12, 2021). U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 21-15, Texas Law Review, Forthcoming // ssrn.com/abstract=3803604

³ Goranova M.L. and Verstegen R.L. The Corporate Objective Revisited: The Shareholder Perspective (April 26, 2021). Journal of Management Studies, Forthcoming. URL: <https://ssrn.com/abstract=3834113>

ний; необходимо установить подотчетность перед целым рядом заинтересованных сторон через соответствующие структуры управления корпорации; оценка корпоративного управления должна учитывать влияние и инвестиции корпорации в своих работников и природные активы как внутри фирмы, так и за ее пределами; результаты деятельности должны оцениваться с учетом достижения корпоративных целей, а прибыль — за вычетом затрат на их достижение. Как видим, в этом документе не только директора являются ответственными за проведение целевой политики в жизнь. Выдвигается идея ответственного владения долей в корпорации, не позволяющая перекладывать всю ответственность на членов совета директоров и членов исполнительных органов.

При этом Британская академия и в отчете 2018 г., и в отчете 2019 г. обосновывает такое видение корпорации историческими аргументами, указывая, что корпорация первоначально была квазигосударственным учреждением, созданным для социальных целей (например, университеты, строительство железных дорог, каналов, мостов). Роль корпоративной формы в частной торговле возникла только в середине XIX в., стремление приравнять корпоративную цель к увеличению прибыли стало сейчас настолько острым. Другими словами, по мнению Британской академии, необходимо вернуть концепцию корпорации к его истинной природе, с обязательствами перед обществом. Поскольку многие положения данных принципов не бесспорны, в зарубежной литературе развернулись дискуссии по этому вопросу. Этим объясняется, почему определение содержания цели корпорации стало одной из самых обсуждаемых тем в корпоративном праве.

В этот же период, в августе 2019 г., прошел бизнес-круглый стол (организация главных исполнительных директоров (СЕО) ведущих американских компаний), по итогам которого было опубликовано «Заявление о цели корпорации»¹. Это заявление, подписанное 181 директорами, по сути является всеобъемлющей концепцией корпоративной цели, которая провозглашает как значимость собственных корпоративных целей, так и приверженность фундаментальным обязательствам перед всеми заинтересованными сторонами корпорации.

Франция стала страной, которая впервые отразила все эти идеи в нормах права. В частности, в ст. 1833 Гражданского кодекса Франции² законом № 2019-486 от 22 мая 2019 г. было внесено дополнение,

¹ Business Roundtable — Opportunity Agenda.

² URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000038589931/

отражающее расширительное понимание цели общества, следующего содержания: «общество управляется в своем социальном интересе, принимая во внимание социальные и экологические вопросы своей деятельности»¹. Как видим, французское корпоративное право теперь оперирует понятием «социальный интерес» (*intérêt social*), в котором объединяются как интересы участников общества в максимизации прибыли, так и интересы заинтересованных сторон и в более общем плане общественные интересы поддержания надлежащей окружающей среды.

Эксперты отмечают, что новая редакция данной статьи в целом отражает позицию французских судов, которые склоняются к открытой концепции корпоративных целей и интересов². Тем не менее высказываются и другие мнения. Например, Пьер-Анри Конак считает, что недавняя реформа имеет сильное политическое изменение, предусматривающее широкую концепцию интересов компании, и создает риск привлечения к ответственности членов органов управления за недостаточный учет экологических и социальных вопросов³. Этим же законом изменена ст. 1835 Гражданского кодекса Франции, в которой теперь устанавливается, что в уставе может быть закреплено обоснование, состоящее из принципов, которыми руководствуется общество, и для соблюдения которых оно намерено выделить соответствующие средства.

В Российской Федерации данная тема пока активно не обсуждается, тем не менее стандарты корпоративной цели, а также возникающие в связи с следованием этим стандартам обязанности директоров определены в п. 127 Кодекса корпоративного управления (2014)⁴, Совет директоров должен принимать во внимание интересы иных заинтересованных сторон, включая работников, кредиторов, контрагентов общества. Обществу следует быть социально ответст-

¹ Копия оригинального текста дополнения: *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.*

² Например, Pietrancosta A. *«Intérêt social» and «raison d'être»: Thoughts about two core provisions of the Business Growth and Transformation Action Plan (PACTE) Act that amend corporate law.* URL: https://www.researchgate.net/publication/340978497_Interet_social_and_raison_d'etre_Thoughts_about_two_core_provisions_of_the_Business_Growth_and_Transformation_Action_Plan_PACTE_Act_that_amend_corporate_law

³ Conac P. *Le nouvel article 1833 du Code Civil Français et l'integration de l'intérêt social et de la responsabilité social d'entreprise: constat ou revolution?// Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2019, 500 // http://www.rivistaodc.eu/Article/Archive/index_html?ida=128&idn=21&idi=-1&idu=-1

⁴ Письмо Банка России от 10 апреля 2014 г. № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления».

венным, поэтому совету директоров рекомендуется принимать решения с соблюдением принятых стандартов охраны окружающей среды и социальных стандартов, т.е. концептуально, через инструменты мягкого права.

Аналогичное по смыслу положение было закреплено в поправках к Кодексу корпоративного управления Великобритании (2018): для того чтобы компания выполняла свои обязанности перед акционерами и заинтересованными сторонами, совет директоров должен обеспечить эффективное взаимодействие с этими сторонами и поощрять их участие в компании¹. Более того, в данном документе вступительный раздел переименован и теперь имеет название «Руководство советом директоров и цели компании». Один из пунктов этого раздела закрепляет, что совет директоров должен определить цели, ценности и стратегию компании и убедиться в том, что они и ее культура согласованы. При этом понятие цели компании не раскрывается.

Оценивая данные изменения, Дэвид Кершоу и Эдмунд-Филипп Шустер² приходят к выводу, что Кодекс корпоративного управления Великобритании не использует термин «цель компании» в смысле ст. 172(1) Закона о компаниях (2006)³, которая устанавливает, что директор компании должен действовать так, как, по его добросовестному убеждению, следует, чтобы в наибольшей мере способствовать успеху компании в интересах ее членов в целом. Правила рекомендательного акта учеными рассматриваются скорее, как определение миссии компании, без установления правовых последствий в случае отклонения от цели, закрепленной в Кодексе корпоративного управления Великобритании.

Действительно, на практике часто корпорации делают различные заявления о корпоративной миссии, в которых выражаются их устремления, не несущие никаких конкретных обязательств. Например, цель Facebook состоит в том, чтобы «дать людям возможность создавать сообщество и сближать мир»⁴.

Сегодня большинство корпоративных уставов за рубежом содержат общее положение о том, что цель корпорации — заниматься

¹ URL: <https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>

² Kershaw, David and Schuster, Edmund-Philipp. The Purposive Transformation of Company Law (March 31, 2019). LSE Legal Studies Working Paper No. 4/2019, Forthcoming, American Journal of Comparative Law, Available at SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=3363267>

³ Companies Act 2006 (legislation.gov.uk)

⁴ Facebook — ESG Resources ([fb.com](https://www.facebook.com/esgresources))

любой законной деятельностью. Целью деятельности российских коммерческие корпораций, как правило, в уставе закрепляется извлечение прибыли. Так, п. 3.1 Устава ПАО ГМК «Норильский никель» закрепляет, что целью деятельности общества является извлечение прибыли;¹ п. 11 Устава ПАО «МТС» устанавливает, что целью хозяйственной деятельности общества является извлечение прибыли путем планирования, маркетинга, создания и эксплуатации сетей связи и сооружений связи, предоставление доступа к информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» и оказания услуг связи на территориях, указанных в лицензиях, выдаваемых обществу уполномоченным органом государственной власти².

Анализ зарубежной литературы показал, что в настоящее время формируются три подхода к пониманию цели коммерческой корпорации. Согласно первому, корпорации должны формулировать свою цель, так, чтобы она была включена в механизм контроля за действиями директоров, для содействия учету интересов заинтересованных лиц или общественности при принятии корпоративных решений, полномочия директоров могут быть прекращены в случае серьезных нарушений при принятии решений, не отвечающих целям деятельности.

Второй подход является противоположностью первого: корпоративное право не может спасти мир от бедности, а по-прежнему в основе своей имеет обеспечение усиления власти акционеров, их преимущества по отношению к директорам³.

Третий подход занимает среднее положение между двумя первыми. Согласно данному подходу корпорации формулируют свою цель, которую затем используют с инструментальной точки зрения⁴. Цель позволяет корпорации сигнализировать о своих приоритетах заинтересованным сторонам, позволяя им выбирать поведение, которое будет способствовать достижению их индивидуальных целей, и определять меры защиты, необходимые для ограничения корпоративных

¹ URL: <https://www.nornickel.ru/investors/disclosure/corporate-documents/#charter-and-evidence-of-the-fts>

² URL: <https://moskva.mts.ru/about/investoram-i-akcioneram/korporativnoe-upravlenie/dokumenti-pao-mts/ustav-pao-mts>

³ Smith D. Gordon. The Dystopian Potential of Corporate Law (March 2007). Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1040 // ssrn.com/abstract=976742 or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.976742>

⁴ См., например: Ferrarini G. Corporate Purpose and Sustainability (December 7, 2020). European Corporate Governance Institute — Law Working Paper #559/2020, An edited version of this paper will be published as a chapter in Danny Busch, Guido Ferrarini and Seraina Grunewald (eds.), *Sustainable Finance*, Palgrave MacMillan (forthcoming). URL: // <https://ssrn.com/abstract=3753594> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3753594>

решений, несовместимых с этими целями. Кроме того, цель может быть использована как координирующий инструмент. Инструментальный подход позволяет конкретизировать цели корпорации и рассматривает его как действенное средство, применяемое советом директоров, сколько участниками корпорации. Более того, для ее реализации целей корпорации должны выделяться соответствующие средства, тогда не становится простым лозунгом.

На начальном этапе пересмотра целей корпорации она может быть реализована с помощью структурных и управленческих механизмов. С правовой точки зрения выполнение взятых на себя обязательств корпорация может осуществлять с помощью, например, закрепления требований к результатам деятельности членов совета директоров, структуре их вознаграждения, разработки системы сменяемости состава совета директоров в зависимости от эффективности деятельности этого в органа в данной сфере. Может иметь значение создание системы управления устойчивым развитием корпорации, в которой совет директоров возьмет на себя функции по надзору за вопросами КСО, включая экологическую политику и деятельность, связанную с климатическими изменениями. В этой связи в полномочия этого органа должны входить: утверждение стратегии КСО и социальных инициатив и мониторинг реализации и эффективности социальных инициатив, в том числе проектов в области охраны окружающей среды; формирование ежегодного Отчета об устойчивом развитии и мониторинг показателей достижения целей проектов и программ; регулярное информирование участников корпорации о соответствующих рисках, включая риски, связанные с изменением климата.

Действенным для формирования эффективной системы корпоративного управления может быть создание соответствующих комитетов в структуре совета директоров, в целях координации партнерских программ, трансляции политики устойчивого развития корпорации во внешнюю и внутреннюю среду, независимой проверки Отчета об устойчивом развитии.

Выводы

Современные вызовы ставят вопрос о роли моральных «обязательств» корпораций в структуре современного правового регулирования. Эти моральные «обязательства» становятся основой добровольного принятия корпорацией обязанностей, которые становятся для нее юридически обязывающими, поскольку результат их выполнения становятся включенным в систему выгод, получаемые корпорацией. Она становится инвестиционно-привлекательной, получает большее доверие со стороны потребителей, что в конечном

итоге приносит корпорации прибыль. Тем самым цель получения прибыли наполняется иным содержанием, меняются пути ее получения. Корпоративная цель является динамичной¹ и сложной концепцией, подлинная корпоративная цель может помочь создать акционерную стоимость. Корпоративная цель имеет потенциал для создания ценности для всех групп заинтересованных сторон.

На мой взгляд, происходящие в настоящее время процессы переосмысления роли корпораций в обществе, нынешние разногласия в корпоративном праве в отношении изменения ее целей носят фундаментальный характер, и, по сути, будут определять будущее развития корпоративного права. Под воздействием новых стратегических целей постепенно будут формироваться обновленные стандарты поведения участников корпоративных отношений, меняться корпоративное законодательство.

¹ Milano G.V. and Tomlinson B. and Whately R. and Yiğit A. The Return on Purpose: Before and during a Crisis (October 21, 2020). URL: <https://ssrn.com/abstract=3715573> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3715573>

*Гутников Олег Валентинович,
главный научный сотрудник ИЗиСП,
доктор юридических наук*

ИЗБРАНИЕ СОВЕТА ДИРЕКТОРОВ НЕПУБЛИЧНОГО АКЦИОНЕРНОГО ОБЩЕСТВА НА НЕОПРЕДЕЛЕННЫЙ СРОК

Вопрос о пределах диспозитивности норм корпоративного законодательства в последнее время достаточно широко обсуждается в юридической литературе, особенно после принятия летом 2020 г. определения Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ по делу ООО «Яна Тормыш»¹, где были обозначены концептуальные подходы к правовому регулированию отношений в непубличных хозяйственных обществах², которые во многом остаются дискуссионными. Можно сказать, что проблематика соотношения императивного и диспозитивного методов правового регулирования корпоративных отношений «пронизывает» сегодня все корпоративное право и имеет важнейшее практическое значение.

Особую актуальность и остроту эта проблематика приобретает в свете того, что специальные законы о хозяйственных обществах до сих пор не приведены до конца в соответствие с положениями обновленной гл. 4 ГК РФ³, в которой принцип диспозитивности фактически признан основным методом правового регулирования корпоративных отношений в непубличных хозяйственных обществах. Несмотря на это многие нормы корпоративного законодательства, регулирующие отношения в непубличных хозяйственных обществах, остаются императивными, что порождает массу практиче-

¹ См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11 июня 2020 г. № 306-ЭС19-24912 по делу № А65-3053/2019.

² См.: Кузнецов А.А. Новая жизнь российского корпоративного права и ограничения на отчуждение доли (акций). Комментарий к определению судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 306-ЭС19-24912 // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 8. С. 4–24; Чупрунов И.С. Начало «новой жизни» в российском корпоративном праве. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 306-ЭС19-24912 // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 8. С. 25–68.

³ См.: Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

ских проблем при выяснении соотношения общих положений ГК РФ и специальных законов о юридических лицах.

Наглядным примером, иллюстрирующим неоднозначность соотношения диспозитивных норм ГК РФ и императивных норм законов о хозяйственных обществах, является вопрос о возможности предусмотреть в уставе непубличного акционерного общества избрание совета директоров на неопределенный срок.

В соответствии с п. 1 ст. 66 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО) «члены совета директоров (наблюдательного совета) общества избираются общим собранием акционеров в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом и уставом общества, на срок до следующего годового общего собрания акционеров». Если годовое общее собрание акционеров не было проведено в установленные законом сроки, полномочия совета директоров (наблюдательного совета) общества прекращаются, за исключением полномочий по подготовке, созыву и проведению годового общего собрания акционеров.

Однако в соответствии с подп. 6 п. 3 ст. 66³ Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) по решению участников (учредителей) непубличного общества, принятому единогласно, в устав общества могут быть включены положения «о требованиях, отличных от установленных законами или иными правовыми актами требований к количественному составу, порядку формирования и проведения заседаний коллегиального органа управления общества (пункт 4 статьи 65³) или коллегиального исполнительного органа общества».

В связи с этим возникает вопрос о том, можно ли в устав непубличного акционерного общества включить положение о том, что члены совета директоров общества избираются общим собранием акционеров в порядке, предусмотренном Законом об АО и уставом общества, на неопределенный срок. Насколько законным является избрание совета директоров общества на неопределенный срок с учетом положений п. 1 ст. 66 Закона об АО и п. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ?

Действующий Закон об акционерных обществах предусматривает один безальтернативный способ порядка формирования совета директоров в любом акционерном обществе: как в публичном, так и в непубличном. Этот способ предполагает избрание совета директоров годовым общим собранием акционеров особым кумулятивным голосованием. Порядок избрания совета директоров регулируется положениями ст. 66 Закона об АО, нормы которой принято считать императивными.

Так, согласно ст. 66 Закона об АО совет директоров избирается кумулятивным голосованием очередным годовым общим собранием акционеров. При кумулятивном голосовании число голосов, принадлежащих каждому акционеру, умножается на число лиц, которые должны быть избраны в совет директоров (наблюдательный совет) общества, и акционер вправе отдать полученные таким образом голоса полностью за одного кандидата или распределить их между двумя и более кандидатами. Избранными в состав совета директоров (наблюдательного совета) общества считаются кандидаты, набравшие наибольшее число голосов (п. 4 ст. 66 Закона об АО).

Закон не устанавливает строго определенного срока полномочий избранного совета директоров, но по смыслу Закона (п. 1 ст. 66 Закона об АО) совет директоров избирается на срок между очередными годовыми общими собраниями акционеров. Этот срок не обязательно должен соответствовать одному году: он может находиться в пределах сроков, установленных для проведения годового общего собрания акционеров, т.е. сроков, установленных уставом общества для проведения общего собрания. Такие сроки должны быть установлены не ранее чем через два месяца и не позднее чем через шесть месяцев после окончания отчетного года (абз. 3 п. 1 ст. 47 Закона об АО).

Согласно п. 1 ст. 66 Закона об АО если годовое общее собрание фактически не было проведено, то полномочия действующего совета директоров прекращаются, кроме полномочий по подготовке, созыву и проведению годового общего собрания акционеров. Закон не регулирует ситуацию, когда очередное годовое общее собрание было проведено, но вопрос об избрании совета директоров на нем не ставился. В этом случае исходя из логического толкования закона следует считать полномочия прежнего совета директоров также прекратившимися, кроме полномочий по подготовке, созыву и проведению собрания акционеров, на котором будет избран совет директоров.

Данные положения Закона об АО сформулированы императивно, и установление в уставе иного порядка избрания совета директоров по смыслу этого Закона не допускается. В том числе не допускается избрание совета директоров на какой-то иной срок, не укладывающийся в сроки проведения годовых общих собраний акционеров, в том числе — на неопределенный срок.

Статья 66 Закона об АО содержит и иные императивные нормы, регулирующие вопросы, связанные с избранием совета директоров.

Например, в силу того, что совет директоров избирается в целом особым кумулятивным голосованием, прекратить досрочно можно полномочия только всего состава совета директоров в целом, т.е. од-

новременно всех членов совета директоров (абз. 3 п. 1 ст. 66 Закона об АО). Досрочно прекратить полномочия некоторых директоров по смыслу п. 1 ст. 66 Закона об АО нельзя.

Нельзя также отказаться от кумулятивного голосования или провести его по иным правилам, чем это предусмотрено в п. 4 ст. 66 ГК РФ.

Закон предписывает также, что члены коллегиального исполнительного органа общества (правления) не могут составлять более одной четвертой состава совета директоров, а генеральный директор не может быть одновременно председателем совета директоров (абз. 2 п. 2 ст. 66 Закона об АО).

Несмотря на то что рассмотренные выше положения ст. 66 Закона об АО о порядке избрания совета директоров сформулированы императивно, они вступают в коллизию с положением подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ, согласно которому для непубличных акционерных обществ установлено правило о том, что в устав общества могут быть включены положения «о требованиях, отличных от установленных законами или иными правовыми актами требований к количественному составу, порядку формирования и проведения заседаний коллегиального органа управления общества».

Поэтому вопрос о том, допускают ли положения Закона об АО избрание совета директоров непубличного акционерного общества на неопределенный срок, должен быть рассмотрен в системном толковании с подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ, который допускает установление в уставе непубличного акционерного общества особых правил о количественном составе, порядке формирования и проведения заседаний совета директоров, отличных от установленных законами или иными правовыми актами.

По существу поставленный вопрос сводится к тому, следует рассматривать норму п. 1 ст. 66 Закона об АО о сроке избрания совета директоров до следующего годового общего собрания акционеров как императивную, не допускающую отступления от нее в уставе непубличного акционерного общества, или же как диспозитивную для непубличных обществ, в отношении которых ГК РФ устанавливает возможность отступления от общего порядка формирования совета директоров в уставе.

Ответ на данный вопрос не может быть дан без системного анализа правового регулирования корпоративных отношений с учетом последних изменений законодательства, тенденций его развития и правоприменительной практики.

Современное корпоративное законодательство Российской Федерации развивается под влиянием реформы гл. 4 ГК РФ о юриди-

ческих лицах, проведенной в 2014 г.¹ Данная реформа была направлена на расширение диспозитивности и свободы в регулировании гражданско-правовых и корпоративных отношений. В целях дифференциации метода правового регулирования в различных хозяйственных обществах последние были разделены на две категории: публичные и непубличные, при этом для каждой категории был установлен особый правовой режим: для публичных хозяйственных обществ — с преобладанием императивного метода регулирования, для непубличных — диспозитивного или разрешительного.

Тем самым в качестве ключевого критерия диспозитивности правового регулирования корпоративных отношений была определена принадлежность хозяйственного общества к категории непубличного (п. 3 и 4 ст. 66³ ГК РФ)². При этом общая канва реформы заключалась в предоставлении как можно большей свободы непубличным обществам, что нашло свое отражение в перечне допустимых случаев отступления от законодательных положений (п. 3 ст. 66³ ГК РФ), и, напротив, максимальном ограничении диспозитивности для обществ публичных.

Основное значение деления хозяйственных обществ на публичные и непубличные как раз и заключается в том, что деятельность публичных акционерных обществ более жестко регулируется, в то время как регулирование непубличных хозяйственных обществ в большей степени является диспозитивным³. При этом организационно-правовая форма юридического лица при определении способа регулирования корпоративных отношений в настоящее время отодвигается на второй план, уступая место делению коммерческих корпораций на публичные и непубличные⁴.

В непубличных корпорациях на первое место выступает лично-доверительный характер отношений между участниками, предполагающий преобладание действия принципов автономии воли и диспозитивности в регулировании как внутреннего устройства таких корпораций, так и прав и обязанностей их участников. Более того,

¹ См. Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»; Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации».

² В редакции Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ.

³ См.: Юридические лица в российском гражданском праве: монография: в 3 т. Т. 2. Виды юридических лиц в российском законодательстве. М., 2015. С. 64—65.

⁴ См.: Степанов Д. И. Новые положения Гражданского кодекса о юридических лицах // Закон. 2014. № 7. С. 31—55.

как указал Верховный Суд РФ применительно к обществу с ограниченной ответственностью, в основе регулирования непубличных хозяйственных обществ лежит «презумпция диспозитивности», а устав таких обществ является сделкой и учредительным документом, в основе которого лежит товарищеское соглашение участников, носящее в силу своей правовой природы гражданско-правовой характер¹. Сказанное позволяет отдельным авторам проводить аналогию между корпоративными отношениями в непубличных хозяйственных обществах и договорными отношениями простого товарищества².

В то же время предоставление законом непубличным хозяйственным обществам большей свободы в регулировании корпоративных отношений отнюдь не означает, что законодатель установил в этом отношении «презумпцию диспозитивности». Обращение к нормам главы 4 ГК РФ и, в частности, к п. 3 ст. 66³ ГК РФ говорит, скорее, об обратном: несмотря на то что для непубличных хозяйственных обществ действительно предусмотрена большая свобода в регулировании корпоративных отношений, эта свобода ограничена определенными установленными законом рамками, а общим правилом остается презумпция императивности, которая опровергается лишь в случаях, которые допускаются законом.

В частности, согласно п. 3 ст. 66³ ГК РФ по решению участников непубличного общества, принятому единогласно, в устав могут быть включены следующие положения:

1) о передаче на рассмотрение коллегиального органа управления общества (п. 4 ст. 65³) или коллегиального исполнительного органа общества вопросов, отнесенных законом к компетенции общего собрания участников хозяйственного общества, за исключением ряда вопросов, прямо обозначенных в ГК РФ (о внесении изменений в устав хозяйственного общества, реорганизации или ликвидации хозяйственного общества, утверждения внутреннего регламента или иных внутренних документов и других вопросов, перечень которых приведен в подп. 1 п. 3 ст. 66³ ГК РФ);

2) о закреплении функций коллегиального исполнительного органа общества за коллегиальным органом управления общества (п. 4 ст. 65³) полностью или в части либо об отказе от создания коллегиального исполнительного органа, если его функции осуществляются указанным коллегиальным органом управления;

¹ См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11 июня 2020 г. № 306-ЭС19-24912.

² Бойко Т.С. Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. М., 2019. С. 54.

3) о передаче единоличному исполнительному органу общества функций коллегиального исполнительного органа общества;

4) об отсутствии в обществе ревизионной комиссии или о ее создании исключительно в случаях, предусмотренных уставом общества;

5) о порядке, отличном от установленного законами и иными правовыми актами порядка созыва, подготовки и проведения общих собраний участников хозяйственного общества, принятия ими решений, при условии, что такие изменения не лишают его участников права на участие в общем собрании непубличного общества и на получение информации о нем;

6) о требованиях, отличных от установленных законами и иными правовыми актами требований к количественному составу, порядку формирования и проведения заседаний коллегиального органа управления общества (п. 4 ст. 65³) или коллегиального исполнительного органа общества;

7) о порядке осуществления преимущественного права покупки доли или части доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью или преимущественного права приобретения размещаемых акционерным обществом акций либо ценных бумаг, конвертируемых в его акции, а также о максимальной доле участия одного участника общества с ограниченной ответственностью в уставном капитале общества;

8) об отнесении к компетенции общего собрания акционеров вопросов, не относящихся к ней в соответствии с настоящим Кодексом или законом об акционерных обществах;

9) иные положения *в случаях, предусмотренных законами о хозяйственных обществах* (выделено мной — О.Г.).

Тем самым по смыслу ГК РФ перечень вопросов, по которым учредительные документы непубличного хозяйственного общества могут предусматривать отличные от императивных норм правила, является закрытым и исчерпывается лишь случаями, прямо предусмотренными ГК РФ и иными законами о хозяйственных обществах. Насколько такое регулирование является оправданным и отвечающим существу отношений в непубличных хозяйственных обществах — это вопрос политики права, но *de lege lata*, как ни парадоксально, действует скорее презумпция императивности правового регулирования отношений в непубличных хозяйственных обществах, допуская любые отступления от нее только в силу прямого указания закона.

В контексте всего сказанного следует рассматривать и установление возможности в уставах непубличных обществ отступить от установленного законом порядка формирования совета директоров.

Как указывалось выше, согласно подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ в непубличных акционерных обществах по решению участников (учредителей), принятому единогласно, в устав общества могут быть включены положения о требованиях, отличных от установленных законами и иными правовыми актами требований к количественному составу, порядку формирования и проведения заседаний коллегиального органа управления общества (п. 4 ст. 65³) или коллегиального исполнительного органа общества.

Внесенные в ГК РФ поправки, очевидно, требовали синхронизации с ними положений специального законодательства об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью. Данная работа была проведена законодателем лишь частично, и в настоящее время нормы специальных законов о хозяйственных обществах сохраняются в прежнем виде, без учета последних изменений ГК РФ. Это касается и нормы о порядке избрания совета директоров акционерных обществ, предусмотренной в п. 1 ст. 66 Закона об АО, которая до настоящего времени не приведена в соответствие с положениями подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ.

Однако сохранение императивности в формулировках п. 1 ст. 66 Закона об АО вовсе не означает, что предусмотренные здесь нормы должны применяться изолированно. Систематическое, историко-политическое и телеологическое толкование этого пункта в сопоставлении с подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ позволяет прийти к выводу о том, что для непубличных акционерных обществ предусмотренные в нем правила об избрании совета директоров являются диспозитивными: в уставе непубличного акционерного общества могут быть предусмотрены иные правила, регулирующие соответствующие вопросы. Среди них вопрос о сроке, на который может избираться совет директоров непубличного акционерного общества: он может отличаться в уставе от установленного законом.

Диспозитивный характер норм, предусмотренных в п. 1 ст. 66 Закона об АО, применяемых в системном единстве с подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ, и возможность отступления в уставе от положений п. 1 ст. 66 Закона об АО подтверждаются следующими соображениями.

Во-первых, предоставленное в подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ право устанавливать в уставе непубличного хозяйственного общества иные правила, чем предусмотрены законом, по вопросам порядка формирования совета директоров, может быть ограничено только федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны стра-

ны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации, п. 2 ст. 1 ГК РФ). Законом об АО данное право прямо никак не ограничено, в связи с чем оно должно в полной мере применяться к непубличным акционерным обществам независимо от того, что оно прямо не предусмотрено Законом об АО.

Во-вторых, положения подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ имеют безусловный приоритет по сравнению с положениями п. 1 ст. 66 Закона об АО в силу сразу нескольких общих правил о соотношении юридической силы различных федеральных законов, в том числе:

1) на основании п. 2 ст. 3 ГК РФ нормы гражданского права, в том числе регулирующие корпоративные отношения, содержащиеся в других законах, должны соответствовать названному Кодексу. В случае противоречия положений какого-либо закона кодексу должны применяться нормы ГК РФ;

2) в силу принципа «*lex posterior derogat lex priori*» (последующий закон отменяет действие предыдущего) приоритет должен отдаваться нормам ГК РФ как принятым позднее: подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ принят в 2014 г., в то время как последние изменения в ст. 66 Закона об АО были внесены в 2006 г.;

3) в силу принципа «*lex specialis derogat lex generalis*» (специальный закон отменяет действие общего) в рассматриваемом случае приоритет должен быть также у норм ГК РФ, поскольку ст. 66 Закона об АО регулирует порядок избрания совета директоров в целом, применительно к любым акционерным обществам (публичным и непубличным), а положения подпункта 6 пункта 3 статьи 66³ ГК РФ касаются только непубличных хозяйственных обществ и должны рассматриваться по отношению к ст. 66 Закона об АО как специальные.

В-третьих, в ст. 66 Закона об АО говорится о порядке *избрания* совета директоров. Однако в подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ речь идет о возможности установления в уставе иного *порядка формирования* совета директоров. Понятие «порядок формирования» охватывает собой и такой способ формирования, как избрание, и иные способы, в том числе в уставе может быть установлено, что совет директоров не избирается, а назначается, например, мажоритарным участником и (или) другими акционерами в определенной пропорции. Речь идет о том, что в уставе может устанавливаться любой иной порядок формирования совета директоров, отличный от порядка формирования, установленного Законом об АО в виде избрания. Эти отличия могут касаться всего спектра вопросов, связанных с формированием совета директоров: как способа формирования (избрание, назначение, автоматическое включение каких-либо лиц по должности),

так и особенностей соответствующего способа (избрание кумулятивным или иным голосованием, назначение по представлению определенных лиц и т.д.), а также сроков, на которые совет директоров формируется тем или иным способом.

В понятие «порядок формирования» совета директоров входят все составляющие процедуры, по которой образуется этот орган: как способ его формирования (избрание, назначение и т.п.), так и срок полномочий совета директоров. Это следует как из смысла ст. 66 Закона об АО и ее доктринального толкования, так и из законодательных актов, регулирующих порядок формирования различных органов.

Так, в ст. 66 Закона об АО, которая называется «Избрание совета директоров (наблюдательного совета) общества», регулируются все аспекты процедуры формирования совета директоров путем избрания, в том числе способ формирования (избрание), способ голосования (кумулятивное), качественный состав совета директоров (только физические лица, при этом члены коллегиального исполнительного органа не могут составлять более одной четвертой состава совета директоров), количественный состав совета директоров (не менее пяти членов), а также срок полномочий совета директоров (до следующего годового общего собрания акционеров). В научной доктрине все регулируемые п. 1 ст. 66 Закона об АО вопросы, включая срок полномочий совета директоров, относят именно к порядку формирования совета директоров. Так, в курсе корпоративного права отмечается: *«Порядок формирования совета директоров акционерного общества определен самим Законом об АО. Члены совета директоров общества избираются общим собранием акционеров кумулятивным голосованием на срок до следующего годового общего собрания акционеров»*¹ (выделено мной — О.Г.). Таким образом, срок полномочий совета директоров входит в порядок его формирования.

Законодательные акты, регулирующие порядок формирования различных органов, также включают в этот порядок не только способ, но и срок полномочий, на который соответствующий орган формируется. Например, ст. 1 Федерального закона от 22 декабря 2020 г. № 439-ФЗ «О порядке формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации» (далее — Закон № 439-ФЗ) регулирует основы формирования Совета Федерации, т.е. базовые и ключевые характеристики, которые составляют про-

¹ Корпоративное право: учебный курс: в 2 т. / отв. ред. И.С. Шиткина. Т. 2. М., 2018. С. 217.

цедуру формирования этого органа власти. При этом в порядок формирования входят как состав соответствующего органа (сенаторы), так и срок, на который сенаторы наделяются полномочиями — на срок полномочий соответствующего органа субъекта Российской Федерации, чьи интересы представляет сенатор от субъекта Российской Федерации (п. 3 ст. 1 Закона № 439-ФЗ), или сроком на шесть лет — для сенаторов-представителей Российской Федерации, назначаемых Президентом Российской Федерации.

Таким образом, возможность предусматривать в уставе отличный от закона порядок формирования совета директоров может включать в себя в том числе иной, отличный от закона, срок формирования совета директоров, в том числе — иной срок избрания совета директоров, включая возможность избрания совета директоров на неоделенный срок.

Возможность отступления в уставе непубличного акционерного общества от императивно сформулированных положений п. 1 ст. 66 Закона об АО подтверждается и правоприменительной практикой, в частности, в письме Банка России от 6 февраля 2020 г. № ИН-06-14/5.

В данном письме отмечается, что п. 1 ст. 66 Закона об АО предусмотрен порядок формирования совета директоров акционерного общества, согласно которому его члены избираются общим собранием акционеров на срок до следующего годового общего собрания. При этом по решению общего собрания акционеров полномочия всех членов совета директоров (наблюдательного совета) общества могут быть прекращены досрочно. Это означает, по мнению Банка России, что Закон об АО не допускает возможности досрочного прекращения полномочий отдельных членов совета директоров.

В то же время, как указал Банк России, «...необходимо учитывать, что непубличное акционерное общество вправе включать в устав требования к порядку формирования совета директоров (наблюдательного совета) общества, отличные от установленных законами и иными правовыми актами (подпункт 6 пункта 3 статьи 66³ Гражданского кодекса Российской Федерации)», из чего следует вывод, что «...устав непубличного акционерного общества ...может содержать порядок прекращения полномочий отдельных членов совета директоров (наблюдательного совета)»¹.

Таким образом, ЦБ РФ однозначно отдает приоритет диспозитивным нормам ГК РФ по сравнению с императивными положи-

¹ Письмо ЦБ РФ от 6 февраля 2020 г. № ИН-06-14/5. Выделено мной — О.Г.

ями п. 1 ст. 66 Закона об АО и считает возможным отступать от последних в уставе непубличного акционерного общества.

Последние тенденции судебной практики также исходят из приоритета диспозитивного толкования правовых норм о хозяйственных обществах, если иное прямо не установлено законом. Так, в определении Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 11 июня 2020 г. по делу № 306-ЭС19-24912 указано, что все содержащиеся в законе правила, касающиеся ограничения отчуждения доли в уставном капитале хозяйственного общества третьим лицам, включая право преимущественной покупки доли, могут быть изменены или полностью отменены¹ уставом общества. Кроме того, как уже говорилось, в данном деле в качестве общего правила была провозглашена отсутствующая непосредственно в законе презумпция диспозитивности правового регулирования отношений в обществах с ограниченной ответственностью.

При этом такая диспозитивность не является неограниченной, но, как и в случае с договорным правом, требует учета множества факторов: в том числе, существа и целей законодательного регулирования, грубого нарушения баланса интересов сторон, защиты публичных интересов и интересов третьих лиц, наличия прямого маркера императивности в норме, регулирующей корпоративные отношения и т.д.

В целом же с учетом приведенных выше соображений такую позицию Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ и презумпцию диспозитивности можно в полной мере применять в качестве общего правила и к случаям регулирования уставом вопросов формирования совета директоров непубличного акционерного общества с учетом содержания подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ, в том числе — в отношении содержания п. 1 ст. 66 Закона об АО.

В пользу диспозитивного толкования п. 1 ст. 66 Закона об АО с учетом положений ГК РФ о непубличных хозяйственных обществах говорят и политико-правовые соображения. Ограничение срока избрания членов совета директоров одним годом (до следующего годового общего собрания акционеров) для всех, в том числе для непубличных акционерных обществ, ничем не оправдано. Исходя из долгосрочных интересов общества оптимальным было бы уста-

¹ Утверждение о возможности полной отмены преимущественного права покупки доли в уставе ООО является крайне спорным, поскольку ни подп. 7 п. 3 ст. 66³ ГК РФ, ни тем более п. 4 ст. 21 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» такой возможности не предполагают.

новить более длительные сроки осуществления полномочий членов совета директоров, так как один год — недостаточный период времени, за который можно существенно улучшить показатели деятельности общества. Это не согласуется и с назначением совета директоров, который призван определять приоритетные направления деятельности общества на *долгосрочной* основе (подп. 1 п. 1 ст. 65 Закона об АО). Как справедливо указывается в литературе, «учитывая, что члены совета директоров в процессе своей работы должны действовать исходя из долгосрочной стратегии развития общества, представляется целесообразным установить более длительные сроки полномочий членов совета директоров.. Данная мера позволит членам совета директоров более взвешенно подходить к принятию решений при управлении хозяйственной деятельностью общества»¹. Избрание совета директоров на неопределенный срок и сохранение состава совета директоров по истечении года после первого избрания полностью отвечают этим задачам. Неслучайно для отдельных организаций законодательно предписывается формировать совет директоров только на неопределенный срок. Например, согласно ч. 2 ст. 25² Федерального закона от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации» члены совета директоров корпорации развития малого и среднего предпринимательства назначаются на должность на *неопределенный срок*.

Возникает вопрос, если избрание совета директоров на неопределенный срок как таковое не противоречит действующему законодательству и может быть предусмотрено как диспозитивная опция устава, то в каком порядке должно проходить такое избрание.

Согласно п. 1 ст. 47 Закона об АО вопросы об избрании совета директоров (наблюдательного совета) должны решаться на годовом общем собрании акционеров. Казалось бы, данная норма сформулирована императивно и не предполагает переизбрания сформированного на неопределенный срок совета директоров на внеочередном общем собрании акционеров. Однако в соответствии с подп. 5 п. 3 ст. 66³ ГК РФ в уставе непубличного акционерного общества по единогласному решению участников могут быть предусмотрены положения о порядке, отличном от установленного законами и иными правовыми актами порядка созыва, проведения общих собраний участников хозяйственного общества, принятия ими реше-

¹ Агеев А.Б. Создание современной системы корпоративного управления в акционерных обществах: вопросы теории и практики. М., 2010 // СПС «Консультант-Плюс».

ний при условии, что такие изменения не лишают его участников права на участие в общем собрании непубличного общества и на получение информации о нем. Поэтому удобный для акционеров порядок созыва и проведения общего собрания участников с целью принятия решения о переизбрании сформированного на неопределенный срок совета директоров вполне может быть специально предусмотрен в уставе.

На основании изложенного можно сделать общий вывод о том, что положения п. 1 ст. 66 Закона об АО в совокупности с положениями подп. 6 п. 3 ст. 66³ ГК РФ допускают возможность установления в уставе непубличного акционерного общества нормы об избрании совета директоров на неопределенный срок.

*Вильданова Марина Михайловна,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СИСТЕМЫ УПРАВЛЕНИЯ РИСКАМИ КАК НЕОБХОДИМЫЙ ФАКТОР УСТОЙЧИВОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В мировом сообществе особое внимание уделяется проблемам достижения устойчивого экономического роста. Важным фактором, способствующим экономическому развитию, становится совершенствование системы управления рисками и ее мониторинга в коммерческих корпорациях.

В России действует обширная нормативная база, регламентирующая, прежде всего, деятельность публичных акционерных обществ, а также участников финансового и товарного рынков, и предусматривающая обязательное создание системы управления рисками в этих юридических лицах, в частности Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 8-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО), Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-І «О банках и банковской деятельности», Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах» и др.

Вопросы регулирования крупного бизнеса, прозрачность его осуществления занимают важное место в законотворческой деятельности. Деятельность публичного общества как хозяйствующего субъекта всегда сопряжена с теми или иными рисками, влияющими на реализацию обществом принятой стратегии и эффективность деятельности в целом. В связи с этим в соответствии со ст. 87¹ Закона об АО в публичном обществе должны быть организованы управление рисками, внутренний контроль и внутренний аудит. В области управления рисками непубличных акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью пока такого регулирования нет, но полагаем, что необходимы правовые рычаги контроля за ведением финансово-хозяйственной деятельности и управлением рисками на уровне нормативных правовых актов в этих юридических лицах.

Банк России является мегарегулятором финансовых и организованных товарных рынков, а также определяет особенности и стандарты корпоративного управления, эмиссии и обращения ценных

бумаг хозяйственных обществ. При этом особенно важно, что в самом банке действует Политика управления рисками, введенная в действие 23 марта 2016 г. Политика предусматривает следующие принципы управления рисками:

- руководство Банка России и его работники несут ответственность за управление рисками в соответствии с предоставленными им полномочиями;

- достижение целей и выполнение функций имеет приоритет над возможными финансовыми потерями, которые могут возникнуть в связи с реализацией мер по обеспечению их достижения;

- управление рисками направлено на постоянное повышение эффективности деятельности;

- управление рисками — неотъемлемая часть бизнес — процессов Банка России, в том числе при принятии управленческих решений;

- предотвращение и управление конфликтом интересов в случае его возникновения и др.

В последнее время, анализируя применение норм, регламентирующих управление рисками в России, и международную практику, Банк России разработал комплексный подход к управлению рисками в отношении кредитных организаций в таких нормативных актах, как Указание Банка России от 8 апреля 2020 г. № 5431-У «О внесении изменений в Указание Банка России от 15 апреля 2015 года № 3624-У «О требованиях к системе управления рисками и капиталом кредитной организации и банковской группы», Положение Банка России от 3 сентября 2018 г. № 652-П «О порядке расчета размера операционного риска», Положение Банка России от 3 декабря 2015 г. № 511-П «О порядке расчета кредитными организациями величины рыночного риска» и др. При этом меры, принимаемые с целью управления рисками, должны коррелироваться с действиями, совершаемыми в рамках внутреннего контроля и аудита в соответствии с Положением Банка России от 16 декабря 2003 г. № 242-П «Об организации внутреннего контроля в кредитных организациях и банковских группах».

Вопросы управления рисками в некредитных финансовых организациях регулируются Банком России как в отношении самих юридических лиц (например, клиринговых организаций, профессиональных участников рынка ценных бумаг и др.), так и в отношении деятельности, которой могут заниматься различные иные участники рынка (например, Указание Банка России от 29 сентября 2016 г. № 4144-У «О требованиях к системе управления рисками, связанными с осуществлением репозитарной деятельности, и правилам управления рисками репозитария»).

В первую очередь, остановимся на определении понятия «риск». Данный вопрос неоднократно поднимался как в нормативных актах, так и в юридической литературе¹. С нашей точки зрения, вряд ли стоит рассматривать такое понятие как чисто правовую категорию. Это многогранное понятие, объединяющее в себе элементы экономического, правового, философского порядка в зависимости от вида риска и сферы его возникновения.

В отношении системы управления рисками целесообразно применение толкования термина «риск» в смысле, данном в ГОСТе Р ИСО 31000-2019. «Национальный стандарт Российской Федерации. Менеджмент риска. Принципы и руководство» (утвержден и введен в действие Приказом Росстандарта от 10 декабря 2019 г. № 1379-ст). В указанном документе под риском понимается «влияние неопределенности на достижение поставленных целей Общества», а под влиянием — как положительное, так и отрицательное отклонение от того, что ожидалось. Настоящий стандарт идентичен международному стандарту ИСО 31000:2018 «Менеджмент риска. Принципы и руководство» (ISO 31000:2018 «Risk management — Guidelines», IDT). Возможность применения стандарта предусмотрена в ст. 26 Федерального закона от 29 июня 2015 г. № 162-ФЗ «О стандартизации в Российской Федерации».

Под управлением рисками, как правило, понимаются любые процессы, политики, практики, процедуры или иные условия, которые направлены на изменение риска, а система управления рисками включает в себя также тех субъектов правоотношений, которые связаны с управлением рисками в организации.

Процесс управления рисками должен быть неотъемлемой частью управленческой деятельности и принятия решений в организации в целом. Он должен быть интегрирован в систему органов управления, операционную деятельность и бизнес-процессы организации.

Банком России внедряется так называемое мягкое право, т.е. регулирование на уровне рекомендаций, которые особенно важны в период сложной финансовой ситуации в экономике. Так, в Информационном письме Банка России от 1 октября 2020 г. № ИН-06-28/143 «О рекомендациях по организации управления рисками, внутреннего контроля, внутреннего аудита, работы комитета совета

¹ См.: Танаев В.М. Понятие «риск» в Гражданском кодексе Российской Федерации // Актуальные проблемы гражданского права / под ред. С.С. Алексеева. М., 2000. С. 9; Мамчут В.В. О понятиях и определениях риска в юридической доктрине и в законодательстве // Вестник Владимирского юридического института. 2010. № 1 (14). С. 100, 109; Борисенко Е.А. Риски в деятельности кредитных организаций // Финансовое право. 2020. № 7; и др.

директоров (наблюдательного совета) по аудиту в публичных акционерных обществах» (далее — Информационное письмо Банка России от 1 октября 2020 г. № ИН-06-28/143) рекомендуется к использованию концепция Комитета спонсорских организаций Комиссии Трэдвэя COSO «Управление рисками организации. Интеграция со стратегией и эффективностью деятельности» (2017 г.), которая оказала большое влияние на развитие систем управления рисками во многих странах мира, включая Россию. Корпоративное управление и культура рассматриваются в этой концепции как основа управления рисками. Согласно указанным документам развитие управления рисками возможно только с учетом стратегических целей и во взаимосвязи с внутренним контролем. Внутренний контроль направлен на обеспечение разумной уверенности в достижении целей текущей операционной деятельности и соблюдении обязательств общества, а управление рисками имеет целью повышение эффективности деятельности общества в целом.

Субъектами правоотношений и участниками системы управления рисками и внутреннего контроля на разных уровнях юридического лица являются все органы управления и работники общества. В целях обеспечения системного и комплексного подхода к решению вопросов, связанных с управлением рисками, принимается стратегия управления рисками, в соответствии с которой определяются принципы и подходы к процедурам, предусмотренным стратегией. Стратегия по управлению рисками, утверждаемая советом директоров (наблюдательным советом), нацелена на анализ и контроль типичных рисков и оценку совокупного уровня риска. Стратегия по управлению рисками пересматривается на регулярной основе с целью отражения изменений рыночной ситуации, а также появляющейся лучшей практики.

В Информационном письме Банка России от 1 октября 2020 г. № ИН-06-28/143 подчеркивается, что «менеджмент риска является частью корпоративного управления организации и имеет фундаментальное значение для управления на всех уровнях... и учитывает внешнюю и внутреннюю среду организации, включая поведение людей и культурные факторы».

Наиболее полное и всестороннее регулирование системы управления рисками устанавливается Банком России в кредитных организациях. Совет директоров (наблюдательный совет) банка несет ответственность за надлежащее функционирование системы контроля за управлением рисками, утверждает Стратегию управления рисками и капиталом, в которой определяет подходы и принципы по управлению рисками в целях формирования эффективной сис-

темы контроля за финансовой устойчивостью банка, утверждает склонность к риску, плановые и максимальные значения рисков, совокупную величину риска, одобряет сделки, в совершении которых имеется заинтересованность в случаях и в порядке, определенных в уставе. Кроме того, совет директоров, осуществляя контрольные функции, утверждает план восстановления финансовой устойчивости в случае существенного ухудшения финансового состояния банка.

При совете директоров (наблюдательном совете) образуются комитет по аудиту и комитет по рискам. Одной из целей комитета по аудиту является контроль адекватности системы управления рисками характеру и масштабам деятельности юридического лица. Комитет по аудиту создается с целью содействия эффективному выполнению функций Совета директоров в части контроля за финансово-хозяйственной деятельностью банк, предупреждением и управлением рисками Банка. Члены комитета по аудиту обсуждают проекты учетной политики банка на следующий год, рассматривают проекты стратегии управления рисками и капиталом банка и проекты внутренних документов по организации внутреннего контроля, утверждение которых отнесено к компетенции совета директоров; предварительно рассматривает планы работы и отчеты в области внутреннего контроля и управления рисками, а также отчеты контролера профессионального участникам рынка ценных бумаг.

Комитет по рискам обеспечивает выполнение утвержденной советом директоров стратегии управления рисками и капиталом, осуществляет контроль за реализацией утвержденных советом директоров внутренних нормативных документов, касающихся управления рисками и организации внутреннего контроля; контролирует подготовку и выполнение исполнительными органами управления Банка иных внутренних документов банка, касающихся предупреждения и управления рисками, утверждение которых отнесено к компетенции совета директоров.

Правление банка отвечает за обеспечение условий эффективной реализации Стратегии по управлению рисками и достаточностью капитала, за мониторинг и внедрение мер по снижению рисков, организацию деятельности банка в пределах установленных лимитов риска и соблюдение процедур по их контролю. Правление организует оперативную деятельность по вопросам системы управления рисками в части разграничения прав и делегирования полномочий по вопросам управления рисками, определения предельных величин по видам операций, сделок, контрагентам, группам взаимосвязанных лиц; принимает решение о мероприятиях в целях минимизации

степени зависимости от рисков; рассматривает отчеты структурных подразделений по оценке рисков. Правление утверждает процедуры управления рисками и капиталом, процедуры стресс-тестирования и внутрибанковские документы по вопросу управления рисками и достаточностью капитала.

Кредитный и рыночный риски, а также процентный риск и риск ликвидности управляются и контролируются кредитным комитетом и комитетом по управлению активами и пассивами, как на уровне портфеля в целом, так и на уровне отдельных сделок. Коллегиальные рабочие органы банка принимают решения по вопросам, отнесенным к их компетенции:

- кредитный комитет принимает решения о проведении операций кредитования, принятия банком обязательств кредитного характера;

- комитет по управлению активами и пассивами принимает решения по формированию вложений банка, контролирует риск ликвидности и риск изменения процентных ставок путем контроля сбалансированности активов и пассивов по срокам и объемам.

Как указывает С.Ю. Хасянова, «основным риском банковской деятельности считается кредитный риск (*credit risk*), так как главным источником прибыли банка являются кредиты»¹.

К источникам возникновения банковских рисков относятся, как правило, следующие:

- по кредитному риску — финансовые обязательства должника (заемщика) перед банком, несвоевременно либо не исполненные или не полностью исполненные в соответствии с условиями договоров;

- по операционному риску — неблагоприятные факторы внешней и внутренней среды, включая умышленные и неумышленные действия физических лиц, приводящие к утрате или распространению информации ограниченного доступа, нарушение работниками банка или иными лицами требований законодательства, недостаточные функциональные возможности информационных, технологических и других систем банка или их отказ;

- по стратегическому риску — риск финансовой несостоятельности на горизонте планирования в результате несоблюдения показателей и параметров финансовой устойчивости;

- по риску ликвидности — несбалансированные финансовые активы и обязательства банка или непредвиденная необходимость

¹ Хасянова С.Ю. Совершенствование банковского регулирования и надзора в России на основе международных принципов М., 2015. С. 14–15.

немедленного и единовременного исполнения банком своих финансовых обязательств;

- по валютному риску — изменение курсов иностранных валют и драгоценных металлов по открытым банком позициям в иностранных валютах и драгоценных металлах;

- по рыночному риску — неблагоприятное изменение рыночной стоимости финансовых инструментов в портфеле банка, а также курсов иностранных валют и драгоценных металлов;

- по процентному риску — неблагоприятное изменение процентных ставок по активам, пассивам и внебалансовым инструментам банка;

- по фондовому риску — неблагоприятное изменение рыночных цен на финансовые активы;

- по правовому риску — несоблюдение банком и или ее контрагентами условий заключенных договоров, правовые ошибки при осуществлении банковской деятельности в условиях несовершенства правовой системы (противоречивости законодательства); а также, если деятельность кредитной организации, ее филиалов и контрагентов банка осуществляется под юрисдикцией различных государств;

- по регуляторному риску (комплаенс-риск) — несоблюдение законодательства Российской Федерации, внутренних документов Банка, стандартов саморегулируемых организаций (если такие стандарты и правила являются обязательными для Банка), а также в результате применения санкций и (или) иных мер воздействия со стороны надзорных и иных органов;

- по репутационному риску — формирование в обществе и бизнес-среде негативного представления о состоянии банка, качестве оказываемых им услуг или характере деятельности в целом.

Наряду с указанной классификацией по источникам возникновения риска, предпринимались также попытки иных классификаций¹, например:

- по типам событий (нарушение законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, нарушение устава и иных учредительных документов банка; несоблюдение решений органов управления банка (совета директоров банка/наблюдательного совета, правления банка); несоблюдение внутренних документов банка (по видам внутренних документов); нарушение стандартов саморегулируемых организаций или иных стандартов, которые банк в

¹ См.: Пашков Р., Чечелев Ю. Оценка регуляторного риска в банке // Бухгалтерия и банки. 2020. № 3.

своих внутренних документах или договорах определяет как обязательные для себя; нарушения сложившихся правил ведения операций, не формализованных во внутренних документах банка (обычаев внутреннего делового оборота); нарушение информационной безопасности);

— по типам потерь: прямым (снижение или обесценение активов и др.) или косвенным (потери, определяемые расчетным методом в денежном выражении или с использованием экспертного мнения, если потери не выражены в денежном выражении).

Для реализации механизма управления рисками банковской группы на каждом из этапов процесса управления ими в рамках существующей организационной структуры должны быть определены ответственные подразделения и должностные лица, наделенные соответствующими полномочиями по управлению рисками.

Самое важное — понимание и обоснование указанными подразделениями и руководством банка риск-аппетита в различных направлениях деятельности. Риск-аппетит — то количество риска, которое может взять на себя юридическое лицо в зависимости от его финансовых и операционных возможностей, темпов роста и ожиданий в плане прибыльности со стороны акционеров и участников обществ, а также иных заинтересованных сторон. Именно этот инструмент еще недостаточно хорошо внедрен в российскую практику. Такие недостатки стали особенно заметны в период сложной финансовой ситуации в экономике и пандемии. Большинство банков не рассматривало риски возникновения эпидемий и в ряде случаев из-за отсутствия расчета максимального риска ряд юридических лиц прекратили или приостановили свою деятельность.

Оценка риска — это процесс, охватывающий идентификацию риска, анализ риска и сравнительную оценку риска, включая сравнение результатов анализа риска с установленными критериями риска для определения необходимости совершения дополнительных действий.

В кредитной организации должны устанавливаться лимиты для всех подразделений, осуществляющих функции, связанные с принятием рисков. В систему лимитов могут входить лимиты по значимым для кредитной организации рискам (например, лимиты по кредитному и рыночному рискам); лимиты по объему совершаемых операций (сделок) с одним контрагентом (контрагентами отдельного вида экономической деятельности); лимиты по объему операций (сделок), осуществляемых с финансовыми инструментами и др.

В целях осуществления мониторинга рисков текущей деятельности должно осуществляться стресс-тестирование на основе исто-

рических и гипотетических событий, а также анализ чувствительности кредитной организации к изменению факторов риска (рисков) с целью совершенствования порядка использования результатов стресс-тестирования в процедурах управления рисками. При выборе сценария стресс-тестирования кредитная организация исходит, как правило, из необходимости охватить все значимые риски и направления деятельности, а также учесть события, которые могут причинить максимальный ущерб кредитной организации и/или повлечь потерю деловой репутации. Такие стресс-тестирования должны проводиться не реже раза в год.

Новеллой стали положения вступившего в силу с 1 октября 2020 г. Положения Банка России от 8 апреля 2020 г. № 716-П «О требованиях к системе управления операционным риском в кредитной организации и банковской группе», которое обязывает банки выстроить полноценную систему управления рисками, предусматривающую одним из основных инструментов самооценку рисков, которая должна проводиться кредитной организацией в виде анкетирования выделенных для данной процедуры работников подразделений кредитной организации по всем направлениям деятельности.

Важным аспектом обеспечения эффективного взаимодействия между подразделениями является «подход трех линий защиты», который предполагает вовлечение практически всего банка в управление рисками. В рамках первой линии управление рисками возлагается, прежде всего, на бизнес-подразделения и юридические подразделения, которые выполняют сбор информации и идентификацию рисков; служба по управлению рисками и служба внутреннего контроля входят во вторую линию и оценивают риски, а также обеспечивают реагирование юридического лица; третья линия отводится службе внутреннего аудита, которая мониторит риски и оценивает эффективность работы органов управления рисками.

В отличие от банковских рисков в отношении некредитных финансовых организаций, есть свои особенности в области управления рисками, в частности, применительно к организаторам торговли (биржам). Организатор торговли в рамках выявления рисков обязан сделать особый акцент на операционных рисках, поскольку организатор торговли, как принято говорить среди профессиональных участников рынка это, прежде всего, программно-технический комплекс, обеспечивающий проведение торгов. Поэтому организатору торговли необходимо определить перечень требующих защиты от противоправных действий программно-технических средств организатора торговли, сбой и (или) ошибки в функционировании которых способны повлечь за собой приостановление или прекра-

шение оказания услуг по проведению организованных торгов в полном или неполном объеме и оказать иное неблагоприятное воздействие на деятельность организатора торговли.

Важна также такая функция, как защита информации участников торгов и их клиентов, а также самого организатора торговли. В связи с этим крайне значима организация функционирования резервного комплекса средств проведения торгов, функционально дублирующего основной комплекс средств проведения торгов, удовлетворяющего требованиям, установленным Банком России.

Существенными рисками для организатора торговли также являются стратегический риск, риск потери деловой репутации, кредитный риск, валютный риск, правовой и регуляторный риск.

Кроме того, в рамках внутреннего контроля организатор торговли проводит выявление, анализ, оценку, мониторинг риска возникновения у организатора торговли расходов (убытков) и (или) иных неблагоприятных последствий в результате несоответствия деятельности, осуществляемой им на основании лицензии, требованиям законодательства, правилам организованных торгов, учредительным и внутренним документам организатора торговли, а также в результате применения мер со стороны Банка России (т.е. регуляторный риск).

Банк России уделяет также особое внимание регулированию рисков клиринговых организаций, являющихся наряду с организаторами торговли инфраструктурными организациями, созданными с целью обеспечения стабильности функционирования организованных рынков. Важными функциями клиринговых организаций является проверка обеспечения по договорам, определение обязательств каждого участника клиринга и расчеты по каждой совершенной участником клиринга сделке или по всем совершенным участником клиринга сделкам клирингового пула и др.

В целях снижения рисков осуществления клиринговой деятельности клиринговая организация в рамках организации системы управления рисками должна, прежде всего, обеспечивать управление системным риском, т.е. риском возникновения расходов (убытков) клиринговой организации, при котором неспособность выполнить свои обязательства одного или нескольких участников финансового рынка вызывает неспособность выполнить свои обязательства надлежащим образом других участников финансового рынка.

Важно также создать условия управления рыночным риском, т.е. риском возникновения расходов (убытков) клиринговой организации вследствие неблагоприятного изменения рыночной стоимости финансовых инструментов или иных активов, в которые

инвестированы средства клиринговой организации или средства, предоставленные ей в качестве обеспечения исполнения обязательств; а также кастодиальным риском, т.е. риском утраты имущества, переданного ей в качестве обеспечения исполнения обязательств, допущенных к клирингу, вследствие действий или бездействия лица, ответственного за хранение этого имущества и учет прав на это имущество.

Участниками организованных торгов являются профессиональные участники рынка и иные лица, указанные в нормативных правовых актах. Их система управления рисками должна обеспечивать управление рисками профессионального участника, а также рисками клиентов профессионального участника, возникающими при оказании услуг на рынке ценных бумаг. При управлении рисками своих клиентов профессиональный участник должен осуществлять мероприятия по их снижению. Так, управление ценными бумагами и денежными средствами клиента профессионального участника должно осуществляться в соответствии с инвестиционным профилем такого клиента, а система управления рисками профессионального участника должна обеспечивать управление рисками несоответствия управления ценными бумагами и денежными средствами клиента профессионального участника инвестиционному профилю такого клиента.

Профессиональный участник в рамках организации системы управления рисками должен обеспечить на постоянной основе определение и управление рисками, в частности: риском возникновения расходов (убытков) вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения должником финансовых обязательств перед профессиональным участником в соответствии с условиями договора (кредитный риск) и риском утраты имущества клиентов профессионального участника вследствие действий или бездействия лица, ответственного за хранение такого имущества и учет прав на это имущество (кастодиальный риск) и др.

В Указании Банка России от 12 сентября 2018 г. № 4905-У (в ред. от 22 июня 2020 г.) «О требованиях к деятельности центрального депозитария в части организации управления рисками, связанными с осуществлением деятельности центрального депозитария, а также к правилам управления рисками, связанными с осуществлением деятельности центрального депозитария» содержатся требования к указанному институту инфраструктуры рынка ценных бумаг, как выполняющему функцию по учету ценных бумаг, так и играющему роль центра расчетов по ценным бумагам в соответствии с законодательством Российской Федерации.

В рамках организации управления рисками центрального депозитария должно быть организовано управление, прежде всего, касательным риском, т.е. риском возникновения расходов (убытков) центрального депозитария в результате утраты имущества (за исключением денежных средств) центрального депозитария и (или) его клиентов вследствие банкротства или действий (бездействия) лица, ответственного за хранение этого имущества и (или) осуществление учета прав на указанное имущество.

Для формирования рыночных цен на финансовых рынках важное значение имеет репозитарная деятельность. Репозитарий — юридическое лицо, осуществляющее на основании лицензии Банка России деятельность по оказанию услуг по сбору, фиксации, обработке, хранению и предоставлению информации о заключенных не на организованных торгах договорах репо, договорах, являющихся производными финансовыми инструментами, договорах иного вида, которые предусмотрены федеральными законами и нормативными актами Банка России, а также деятельность по ведению реестра указанных договоров. Репозитарную деятельность вправе осуществлять биржа, клиринговая организация, центральный депозитарий, расчетный депозитарий, не имеющий статуса центрального депозитария, юридическое лицо, сто процентов акций (долей) которого принадлежат центральному депозитарию. К числу управляемых репозитариев рисков отнесены коммерческие риски, операционные риски, правовые и регуляторные и иные риски.

Вопросы управления рисками возникают не только в конкретных юридических лицах в связи с осуществлением какой-либо предпринимательской деятельности (например, депозитарной или клиринговой деятельностью), но и в связи с инвестиционной деятельностью. Как указано в Информационном письме Банка России от 18 июля 2020 г. № ИН-06/111 «О рекомендациях по реализации принципов ответственного инвестирования», инвестиционная деятельность предполагает учет существенных рисков, связанных с устойчивым развитием (экологическими, социальными факторами и факторами корпоративного управления). При этом инвесторам целесообразно тесно взаимодействовать с самим юридическим лицом в области разработки стратегии развития и определения особенностей корпоративного управления.

С учетом масштаба и характера своей деятельности инвесторам предлагается разработать политику по взаимодействию инвесторов с самим обществом для определения процедур взаимодействия, направленных на повышение капитализации, а также на управление возможным конфликтом интересов в хозяйственной деятельности.

При этом инвесторам рекомендуется осуществлять свои корпоративные права с учетом существенности корпоративных действий для них, выгодоприобретателей и клиентов. Существенность этих действий должна определяться с учетом значимости инвестиций в общество в портфеле инвесторов, возможности влияния на результат корпоративного действия, а также возможности негативного эффекта от них на устойчивое развитие общества.

В рассматриваемых законах и иных нормативных правовых актах прослеживается единообразие подходов к системе управления рисками, процедурам и методам. Все эти общие положения могут быть описаны в одном законе, который бы состоял из общих норм и из особенностей отдельных видов управления различными рисками в разных секторах экономики, а не только на финансовых и товарных организованных рынках.

Правовое регулирование управления рисками актуально в отношении не только публичных акционерных обществ, но и непубличных акционерных обществ и обществ с ограниченной ответственностью, что должно найти отражение в едином законодательном акте или в законах об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью.

Основное внимание при совершенствовании системы управления рисками должно уделяться взаимосвязи управлением рисками и внутреннего контроля, внедрению управления рисками в процессы стратегического и текущего планирования. Еще недостаточно урегулированы вопросы применения риск-аппетита, а также взаимосвязаны управление рисками с целями предпринимательской деятельности. В связи с этим управление рисками должно меняться и быть адаптировано к новым условиям, требующим обеспечения непрерывности деятельности для того, чтобы приносить выгоду.

*Бурлаков Сергей Алексеевич,
кандидат юридических наук, LL.M*

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОРГАНИЗАЦИИ ВНУТРЕННЕГО КОНТРОЛЯ ЗА ФИНАНСОВО-ХОЗЯЙСТВЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ

Экономическое развитие государства во многом зависит от долгосрочных инвестиций и финансовой стабильности. Привлечению таких инвестиций и формированию финансовой стабильности способствует среда доверия и прозрачности, на создание которой направлено корпоративное управление¹. Оно является средством определения целей компании и способов их достижения, а также обеспечения контроля за ее деятельностью со стороны участников². В настоящей статье анализируются положения российского законодательства о контроле за финансово-хозяйственной деятельностью хозяйственных обществ силами ревизионных комиссий (далее — РК), в частности, рассматриваются вопросы о необходимости формирования РК и отдельные положения Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО) в этой части.

ГК РФ при упоминании РК лаконичен. Так, п. 2 ст. 65³ ГК РФ к исключительной компетенции высшего органа корпорации в качестве общего правила относит избрание РК (ревизора), а подп. 4 п. 3 этой статьи позволяет участникам (учредителям) непубличного общества включить в его устав положения об отсутствии в обществе РК или о ее создании исключительно в предусмотренных им случаях. Таким образом, ГК РФ прямо не говорит, должны ли в хозяйственных обществах создаваться РК. В то же время если приведенные положения ГК РФ толковать как косвенное указание на необходимость создания РК, можно предположить, что она должна образовываться во всех обществах, а отступление допустимо только в непубличных обществах³.

¹ Принципы корпоративного управления G20/ОЭСР. URL: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20_9789264252035-ru

² Кодекс корпоративного управления (Письмо Банка России от 10 апреля 2014 г. № 06-52/2463) (далее — ККУ).

³ Для сравнения см. также п. 8 ст. 123²⁰⁻² ГК РФ.

Законы о хозяйственных обществах в свою очередь закрепляют различные подходы к необходимости формирования РК. В обществах с ограниченной ответственностью вопрос ее образования оставлен на усмотрение участников, которые в уставе могут предусмотреть создание РК, но если число участников общества превышает пятнадцать, ее образование обязательно¹. Это регулирование отличается от положений ГК РФ, согласно которым в устав общества могут быть включены положения об отсутствии РК или о ее создании в определенных случаях, в то время как Федеральный закон от 8 февраля 2008 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее — Закон об ООО) не требует специальных указаний в уставе об отсутствии в обществе РК, когда ее отсутствие допустимо². Кроме того, ГК РФ позволяет не создавать РК в обществе независимо от количества его участников³.

В акционерных обществах необходимость создания РК зависит от типа общества⁴. В непубличном обществе для осуществления контроля за финансово-хозяйственной деятельностью создается РК, но уставом может быть предусмотрено ее отсутствие или создание только в случаях, предусмотренных уставом, в то время как в публичном обществе РК, напротив, формируется в случаях, когда ее создание предусмотрено уставом⁵. Соответственно устав публичного общества должен содержать сведения о РК в случае принятия

¹ Пункт 6 ст. 32. См. также: Филиппова С.Ю., Шиткина И.С. Продажа или приобретение бизнеса: правовое сопровождение сделки: монография. М., 2019 // СПС «КонсультантПлюс» (далее все ссылки на учебную и научную литературу также даны по СПС «КонсультантПлюс»); Харитонова Ю.С., Шиткина И.С. Состав и компетенции руководящих органов управления общества с ограниченной ответственностью: комментарий к ст. ст. 32 и 33 Закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2020. № 4.

² А.А. Глушецкий, очевидно, исходит из отсутствия такого противоречия. См.: Глушецкий А.А. Реформа гражданского законодательства в части регулирования юридических лиц. Практический комментарий // Экономико-правовой бюллетень. 2015. № 3.

³ Подробнее об этом и о некоторых других противоречиях, а также причинах приоритета норм ГК РФ в этом вопросе см.: Вайпан В.А. Ревизионная комиссия (ревизор) общества с ограниченной ответственностью: комментарий к Федеральному закону от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ // Вестник арбитражной практики. 2020. № 4.

⁴ В пункте 3.11 проекта Концепции развития законодательства о юридических лицах предлагалось отказаться от обязательного формирования РК (избрания ревизора) в акционерных обществах в пользу ее образования только в случаях, предусмотренных уставом общества; при этом обязательный внешний финансовый контроль (аудит) акционерных обществ должен был сохраниться. URL: <https://privlaw.ru/sovet-po-kodifikacii/conceptions/koncepciya6/>

⁵ Пункты 1, 1¹ ст. 85 Закона об АО. См. также: Ломакин Д.В. Коммерческие корпорации как субъекты корпоративных правоотношений: учебное пособие. М., 2020; Филиппова С.Ю., Шиткина И.С. Указ. соч.

решения о ее создании, а устав непубличного общества — сведения о РК либо ее отсутствии, а если РК создается исключительно в случаях, предусмотренных уставом непубличного общества, — сведения об этом с указанием таких случаев¹.

Таким образом, положения ГК РФ, Закона об ООО и Закона об АО о создании РК в хозяйственных обществах разнородны. Вплоть до приведения Закона об ООО в соответствие с ГК РФ последний должен, по всей видимости, применяться в приоритетном порядке в силу п. 2 ст. 3 ГК РФ, а также п. 4 ст. 3 Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации»². В свою очередь, положения Закона об АО о возможности не создавать РК в непубличном обществе, судя по всему, соответствуют ГК РФ. В то же время, если сделанное выше предположение о том, что ГК РФ позволяет не создавать РК только в непубличных обществах, верно, возникает вопрос о соотношении норм ГК РФ и Закона об АО. С одной стороны, приведенная выше аргументация в пользу приоритета ГК РФ над Законом об АО применима и в данном случае. С другой стороны, нельзя исключать, что практика пойдет по иному пути, поскольку Закон об АО носит специальный характер, а его нормы, регулирующие создание РК, были приняты после внесения изменений в ГК РФ.

Приведенные выше положения о РК Закона об АО являются результатом принятия Федерального закона от 19 июля 2018 г. № 209-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах»³ (далее — Закон № 209-ФЗ). Этим Законом также были изменены положения о советах директоров: они получили право формировать комитеты для предварительного рассмот-

¹ Пункт 32 ст. 11 Закона об АО.

² О приоритете норм ГК РФ над положениями Закона об ООО в иных вопросах см. также: Письмо Росимущества от 17 сентября 2014 г. № ИА-03/39941 «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», Письмо ФНС России от 28 декабря 2016 г. № ГД-4-14/25209@ «О направлении «Обзора судебной практики по спорам с участием регистрирующих органов № 4 (2016)», постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 4 декабря 2018 г. по делу № А56-75908/2018, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 27 декабря 2018 г. по делу № А56-79270/2016.

³ Как указано в пояснительной записке к проекту федерального закона № 204628-7 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об акционерных обществах» (СПС «КонсультантПлюс»), целью закона была реализация, в том числе, п. 9 плана мероприятий («дорожной карты») «Совершенствование корпоративного управления» (утверждена распоряжением Правительства РФ от 25 июня 2016 г. № 1315-р).

рения вопросов, входящих в компетенцию совета, а на советы директоров публичных обществ возложена обязанность создавать комитет по аудиту для предварительного рассмотрения вопросов, связанных с контролем за финансово-хозяйственной деятельностью общества¹. Кроме того, Закон об АО был дополнен ст. 87¹, предусматривающей обязательную организацию в публичных обществах управления рисками и внутреннего контроля, а также осуществление внутреннего аудита². Часть этих изменений действует с 1 января 2021 г., и говорить об их эффективности преждевременно, но уже сейчас можно обратить внимание на ряд обстоятельств.

Прежде всего стоит отметить, что некоторые положения Закона об АО (в ред. Закона № 209-ФЗ) применимы не ко всем акционерным обществам. В силу п. 6 ст. 37 Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» (далее — Закон о приватизации государственного и муниципального имущества) одновременно с утверждением устава акционерного общества, создаваемого путем преобразования унитарного предприятия, образуется РК или назначается ревизор общества на период до первого общего собрания акционеров общества³. Необходимость формирования РК также следует из формы устава акционерного общества, создаваемого путем приватизации⁴. Кроме

¹ Пункт 3 ст. 64 Закона об АО. Этот пункт не столько привнес что-то новое в работу совета директоров, сколько на уровне закона закрепил то, что стало практикой корпоративного управления. Например, ККУ рекомендует формировать комитет по аудиту, и такие комитеты создаются достаточно часто (см.: Шаназарова Е.В. Проблемы организации и осуществления контроля в акционерных обществах // Российская юстиция. 2017. № 8).

² Стремление имплементировать идеи, лежащие в основе описанных нововведений, было оценено неоднозначно (см., например: Осипенко О.В. Актуальные проблемы системного применения инструментов корпоративного управления и акционерного права. М., 2018).

³ Согласно Закону о приватизации государственного и муниципального имущества в создаваемых обществах с ограниченной ответственностью РК образуется (назначается ревизор), если это предусмотрено уставом общества. При этом исходя из п. 3 постановления Правительства РФ от 27 января 2012 г. № 34 «Об управлении находящимися в собственности Российской Федерации долями в обществах с ограниченной ответственностью, созданных в процессе приватизации» в таких обществах РК не образуются (ревизоры не избираются).

⁴ См.: Приказ Росимущества от 23 апреля 2019 г. № 99 «Об утверждении формы устава акционерного общества, создаваемого посредством приватизации федерального государственного унитарного предприятия, и о внесении изменений в приказ Росимущества от 27 апреля 2017 г. № 121 «О приватизации федеральных государственных унитарных предприятий, включенных в прогнозный план (программу) приватизации федерального имущества на 2017 — 2019 годы». Примечательно, что этот приказ был принят после принятия Закона № 209-ФЗ. Также

того, если уполномоченным органом принято решение об использовании специального права на участие в управлении акционерным обществом («золотая акция»), такой орган назначает своего представителя в РК общества согласно п. 2 ст. 39 Закона о приватизации государственного и муниципального имущества¹.

Таким образом, законодательство о приватизации и об управлении находящимися в федеральной собственности акциями исходит из необходимости формирования и функционирования в акционерных обществах РК. С учетом того, какие общества подпадают под действие указанных нормативных правовых актов², и их роли в российской экономике можно предположить, что большое количество крупных компаний несмотря на положения Закона об АО в редакции Закона № 209-ФЗ по-прежнему будет формировать РК.

Второе обстоятельство касается защиты прав и законных интересов акционеров. Закон об АО позиционирует РК как независимый орган общества, призванный контролировать исполнительные органы и совет директоров³ и потому в определенной мере противостоящий им⁴.

Для этого РК наделена широкими полномочиями и вправе получать документы о финансово-хозяйственной деятельности общества, должна проводить ежегодные, а также по собственной инициативе может осуществлять внеплановые проверки этой деятельности⁵. Если в обществе создана РК, достоверность годового отчета и бухгалтер-

продолжает действовать Приказ Росимущества от 16 сентября 2014 г. № 350 «Об утверждении Методических рекомендаций по формированию Положения о Ревизионной комиссии акционерного общества с участием Российской Федерации».

¹ См. также: Постановление Правительства РФ от 3 декабря 2004 г. № 738 «Об управлении находящимися в федеральной собственности акциями акционерных обществ и использовании специального права на участие Российской Федерации в управлении акционерными обществами («золотой акции»)».

² См.: Распоряжение Правительства РФ от 30 августа 2017 г. № 1870-р «Об утверждении перечней акционерных обществ, в отношении которых права акционера — Российской Федерации осуществляются Росимуществом по согласованию с федеральным министерством либо федеральным органом исполнительной власти, наделенным полномочиями по управлению государственным имуществом».

³ В литературе значимость РК для деятельности хозяйственных обществ оценивается по-разному. См., например: Павлюк А.В. К вопросу о понятии акционерного общества в российском праве // Административное и муниципальное право. 2015. № 1; Шиткина И.С. Правовое регулирование корпоративных прав и обязанностей // Хозяйство и право. 2011. № 1 (Приложение); Текутьев Д.И. Правовой механизм повышения эффективности деятельности членов органов управления корпорации. М., 2017.

⁴ См.: Гецьман М. Об аудиторе и ревизоре // ЭЖ-Юрист. 2006. № 10.

⁵ Пункты 3, 4 ст. 85 Закона об АО. О правах РК см. также: Пункт 1 ст. 55, п. 1 ст. 68 Закона об АО.

ской (финансовой) отчетности, должна быть подтверждена ей, а соответствующее заключение РК предоставлено лицам, имеющим право на участие в общем собрании акционеров, при подготовке к его проведению¹. Тем самым РК призвана компенсировать информационную асимметрию между органами управления общества и его акционерами и не допустить сокрытие/искажение информации первыми во вред последним².

Эффективному исполнению РК своих функций призваны способствовать меры, направленные на обеспечение ее независимости. Так, члены РК избираются общим собранием акционеров, к компетенции которого также отнесено решение вопросов о выплате членам РК вознаграждения и (или) компенсации расходов, связанных с исполнением ими обязанностей, и определение размеров таких вознаграждений и компенсаций³. Во избежание совмещения управленческих и контрольных функций и конфликта интересов⁴ члены РК не могут являться членами совета директоров и занимать иные должности в органах управления общества⁵, а принадлежащие указанным лицам акции не участвуют в голосовании при избрании членов РК⁶.

Отсутствие РК в акционерном обществе способно изменить баланс в системе управления компанией, снизив возможность для акционеров контролировать ее финансово-хозяйственную деятельность и повысив роль совета директоров. При отсутствии в обществе РК только совет директоров будет предварительно утверждать годовой отчет перед тем, как он будет вынесен на утверждение общего собрания акционеров⁷. Соответственно, в то время как в пу-

¹ Пункт 3 ст. 88, п. 3 ст. 52 Закона об АО.

² Это, по всей видимости, менее актуально в обществах с ограниченной ответственностью, так как количество их участников как правило меньше, чем число акционеров в акционерных обществах, а участники в большей, нежели акционеры, степени вовлечены в управление обществом и обладают доступом к большому объему информации. На определенном этапе целесообразность существования РК в обществах с ограниченной ответственностью с учетом положений Закона об ООО ставилась под сомнение (см.: Беляев Д.А. Правовое положение члена ревизионной комиссии // Право и экономика. 2007. № 4).

³ Подпункт 9 п. 1 ст. 48 и п. 1 ст. 85 Закона об АО.

⁴ См.: Ломакин Д.В. Указ. соч.; Беляев Д.А. Указ. соч.

⁵ В то же время РК утрачивает независимость и эффективность, когда ее членами являются работники общества, которые пусть и не занимают должностей в органах управления, но являются подчиненными лиц, которые эти должности занимают (см.: Вайпан В.А. Указ. соч.; Гецьман М. Указ. соч.; Беляев Д.А. Указ. соч.; Шаназарова Е.В. Указ. соч.).

⁶ Пункт 6 ст. 85 Закона об АО.

⁷ Если вопрос об утверждении годового отчета и годовой бухгалтерской (финансовой) отчетности общества оставлен в компетенции общего собрания акционеров.

бличных акционерных обществах создание совета директоров обязательно¹, в непубличных обществах представляется нежелательным отказываться одновременно от РК и совета директоров либо необходимо предусмотреть иные механизмы, позволяющие акционерам контролировать финансово-хозяйственную деятельность общества.

Кроме того, совет директоров осуществляет как контрольные, так и управленческие функции². В связи с этим он контролирует не только исполнительные органы, но в определенной степени и сам себя, поэтому нужны механизмы предотвращения возможных злоупотреблений со стороны членов совета директоров. Помимо запрета на занятие членами исполнительных органов общества более четверти места в совете директоров³, таким механизмом может стать упомянутая обязанность создавать в советах директоров публичных акционерных обществ комитет по аудиту, формировать который рекомендуется из независимых директоров⁴. Это, в свою очередь, означает повышение роли таких директоров, их вовлеченности в управление и соответственно ответственности.

Третье обстоятельство — это дополнение Закона об АО ст. 87¹, согласно которой организация указанных в ней процессов обязательна в публичном акционерном обществе. Один из процессов — внутренний контроль — призван обеспечить в том числе достоверность, полноту и своевременность бухгалтерской (финансовой) и иной отчетности, а также соблюдение применимого законодательства и нормативных актов, а также внутренних нормативных документов общества⁵. Другой процесс — внутренний аудит — направлен

¹ Пункт 3 ст. 97 ГК РФ.

² См.: Пункт 4 ст. 653 ГК РФ, ст. 64, 65 Закона об АО. См. также: Осипенко О.В. Управление акционерным обществом в условиях реформы корпоративного права. М., 2016; Павлюк А.В. Указ. соч.; Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М., 2014; Харитонов Ю.С., Шиткина И.С. Указ. соч.

³ Можно упомянуть и запрет на совмещение должностей единоличного исполнительного органа и председателя совета директоров (п. 4 ст. 653 ГК РФ, п. 2 ст. 66 Закона об АО).

⁴ См.: Пункт 2.8.1 Принципов корпоративного управления, п. 173 Рекомендаций к Принципам корпоративного управления ККУ. См. также: пункты 2.18, 2.19 Перечня требований для включения в Первый и Второй уровень и поддержании ценных бумаг в них (Приложение № 2 к Правилам листинга ПАО Московская биржа. URL: <https://fs.moex.com/files/257>. См. также, например: Долинская В.В. Акционерное право: основные положения и тенденции: монография. М., 2006; Текутьев Д.И. Указ. соч.

⁵ Информационное письмо Банка России от 1 октября 2020 г. № ИН-06-28/143 «О рекомендациях по организации управления рисками, внутреннего контроля, внутреннего аудита, работы комитета совета директоров (наблюдательного совета) по аудиту в публичных акционерных обществах» (далее — «Письмо № ИН-06-28/143»).

на оценку надежности и эффективности управления рисками и внутреннего контроля. Такая оценка должна осуществляться силами должностного лица, ответственного за организацию и осуществление внутреннего аудита — руководителя внутреннего аудита или созданного отдельного структурного подразделения либо путем привлечения независимой внешней организации¹.

На первый взгляд, усиленный контроль за финансово-хозяйственной деятельностью публичного общества должен гарантировать достижение своих целей. В то же время обилие контролеров может привести к тому, что каждый из них будет надеяться на другого, и в итоге их задача выполнена не будет. Кроме того, несмотря на рекомендацию исключить при организации системы управления рисками и внутреннего контроля дублирование функций вовлеченных подразделений, полностью избежать этого вряд ли удастся — будет пересекаться как минимум часть функций указанных подразделений, совета директоров и комитета по аудиту, а также РК (если она сформирована)². Дублирование, в свою очередь, приведет к увеличению количества людей, вовлеченных в осуществление внутреннего контроля и аудита, сроков принятия решений, а также снижению экономической эффективности публичных акционерных обществ³.

Подводя итог, можно сказать, что в законодательстве отсутствует единый подход к вопросу о необходимости образования РК для контроля за финансово-хозяйственной деятельностью хозяйственных обществ, в связи с чем ГК РФ, Закон об ООО и Закон об АО нуждаются в гармонизации. Кроме того, исключение РК из числа органов управления акционерного общества, ставшее допустимым после изменения в 2018 г. Закона об АО, может изменить систему корпоративного управления в акционерных обществах, повысив роль совета директоров в целом и независимых директоров в частности.

¹ Пункт 2 ст. 871 Закона об АО, Письмо № ИН-06-28/143.

² Нельзя также исключать, что в результате попытки избежать дублирования и разграничения зон ответственности указанных органов останутся сферы, неподконтрольные ни одному из них.

³ См. также: Долинская В.В. Органы юридического лица: проблемы доктрины и современного законодательства (на примере акционерного общества) // Законы России: опыт, анализ, практика. 2014. № 11; Муллахметов Х.Ш. Некоторые тенденции развития практики корпоративного контроля в России // Юрист. 2006. № 7.

Ермакова Елена Петровна,
доцент кафедры гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института Российского
университета дружбы народов (РУДН),
кандидат юридических наук

Фролова Евгения Евгеньевна,
главный научный сотрудник ИЗиСП
заведующий кафедрой гражданского права и процесса
и международного частного права
Юридического института Российского
университета дружбы народов (РУДН),
доктор юридических наук, профессор

**О ПРОЕКТЕ ДИРЕКТИВЫ ЕС
ПО КОРПОРАТИВНОЙ ОТЧЕТНОСТИ
В ОБЛАСТИ УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ (CSRD)
2021 ГОДА¹**

Введение

В последние годы наблюдается рост популярности социально ответственных инвестиций (socially responsible investing — SRI). Многие российские и зарубежные исследователи отмечают, что SRI становятся все более важным инструментом глобального финансового рынка². Об этом также свидетельствует рост стоимости глобаль-

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-011-00270 «а».

² См.: Белошицкий А.В., Тростянский С.С., Шитов Е.А. «Зеленые» финансы и социально ответственное инвестирование: опыт международного регулирования на примере США, Великобритании и ЕС // Ученые записки Международного банковского института. 2020. № 4 (34). С. 106–127; Michalczuk G., Konarzewska U. Socially responsible investing in the European Union's capital markets // *Ekonomia i Prawo. Economics and Law*, 19(4) (2020): Pp. 757–772. accepted 31.12.2020 (DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/EiP.2020.049>). Дата обращения: 25.05.2021; Townsend B. From SRI to ESG: The Origins of Socially Responsible and Sustainable Investing // *The Journal of Impact and ESG Investing* Fall 2020, 1 (1) Pp. 10-25; (DOI: <https://doi.org/10.3905/jesg.2020.1.1.010>). Дата обращения: 26.05.2021; Ashfaq M., Verena B. Socially responsible investments in Europe // University of South Florida. M3 Center Publishing. (DOI: <https://doi.org/10.5038/9781732127579>). Дата обращения: 25.05.2021.

ного рынка социально ответственного инвестирования, который в 2016 г. оценивался в 22,89 трлн. долл. США. В 2020 г. стоимость глобальных активов, использующих экологические, социальные и управленческие данные для принятия инвестиционных решений, почти удвоилась за четыре года и выросла более чем в три раза за восемь лет (с 2012 г.), составив 40,5 трлн. долл. США¹.

В 2015 г. были завершены работы над различными международными соглашениями, такими как Парижское климатическое соглашение («COP 21») и «Повестка дня ООН и Цели устойчивого развития на период до 2030 года» («UN SDGs»)². «Европейский союз стремится быть мировым лидером в борьбе с изменением климата и в реализации Парижского соглашения 2015 г. Поскольку изменение климата все чаще рассматривается как фактор риска в отношении финансовой стабильности, в настоящее время Европейский союз сосредоточивает свое внимание на финансовом секторе в своих усилиях по осуществлению Парижского соглашения и повышению устойчивости и конкурентоспособности экономики ЕС»³.

Как видно из многочисленных публикаций по этой теме, в настоящее время ЕС является мировым законодателем тенденций и движущей силой трансформации устойчивого развития⁴. Скорость и количество регулирующих действий не имеют прецедентов⁵. В 2018 г. Еврокомиссия объявила, что установит цель для ЕС выйти на углеродно-нейтральный уровень к 2050 г. путем согласования промышленной политики, финансов и научных исследований и инвестирования значительных средств в технологии.

¹ См.: Baker S. Global ESG-data driven assets hit \$40.5 trillion // Crain Communications, Inc. July 02, 2020. URL: <https://www.pionline.com/esg/global-esg-data-driven-assets-hit-405-trillion> Дата обращения: 20.03.2021.

² См.: Dudin M.N., Frolova E.E., Protopopova O.V., Mamedov A.A., Odintsov S.V. Study of innovative technologies in the energy industry: nontraditional and renewable energy sources // Entrepreneurship and Sustainability Issues. 2019. vol. 6. № 4. P.1708.

³ Ермакова Е.П. Развитие правовых основ «зеленого» финансирования в России, ЕС и Китае: сравнительно-правовой анализ // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 2. С. 338.

⁴ См.: Фролова Е.Е. Новая экосистема финансового рынка Европейского Союза: цифровизация и устойчивость // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2020. Т. 24. № 3. С. 680. DOI: 10.22363/2313-2337-2020-24-3-673-694.

⁵ См.: Seibt B., Kasolowsky B. et al. Expanding ESG reporting: European Commission publishes draft for new Corporate Sustainability Reporting Directive // Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. May 20, 2021. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d00a4f9f-c77c-4360-9c82-bef38e98a667>. Дата обращения: 01.06.2021.

11 декабря 2019 г. Европейская комиссия представила «Европейскую зеленую сделку» (the European Green Deal)¹ — концепцию экономического роста, цель которой состоит в том, чтобы сделать Европу первым климатически нейтральным континентом (climate neutral continent) к 2050 г. «Зеленая сделка» — это пакет мер, который должен позволить европейским гражданам и предприятиям извлечь выгоду из «устойчивого зеленого перехода» (sustainable green transition) — перехода от концепции «устойчивого развития экономики» к концепции «зеленой экономики». Меры, сопровождаемые «Дорожной картой», варьируются от сокращения выбросов до инвестиций в передовые исследования и инновации, а также в сохранение природной среды Европы².

Для достижения этой цели в ЕС было принято три основных нормативных акта: «Регламент 2019/2088 раскрытия информации»³, «Регламент 2019/2089 низкоуглеродистых эталонов»⁴ и «Регламент таксономии»⁵, вступивший в силу 12 июля 2020 г.

21 апреля 2021 г. Европейская комиссия сделала еще один шаг на пути к осуществлению «Зеленой сделки» и Плана действий ЕС по устойчивому финансированию, приняв пакет мер, включая проект Директивы о корпоративной отчетности по устойчивому развитию (CSRD)⁶ и первый Делегированный закон о климате (Climate Delegated Act) в соответствии с Регламентом о таксономии. За этим последовало опубликование 7 мая 2021 г. проекта статьи 8 Делеги-

¹ URL: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/european-green-deal-communication_en.pdf

² См.: Ермакова Е.П. О проекте общеевропейского закона о климате и проблемах нормативного регулирования «зеленого» финансирования в Европейском Союзе // Государство и право. 2020. № 5. С. 99.

³ Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/2088/oj>

⁴ Regulation (EU) 2019/2089 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Regulation (EU) 2016/1011 as regards EU Climate Transition Benchmarks, EU Paris-aligned Benchmarks and sustainability-related disclosures for benchmarks. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019R2089>

⁵ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32020R0852>

⁶ Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>

рованного закона ЕС о таксономии (EU Taxonomy article 8 Delegated Act)¹, в котором излагаются обязательные требования раскрытия информации о компаниях в соответствии с Регламентом о таксономии².

Самым ожидаемым стало предложение Комиссии о пересмотре Директивы 2014/95/ЕС о нефинансовой отчетности³ (the Non-Financial Reporting Directive — NFRD). В соответствии с Директивой NFRD крупные организации, представляющие «общественный интерес» (т.е. крупные компании, включенные в перечень, крупные кредитные и страховые учреждения и другие организации, обозначенные государствами-членами в качестве таковых), в настоящее время обязаны сообщать определенную нефинансовую информацию в рамках своего ежегодного управленческого отчета, в основном на основе правила «соблюдай или объясняй»⁴.

В данной статье мы остановимся на характеристике проекта новой Директивы CSRD, которая призвана пересмотреть существующие правила отчетности европейских компаний (включая предприятия малого и среднего бизнеса), которые введенные Директивой ЕС о бухгалтерском учете (Accounting Directive)⁵ и Директивой NFRD 2014 года. Предполагается, что новая Директива вступит в полную силу с 1 января 2023 г.

Проект Директивы CSRD является частью усилий ЕС по интеграции устойчивости и восстановления после пандемии «COVID-19»

¹ https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/taxonomy-regulation-delegated-act-2021-article-8-draft_en.pdf

² См.: Perlman R. and Regalia S. EU Sustainable Finance Action Plan takes shape with proposal for Corporate Sustainability Reporting Directive and first Taxonomy Delegated Acts // Herbert Smith Freehills. 11 May 2021. URL: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/eu-sustainable-finance-action-plan-takes-shape-with-proposal-for-corporate> Дата обращения: 01.06.2021.

³ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0095>

⁴ См.: Dolmans M. et al. The Corporate Sustainability Reporting Directive : From «Non-Financial» to «Sustainability» Reporting// Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP. May 21, 2021. URL: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2021/the-corporate-sustainability-reporting-directive.pdf> Дата обращения: 02.06.2021.

⁵ Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0034>

(«Building back better») в рамках законодательства ЕС. Проект связан со многими другими недавними законодательными актами ЕС, такими как «Регламент ЕС о таксономии» и «Регламент о раскрытии информации об устойчивом финансировании» (SFDR)¹.

Проект Директивы CSRD предусматривает принятие делегированных актов, определяющих стандарты устойчивости, по которым компании обязаны отчитываться. Согласно проекту представленная информация должна также соответствовать потребностям участников финансового рынка в соответствии с Регламентом о раскрытии информации об устойчивом финансировании (SFDR). Эти стандарты должны быть приняты Комиссией ЕС к 31 октября 2022 г. Это оставляет двухлетний период (между 2021 и 2023 гг.), в течение которого участники финансового рынка должны будут опираться на информацию, представленную в рамках Директивы NFRD 2014 года, прежде чем будут приняты более согласованные стандарты для облегчения этого процесса.

О недостатках Директивы NFRD 2014 года

Европейские специалисты подчеркивали, что цели, поставленные в Директиве NFRD 2014 года, не были достигнуты². Для того чтобы заинтересованные стороны могли оценить воздействие компаний на окружающую среду и общество, степень их уважения прав человека и усилия компаний по обеспечению более устойчивого развития, была необходима всеобъемлющая, актуальная и надежная корпоративная информация об устойчивости. Однако, как свидетельствовали исследования по реализации Директивы NFRD 2014 года, последняя имеет несколько структурных недостатков.

Согласно нормам Директивы NFRD европейские компании должны были впервые включить нефинансовые вопросы в свою отчетность в 2018 г. (охватывающую 2017 финансовый год).

В декабре 2019 г. в рамках «Европейской зеленой сделки» Европейская комиссия взяла на себя обязательство пересмотреть Директиву о нефинансовой отчетности NFRD³.

В 2020 г. Европейская комиссия провела всеобъемлющий обзор Директивы NFRD и установила, что в настоящее время информация

¹ См.: Seibt B., Kasolowsky B. et al. Op. cit.

² См.: Rock N. et al. UK: At A Glance Summary Of Proposed Corporate Sustainability Reporting Directive // Mondaq. 19 May 2021. URL: <https://www.mondaq.com/uk/contracts-and-commercial-law/1069752/at-a-glance-summary-of-proposed-corporate-sustainability-reporting-directive> Дата обращения: 30.05.2021.

³ См.: Townsend B. Op. cit.

о нефинансовой отчетности, предоставляемая европейскими компаниями согласно положениям указанной Директивы, не отвечает потребностям инвесторов и других лиц в этой области. В частности, Комиссия ЕС сочла, что указанные отчеты не дают адекватной информации о том, как нефинансовые вопросы (и вопросы устойчивости, в частности) влияют на компании и как сами компании влияют на общество и окружающую среду.

Комиссия ЕС изложила несколько причин этого: а) представленная информация недостаточно сопоставима или надежна; б) компании не сообщают всю нефинансовую информацию, которая, по мнению пользователей, необходима; в) некоторые компании вообще не сообщают эту информацию; г) инвесторам и другим лицам трудно найти нефинансовую информацию даже в том случае, если она сообщается и д) компании сталкиваются с неопределенностью и сложностью при принятии решения о том, о какой нефинансовой информации сообщать, а также о том, как и где сообщать эту информацию¹.

Как отмечалось в Преамбуле проекта Директивы CSRD, пересмотр Директивы NFRD будет способствовать достижению цели построения экономики, которая работает для людей. Это укрепит социальную рыночную экономику ЕС, помогая обеспечить стабильность, рабочие места, рост и инвестиции. Указанные цели особенно важны с учетом социально-экономического ущерба, причиненного пандемией COVID-19, и необходимости устойчивого, всеобъемлющего и справедливого восстановления.

Основные положения проекта новой Директивы CSRD

А. Сфера охвата проекта Директивы CSRD 2021 года

В настоящее время Директива NFRD 2014 года распространяется только на крупные предприятия с более чем 500 сотрудниками. Комиссия ЕС предлагает охватить Директивой CSRD 2021 года: а) все крупные компании (large companies), независимо от того, перечислены они в Директиве или нет, и б) все компании, зарегистрированные на рынках, регулируемых ЕС, за исключением микрокомпаний, перечисленных в Директиве.

«Крупные компании» — это компании, которые превышают по крайней мере два из следующих трех показателей: а) баланс в общей

¹ См.: Townsend M., Kelly I. Review of the Non-Financial Reporting Directive: towards an EU-wide ESG reporting standard // Allen & Overy. 06 March 2020. URL: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/review-of-the-non-financial-reporting-directive>. Дата обращения: 26.05.2021.

сложности 20 млн евро; б) чистый оборот в размере 40 млн евро и в) среднее число работников в течение финансового года более 250¹.

Согласно проекту «перечисленные компании» (listed companies) могут включать и компании, которые не были созданы в ЕС, но зарегистрированы на регулируемых ЕС рынках. Хотя малые и средние предприятия (МСП), перечисленные в Директиве, попадают под сферу действия Директивы с 1 января 2026 г., Комиссия ЕС разъяснила, что отдельные пропорциональные стандарты будут разработаны и адаптированы к возможностям и ресурсам таких компаний².

Крупные банки и страховые корпорации по-прежнему будут выполнять обязанности по представлению отчетности уже в рамках Директивы CSRD. По мнению Комиссии ЕС, проект должен расширить сферу действия Директивы до 49 000 компаний (в настоящее время Директива NFRD распространяется на 11 000 компаний).

Б. Проект Директивы CSRD 2021 года расширил перечень тем, по которым компании должны будут отчитываться.

Оставляя в стороне четыре широкие области, включенные в Директиву NFRD, а именно экологические, социальные вопросы и вопросы, связанные с работниками, соблюдение прав человека, борьба с коррупцией и взяточничеством, Комиссия дополнительно уточняет содержание информации, связанной с устойчивостью, со ссылкой на термин «ESG»³.

Экологические вопросы должны включать, среди прочего, смягчение последствий изменения климата, водные и морские ресурсы и биоразнообразие.

Социальная информация должна включать, среди прочего, гендерное равенство, условия труда и уважение прав человека, как это заложено в международных договорах по правам человека.

Отчетность по критериям управления должна касаться, среди прочего, борьбы со взяточничеством и с коррупцией, лоббистской деятельности, практики оплаты услуг деловых партнеров, управления внутренними рисками и контролем, а также роли органов корпорации в вопросах устойчивости и их состава.

Кроме того, отчетность об устойчивом развитии предназначена для включения информации о нематериальных активах, таких как

¹ См.: Perlman R. and Regalia S. Op. cit.

² См.: Seibt B., Kasolowsky B. et al. Op. cit.

³ См.: Curto F., Lewis M. Why ESG reporting requires scientific verification // DWS Group GmbH & Co. KGaA. Jun 03, 2021. URL: <https://www.dws.com/en-be/insights/global-research-institute/esg-reporting-frameworks-part-two/>. Дата обращения: 05.06.2021.

интеллектуальный, человеческий, социальный и взаимосвязанный капитал. «Нематериальные активы» покрывают нематериальные ресурсы, способствующие созданию ценности предприятия.

Проект Директивы CSRD 2021 года требует от компаний также отчитываться:

- об основных фактических или потенциальных негативных последствиях, связанных с цепочкой создания стоимости предприятия, включая его собственную деятельность, продукцию и услуги, деловые отношения и цепочки поставок;

- о любых действиях, предпринятых с тем, чтобы предотвратить, смягчить или исправить фактические или потенциальные неблагоприятные последствия.

Информация должна включать не только сведения о рисках для компании, связанных с вопросами устойчивого развития, воздействии компании на людей и окружающую среду (как это уже имеет место в соответствии с Директивой NFRD 2014 года), но и на глобальные цепочки поставок (например, соблюдение международных принципов, таких как Декларация об основных принципах и правах в сфере труда МОТ 1998 года, нет детского труду и т.д.). Кроме того, Комиссия ЕС основывается на инициативах по конвергенции на глобальном уровне, таких как Целевая группа по раскрытию финансовой информации, связанной с климатом (Task Force on Climate-related Financial Disclosures)¹.

В частности, проект Директивы CSRD требует от компаний раскрывать определенные показатели, в частности долю их оборота, капитальные затраты (CaPex) и операционные расходы (OpEx), являющиеся производными или связанными с экономической деятельностью, которая квалифицируется как экологически устойчивая. Однако эти показатели будут дополнительно определены в отдельных делегированных актах (с 2022 г.). Помимо текущего согласования таксономии, стандарты отчетности также будут отражать перспективные бизнес-планы, чтобы обеспечить финансирование на основе как рынка капитала, так и банковского финансирования.

Таким образом, проект Директивы CSRD предусматривает обязанности по отчетности, аналогичные обязанностям, предусмотренным проектом Европейского парламента для «Директивы о должной осмотрительности цепочки поставок» (Supply Chain Due Diligence

¹ См.: Schwitzer L., Ebner M. and Bellando H. Green April: European Commission Publishes Sustainable Finance and Reporting Package// Schoenherr. 05 May 2021. URL: <https://ceelegalmatters.com/austria/16735-green-april-european-commission-publishes-sustainable-finance-and-reporting-package> Дата обращения: 03.06.2021.

Directive)¹. В настоящее время представляется неясным, будет ли происходить консолидация обязанностей по представлению отчетности в рамках различных структур ЕС, что значительно облегчило бы процессы отчетности компаний.

Что касается компаний, включенных в перечень проекта Директивы, то его текст прямо требует ссылки на гендерную проблематику в описании политики многообразия, применяемой предприятием в отношении его административных, управленческих и надзорных органов.

В. Единый стандарт отчетности в ЕС

В настоящее время Директива NFRD 2014 года обеспечивает значительную гибкость в отношении способа отчетности о нефинансовой информации: европейские компании могут опираться на международные, европейские или национальные стандарты для предоставления своей нефинансовой отчетности².

Проект Директивы CSRD 2021 года направлен на введение единого стандарта отчетности в ЕС (EU-wide reporting standard) и, следовательно, может положить конец нынешнему «алфавитному супу» (alphabet soup) различных стандартов (GRI, SASB, IIRC и т.д.). Комиссия должна принять делегированные акты, чтобы обеспечить такие стандарты отчетности на основе технических рекомендаций, предоставленных Европейской консультативной группой по финансовой отчетности (EFRAG). Ожидается, что первые делегированные акты будут опубликованы в октябре 2022 г.

Предоставляя единые (и обязательные) стандарты отчетности ЕС об устойчивом развитии, положения проекта Директивы помогут также сократить текущие расходы для компаний, сталкивающихся с различными (не согласованными) информационными запросами на информацию об устойчивости³.

Г. Требования к аудиту

Проект Директивы CSRD 2021 года также содержит положения, впервые предписывающие осуществление общего аудита и определяющие гарантии ЕС в отношении отчетности. Хотя цель состоит в том, чтобы обеспечить такой же уровень гарантий отчетности об устойчивом развитии, какой применяется к финансовой отчетности, Комиссия ЕС признает, что нынешний рынок аудиторских услуг пока не в состоянии достичь этой цели. Поэтому в предложении

¹ URL: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ohchr-recommendations-to-ec-on-mhrdd.pdf>

² См.: Dolmans M. et al. Op. cit.

³ См.: Schwitzer et al. Op. cit.

излагается прогрессивный подход с «ограниченным» требованием о гарантиях в отсутствие стандартов обеспечения устойчивости. Если Комиссия ЕС примет стандарты обеспечения устойчивости в будущем, требуемый уровень гарантий автоматически возрастет до уровня разумных гарантий¹.

Д. Цифровой формат отчетности компаний

Проект Директивы CSRD требует от компаний оцифровки их отчетности, с тем чтобы ее можно было использовать в «Европейском едином пункте доступа» (European Single Access Point), как это предусмотрено в «Плане действий Союза рынков капитала» (Capital Markets Union Action Plan)². В проекте указано, что вся информация об устойчивом развитии должна быть опубликована в рамках отчета об управлении в цифровом и машиночитаемом формате. В результате при проведении анализа рынка и сравнительных исследований инвесторам и другим заинтересованным сторонам станет легче получить доступ к отчетности по корпоративной устойчивости³.

Е. Штрафные санкции

Проект Директивы CSRD 2021 года требует, чтобы государства-члены предусмотрели во внутреннем законодательстве штрафы за нарушение обязанностей по представлению отчетности при осуществлении Директивы. Это требование не отличается от требований действующей Директивы NFRD. Германия, например, уже ввела уголовную ответственность за непредставление или ложное представление нефинансовой отчетности. Тем не менее проект Директивы CSRD идет дальше и требует, чтобы государства-члены также ввели следующие административные санкции: а) публичное заявление с изложением характера нарушения и указанием ответственного лица (организации); б) приказ о прекращении противоправных действий в отношении ответственного лица или организации, а также в) административные денежные санкции.

Ж. Сроки

Адвокаты фирмы «Клити Готтлиб Стин и Гамильтон ТОО» Моритас Долманс, Джеральдин Бургиньон и др. выделили основные сроки, указанные в проекте Директивы CSRD 2021 года:

— компании, на которые в настоящее время распространяются положения Директивы NFRD 2014 года, начнут раскрывать долю своей деятельности, квалифицируемой как «экологически устойчи-

¹ См.: Perlman R. and Regalia S. Op. cit.

² URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:590:FIN>

³ Ibid.

вая» в соответствии с Регламентом о таксономии, начиная с 1 января 2022 г.;

- проект Директивы CSRD 2021 года должен быть окончательно доработан и принят Европейским парламентом и Советом в начале 2022 г.;

- первый набор стандартов с указанием информации о том, что крупные предприятия должны отчитываться в соответствии с Директивой CSRD, должен быть принят до 31 октября 2022 г.;

- государства-члены ЕС должны до 1 декабря 2022 г. включить положения Директивы CSRD в национальное законодательство;

- крупные компании должны будут отчитываться по правилам Директивы CSRD за финансовый год, начинающийся 1 января 2023 г. или после этой даты;

- второй набор стандартов с указанием, в частности, информации, которая будет раскрыта перечисленными МСП, должен быть принят до 31 октября 2023 г.;

- перечисленные МСП должны начать отчитываться в соответствии с CSRD за финансовый год, начинающийся с 1 января 2026 г. или после этой даты¹.

Достижения проекта новой Директивы CSRD

Во-первых, авторы проекта Директивы CSRD отказались от концепции «нефинансовой отчетности» (non-financial reporting), которая подверглась широкой критике как неясная, бессодержательная или даже вводящая в заблуждение. Об этом подробно писали в своей статье 2020 г. американские специалисты Гейл Глейзерман и Джефф Коэн². Авторы подчеркивали, что инвесторы все чаще обращают внимание не только на финансовую отчетность, но и на более глубокое понимание того, когда и как компании создают добавленную стоимость. Этот сдвиг включает в себя растущее внимание к экологической, социальной и управленческой информации (ESG). Хотя данные ESG касаются уникальной проблематики, их обозначение как нефинансовых может ввести в заблуждение. При этом информация ESG может служить ценным вкладом в более дальновидный финансовый анализ. Рыночные инициативы, в частности «Совет по стандартам учета в области устойчивого развития»

¹ Dolmans et al. Op. cit.

² См.: Glazerman G., Cohen J. «Non-Financial» Is a Misnomer, but Doesn't Have to Be a Missed Opportunity// Journal of Applied Corporate Finance, 2020. Volume 32, Issue 2. Pp. 108-116. First published: 10 June 2020. URL: <https://doi.org/10.1111/jacf.12410>. Дата обращения: 31.05.2021.

(SASB), нацелены на стандартизацию для инвесторов подмножества критически важных для бизнеса отраслевых данных об устойчивом развитии. Исследования показывают, что такие подходы могут принести положительные результаты не только поставщикам финансового капитала, но и их портфельным компаниям и рынкам в целом.

Поэтому отказ от концепции «нефинансовой отчетности» и переход к концепции «обязательной отчетности в области устойчивости» (mandatory sustainability reporting) оцениваются специалистами положительно.

Во-вторых, Комиссия ЕС вводит стандарты отчетности об устойчивом развитии в качестве общей европейской основы для обеспечения сопоставимой информации. Это крупный прорыв по сравнению с Директивой NFRD 2014 года. Указанное предложение требует разработки как общих, так и конкретных отраслевых обязательных стандартов отчетности об устойчивом развитии. Комиссия ЕС предусматривает, что разработкой новых стандартов корпоративной устойчивости займется Европейская консультативная группа по финансовой отчетности (European Financial Reporting Advisory Group — EFRAG), частная организация, в которой доминируют крупные бухгалтерские фирмы и отраслевые ассоциации¹. Однако, по мнению норвежских ученых Дэвида Мончиардини и Джукка Мяхенена (Университет Осло, Норвегия), привлечение к работе над стандартами частной консультативной организации может привести к «риску захвата нормативного регулирования и приватизации норм ЕС» (the risks of regulatory capture and privatization of EU norms), что следовало бы предотвратить².

Безусловно, закрепление в проекте Директивы CSRD обязанности компаний сообщать о планах по обеспечению совместимости их бизнес-моделей и стратегий с переходом к экономике с нулевым уровнем выбросов в соответствии с Парижским соглашением 2015 года является шагом вперед в данной области.

¹ См.: Howitt R. New EU directive means companies will have to be transparent about their climate impacts// Reuters Events. May 4, 2021. URL: <https://www.reutersevents.com/sustainability/new-eu-directive-means-companies-will-have-be-transparent-about-their-climate-impacts>. Дата обращения: 01.06.2021.

² См.: Monciardini D., Mähönen J. Goodbye, non-financial reporting! A first look at the EU proposal for corporate sustainability reporting//University of Oslo. Apr. 27, 2021. URL: <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/goodbye-non-financial-reporting--monciardini-mahonen.html>. Дата обращения: 31.05.2021.

В-третьих, сфера действия проекта Директивы CSRD распространяется на «все крупные компании», а не только на «предприятия, представляющие общественные интересы» (компании, перечисленные в Директиве NFRD 2014 года, банки и страховые компании). По данным Комиссии, количество компаний, на которые распространяются эти правила, увеличится с 11 000 до примерно 49 000. Однако, что касается МСП, то в проект Директивы CSRD включены только отдельные из них, перечисленные в тексте проекта. По мнению европейских авторов, такое положение является одним из основных недостатков проекта, поскольку негативные социальные и экологические последствия деятельности некоторых МСП могут быть весьма существенными. Таким образом, из сферы действия Директивы CSRD исключены крупные дочерние компании, что также является одним из недостатков проекта. Кроме того, Комиссия ЕС предлагает двухуровневый режим, который рискует создать «двойной стандарт», который будет менее жестким для МСП¹.

В-четвертых, шагом вперед является обязательная цифровизация корпоративного раскрытия информации, в силу которой информация «помечается» в соответствии с системой классификации, облегчающей более широкий доступ к данным.

В-пятых, проект Директивы CSRD впервые вводит общее требование аудита на уровне всего ЕС в отношении информации об устойчивости, с тем чтобы обеспечить ее точность и надежность. Однако проект стал недостаточно четким в результате введения требования об «ограниченных» гарантиях (limited assurance) вместо требования о «разумных» гарантиях (reasonable assurance), установленного для проведения полной ревизии. По мнению Комиссии ЕС, для проведения полной ревизии потребуются конкретные стандарты обеспечения устойчивости, которые они еще не запланировали. Комиссия ЕС предлагает также, чтобы государства-члены разрешали фирмам заверять информацию об устойчивости без стандартизированных процессов обеспечения. Специалисты сочли такое положение неправильным и предложили Комиссии ЕС изучить опыт экологических аудиторских схем, таких как EMAS, в которых используются специально обученные верификаторы².

Сравнительная характеристика проекта новой Директивы CSRD

Ирландские ученые Конор Холланд и Колм О'Се (KPMG) указывали, что предложения проекта Директивы CSRD значительно

¹ См.: Rock N. et al. Op. cit.

² См.: Monciardini D., Mähönen J. Op. cit.

расширяют сферу действия существующих правил Директивы NFRD, чтобы охватить все крупные предприятия, а также все те, которые котируются на регулируемых рынках ЕС, за исключением микропредприятий. Более того, в отличие от Директивы NFRD, проект Директивы CSRD гораздо более подробно излагает требования к нефинансовой информации, которую должны предоставлять предприятия. Как и ожидалось, проектом вводятся обязательные стандарты устойчивого развития ЕС, которые должны быть подготовлены Европейской консультативной группой по финансовой отчетности (EFRAG) и приняты посредством вторичного законодательства. Стандарты должны основываться на рекомендациях, сделанных Целевой группой EFRAG по стандартам нефинансовой отчетности, при этом первый набор стандартов должен быть принят к 31 октября 2022 г.¹ К. Холланд и К. О'Се сгруппировали свои выводы в таблицу, которая может представлять интерес для характеристики проекта Директивы CSRD (см. табл. «Сопоставление Директивы NFRD и проекта Директивы CSRD»).

Недостатки проекта Директивы CSRD 2021 года

1. В проекте Директивы CSRD указывается, что стандарты должны разрабатываться на основе многопартийной процедуры с участием профсоюзов и некоммерческих организаций. Однако норвежские специалисты считают, что такая процедура требует более серьезных мер, чем символическое участие профсоюзов и гражданского общества. Европейская консультативная группа по финансовой отчетности (EFRAG) имеет свой собственный выделенный бюджет и персонал, с тем чтобы обеспечить адекватный потенциал для проведения независимых исследований. Учитывая различия между устойчивостью и стандартами финансовой отчетности, группа EFRAG должна постоянно включать сбалансированное представительство профсоюзов, инвесторов, гражданского общества и компаний и их организаций в соответствии с многосторонним подходом².

Проект Директивы CSRD является неоднозначным в отношении роли частных рыночных инициатив и групп по интересам. Крайне важно, чтобы стандарты Директивы CSRD были приведены в соответствие с принципами устойчивого развития, которые определены

¹ См.: O'Se C., Holland C. Corporate Sustainability Reporting Directive. What the new CSRD means for you// KPMG in Ireland. 29 April 2021. URL: <https://home.kpmg/ie/en/home/insights/2021/04/corporate-sustainability-reporting-directive-csrd.html> Дата обращения: 01.06.2021.

² См.: Monciardini D., Mähönen J. Op. cit.

Т а б л и ц а

Сопоставление Директивы NFRD и проекта Директивы CSRD

№	Тематические вопросы	Действующая Директива ЕС 2014/95/EU о нефинансовой отчетности (NFRD)	Проект Директивы ЕС по корпоративной отчетности в области устойчивого развития (CSRD)
1.	Когда это будет применимо?	2018 г.	• 2023 г.: первый набор стандартов отчетности об устойчивом развитии (проект стандартов, доступных в середине 2022 г.) • 2024 г.: второй набор стандартов отчетности об устойчивом развитии • Принятие Директивы ЕС в законодательстве государств-членов: 1 декабря 2022 г.
2.	К какой компании это будет применимо?	Крупные компании с > 500 сотрудников; а также иные компании: • компании, прямо перечисленные в Директиве • банки и страховые компании	Все крупные компании, которые имеют по крайней мере 2 из 3 критериев: • > 250 сотрудников и/или • > оборот в 40 млн Евро и/или • > общие активы в размере 20 млн Евро • компании, перечисленные в Директиве <i>Примечание:</i> перечисленные малые и средние компании получают дополнительные три года, чтобы соответствовать требованиям Директивы.
3.	Сколько компаний стран-членов ЕС подпадают под Директиву?	11 600	49 000, что составляет > 75% от общего оборота компаний ЕС

4.	Какова сфера действия требований к отчетности?	Компании должны отчитываться: • о защите окружающей среды; • о социальной ответственности и об обращении с работниками; • об уважении прав человека; • о борьбе с коррупцией и взяточничеством; • о разнообразии в советах директоров компаний (с точки зрения возраста, пола, образования и профессионального образования).	Добавление дополнительных требований: • концепция двойной материальности: риск устойчивого развития (включая изменение климата), воздействующий на влияние компании и компаний на общество и окружающую среду; • процесс выбора материальных тем для заинтересованных сторон; • более подробная информация о перспективных, включая цели и прогресс в этой области; • раскрытие информации, касающейся нематериальных активов (социального, человеческого и интеллектуального капитала); • отчетность в соответствии с Регламентом об устойчивом раскрытии информации о финансах (SFDR) и Регламентом ЕС по таксономии.
5.	Является ли независимое заверение третьей стороны обязательным?	Необязательно (для большинства стран). В некоторых странах это часть требований правового аудита.	Обязательно — ограниченный уровень гарантий включая: • интеграцию в отчет аудитора; • привлечение ключевого аудиторского партнера; • область включения таксономии ЕС и процесса идентификации ключевой соответствующей информации.
6.	Где компании должны отчитываться?	В годовом отчете	В отчете об управлении
7.	В каком формате компании должны отчитываться?	Онлайн или PDF версия	В электронном формате в соответствии с регламентом European Single Electronic Format — ESEF.

в Договорах ЕС и основаны на всеобъемлющем научном понимании устойчивости¹.

В марте 2021 г. Фонд международных стандартов финансовой отчетности (IFRS Foundation) заявил о создании глобальной структуры установления стандартов, в центре внимания которой было только раскрытие информации, связанной с финансовым климатом. Европейские специалисты полагают, что этот шаг Фонда был вызван объявлением Комиссии ЕС о разработке стандартов отчетности ЕС по устойчивому развитию. Поэтому можно ожидать огромного давления на политиков ЕС, чтобы за основу стандартов проекта директивы CSRD был принят частный и более узкий подход, резко критикуемый академическим сообществом².

2. Кроме того, проект директивы CSRD по-прежнему представляет собой пример разрозненного и нелогичного мышления, отделяющего раскрытие информации об устойчивости от необходимости пересмотра и реформы правил финансового учета (которые остаются нетронутыми). В проекте по-прежнему подчеркивается прозрачность в отношении управления. Хотя проект включает в себя требование, чтобы компании сообщали об устойчивости и о фактических и потенциальных негативных последствиях, связанных с цепочкой создания стоимости компании, он не согласован с общей политикой ЕС в отношении устойчивого развития.

Выводы

1. В настоящее время ЕС является мировым законодателем тенденций и движущей силой трансформации устойчивого развития. В 2019 г. Европейская комиссия представила «Европейскую зеленую сделку» — концепцию экономического роста, цель которой состоит в том, чтобы сделать Европу первым климатически нейтральным континентом к 2050 г. 21 апреля 2021 г. был сделан еще один шаг на пути к осуществлению «Зеленой сделки» — опубликованы проект Директивы о корпоративной отчетности по устойчивому развитию (CSRD) и первый Делегированный закон о климате в соответствии с Регламентом о таксономии.

2. Проект Директивы CSRD содержит множество нововведений, в частности, отказ от концепции «нефинансовой отчетности» и переход к концепции «обязательной отчетности в области устойчивости», что можно оценить положительно. Следует присоединиться к мнению европейских авторов о том, что Директива CSRD повли-

¹ См.: Curto F., Lewis M. Op. cit.

² Monciardini D., Mähönen J. Op. cit.

яет на режимы нефинансовой отчетности в других странах мира, способствуя глобальной конвергенции и сопоставимости отчетности в области устойчивого развития.

3. В то же время проект Директивы CSRD содержит ряд недостатков. Проект является неоднозначным в отношении роли частных рыночных инициатив и групп по интересам. Крайне важно, чтобы стандарты Директивы CSRD были приведены в соответствие с принципами устойчивого развития, которые определены в Договорах ЕС и основаны на всеобъемлющем научном понимании устойчивости. Кроме того, проект Директивы CSRD по-прежнему представляет собой пример разрозненного и нелогичного мышления, отделяющего раскрытие информации об устойчивости от необходимости пересмотра и реформы правил финансового учета (которые остаются нетронутыми).

IV. ЦИФРОВИЗАЦИЯ

*Дупан Анна Сергеевна,
директор Института проблем
правового регулирования НИУ
«Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук*

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОНЛАЙН-ПЛАТФОРМ И ИНЫХ УЧАСТНИКОВ ЭЛЕКТРОННОЙ КОММЕРЦИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗА РУБЕЖОМ: ЕСТЬ ЛИ ЗАПРОС НА НОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ

Онлайн-платформы (цифровые платформы) являются одним из значимых инструментов цифровой экономики, и в среде, формируемой при их функционировании, складываются специфические субъектно-объектные связи и правоотношения. Под онлайн-платформой принято понимать основанную на совокупности технологий, продуктов и услуг систему организации цифрового взаимодействия субъектов (производителей и потребителей продуктов и услуг), открытую для присоединения новых субъектов и позволяющую субъектам создавать свои собственные продукты и услуги и в дальнейшем предоставлять их на платформе, однако в зависимости от целей и задач содержание данного термина может иметь различные акценты¹.

В отличие от зарубежных стран, в России термин «онлайн-платформа» (цифровая платформа) нормативно никак не закреплён и не урегулирован. Вместо этого мы можем найти в российском законодательстве такие термины, как оператор информационной системы², организатор распространения информации в сети

¹ An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation. OECD. URL: // https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_19e6a0f0-en; https://www.cnews.ru/news/top/2017-08-28_programma_dlya_putina_v_rossii_poyavyatsya_10_tsifrovyyh

² Пункт 12 ст. 2 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» (далее — Закон об информации, информационных технологиях и о защите информации).

«Интернет»¹, владелец агрегатора информации о товарах (услугах)², информационный посредник³ и др., которые в той или иной степени отражают различные аспекты правового статуса онлайн-платформы. Пункт 79 ГОСТа Р 51303-2013 «Национальный стандарт Российской Федерации. Торговля. Термины и определения» определяет электронную торговую площадку как комплекс информационных и технических решений, обеспечивающий взаимодействие покупателя (заказчика) с продавцом (поставщиком) через электронные каналы связи на всех этапах заключения сделки.

Аналогичным образом в России до недавнего времени никак не был определен термин «электронная коммерция».

В российском научном сообществе в отношении понятия «электронная коммерция» всегда велись споры, так как слово «коммерция» заимствовано из латыни, а на английском звучит как «commerce» (что переводится одновременно как «торговля, коммерция» и означает «деятельность, связанную с покупкой и продажей вещей»⁴). Ряд исследователей отмечает, что включение в понятие торговли и, следовательно, электронной торговли иных услуг, связанных с приобретением и продажей товаров, может привести к размыванию понятия⁵.

При этом споры о соотношении и применении терминов «электронная коммерция» и «электронная торговля» до недавнего времени носили исключительно теоретический характер, так как их определения не находили закрепления ни в одном нормативном правовом акте. Однако в Стратегии государственной политики в области защиты прав потребителей на период до 2030 года⁶ используется термин «электронная коммерция» и под ней понимается сфера экономики, которая включает в себя все сделки по реализации товаров (работ, услуг) потребителям, осуществляемые при помощи сети «Интернет».

¹ Статья 10¹ Закона об информации, информационных технологиях и о защите информации.

² Преамбула Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей).

³ Статья 1253¹ ГК РФ.

⁴ URL: <https://dictionary.cambridge.org/ru/словарь/англо-русский/commerce>].

⁵ Руденко Е.Ю., Усенко А.С. Понятие и правовое регулирование электронной торговли // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета, 2015. URL: <https://www.elibrary.ru/item.asp?id=24312287>

⁶ Распоряжение Правительства РФ от 28 августа 2017 г. № 1837-р «Об утверждении Стратегии государственной политики Российской Федерации в области защиты прав потребителей на период до 2030 года». URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_256217/f62ee45faefd8e2a11d6d88941ac66824f848bc2/

Положения Стратегии дают основания именно данным термином (более широким, нежели «электронная торговля») обозначать тот круг отношений, которые складываются при осуществлении деятельности по продаже или организации продажи товаров (вещей и иных объектов гражданских прав), по выполнению или организации выполнения работ и (или) по оказанию или организации оказания услуг (в том числе информационных) с использованием программ для электронных вычислительных машин, и (или) сайтов, и (или) страниц сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» при условии, что товары, работы и услуги приобретаются (заказываются) либо предлагаются к продаже лицом, признаваемым потребителем в соответствии с законодательством о защите прав потребителей (в том числе самозанятым лицом).

Данное определение, которое и будет использоваться в дальнейшем в настоящей статье, с одной стороны, исключает из отношений с участием онлайн-платформ электронной коммерции деятельность организаторов торговли на товарных и финансовых рынках, финансовых платежных систем, владельцев аудиовизуальных сервисов, социальных сетей и иных онлайн-платформ, на которых потребитель не является продавцом товара (исполнителем работы, услуги) или конечным получателем товара (работы, услуги), а значит, позволяет регулировать указанные отношения отдельно от регулирования онлайн-платформ электронной коммерции, с другой стороны, позволяет обеспечить универсальное регулирование для всех онлайн-платформ, на которых предлагают к продаже товары, работы и услуги физические лица, а также онлайн-платформ, предназначенных для налаживания деловых контактов для дальнейшего заключения договоров купли-продажи, оказания услуг, выполнения работ.

Онлайн-платформы в целом и онлайн-платформы электронной коммерции отличаются огромным разнообразием по функционалу, порядку взаимоотношений с пользователями и т.д. Европейской комиссией в ходе обсуждения вопросов цифровой экономики и онлайн-платформ была предложена следующая классификация онлайн-платформ (см. табл. «Классификация онлайн-платформ»)¹.

Практически каждый нормативный акт, который направлен на регулирование отношений в сфере функционирования онлайн-платформ, в той или иной форме содержит их классификацию.

¹ Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy. 2015. P. 5. URL: ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-onlineintermediaries-data-and-cloud

Классификация онлайн-платформ

Вид онлайн-платформы	Примеры
Поисковые системы	Google, Bing
Специализированные поисковики	Google shopping, Kelkoo, Twenga, Google Local, TripAdvisor, Yelp
Модели, основанные на локации или картографии	Google, Bing maps
Новостные агрегаторы	Google News
Интернет-магазины	Amazon, eBay, Allegro, Booking.com
Аудиовизуальные и музыкальные платформы	Deezer, Spotify, Netflix, Canalplay, Apple TV
Общее пользование видео-контентом	YouTube
Платежные системы	Paypal, Apple Pay
Социальные сети	Facebook, LinkedIn, Twitter
Магазины приложений	Apple App Store, Google Play
Совместная экономика	Airbnb, Uber, Taskrabbit, BlaBlaCar

Например, пакет документов, направленных на регулирование онлайн-платформ в Европейском Союзе¹, относит онлайн-платформы к услугам хостинга и классифицирует их по масштабу на:

1) онлайн-платформы, объединяющие продавцов и потребителей: такие как онлайн-площадки, магазины приложений, платформы совместной экономики и платформы социальных сетей;

2) очень крупные онлайн-платформы, которые представляют особый риск в плане распространения незаконного контента и причинения вреда обществу (охватывающие более 10% из 450 млн потребителей в Европе).

В рамках функционирования онлайн-платформы электронной коммерции формируются вариативные, мультисубъектные отношения, которые невозможно охарактеризовать единообразно. Они определяются предметом и объектом, по поводу которого субъекты вступают в правоотношения. Этими факторами обуславливается и специфический набор прав, обязанностей и ответственности участников отношений, возникающих на онлайн-платформе электронной коммерции, то есть их специальный правовой статус.

¹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=COM:2020:825:FIN>

Кроме явных положительных экономических и социальных эффектов рост цифровых платформ создает различные проблемы для регионов и стран, отдельных отраслей и компаний, в том числе для участников электронной торговли:

- проблемы, связанные с обработкой данных и обеспечением информационной безопасности: отсутствие прозрачности в отношении того, как операторы цифровых платформ используют генерируемую платформой информацию; вопросы владения данными, их использования и доступа к ним, что влияет на обеспечение надлежащих и сбалансированных договорных отношений между поставщиками услуг и бизнес-пользователями и важно для стимулирования инвестиций, а также влияет на соблюдение прав пользователей;

- проблемы, связанные с дискриминацией пользователей: установление несправедливых условий, в частности, для доступа к важным пользовательским базам или базам данных; несправедливые условия, ущемляющие потребителя;

- проблемы, связанные с местной и глобальной конкурентоспособностью и дискриминацией в бизнес-сообществе: привилегированное положение собственника цифровой платформы по отношению к участникам платформы, что может быть отражено в соответствующих документах (положениях и условиях, особенно для субъектов малого и среднего предпринимательства) и проявляется в продвижении услуг компаний-монополистом, ведении непрозрачной ценовой политики, наложении ограничений на ценообразование и условия продаж, отказе доступа на рынок (или затруднении такого доступа, в том числе путем изменения в одностороннем порядке условий доступа к рынку, включая доступность важнейших бизнес-данных);

- отсутствие прозрачности деятельности, осуществляемой в рамках использования цифровых платформ, в том числе в рамках установления платформенных тарифов, использования данных и результатов поиска;

- проблемы обеспечения качества товаров, продаваемых на онлайн-площадках и защиты прав потребителей;

- вопросы регулирования трудовых отношений, налогообложения и др.

В сущности, данные проблемные точки послужили маркерами внимания регулирующих органов зарубежных стран: в последние три года страны с различными правовыми системами, различным уровнем развития собственных цифровых платформ и электронной коммерции переходят на качественно новый уровень детализации и систематизации законодательства об электронных платформах и

электронной коммерции. Особенно показателен в этом отношении опыт Европейского Союза, Китая, Индии и США.

Европейский Союз вводит новое регулирование платформ всех видов, в том числе онлайн-посредников и платформ совместной экономики, о чем свидетельствуют проекты Закона о цифровых услугах (the Digital Services Act, DSA)¹ и Закона о цифровых рынках (Digital Markets Act, DMA)², основная задача которых — защитить европейского пользователя и национальные интересы членов ЕС.

Согласно проекту DSA все онлайн-посредники, предлагающие свои услуги на едином европейском рынке, независимо от того, созданы они в ЕС или за его пределами, должны будут соблюдать новые правила, в соответствии с которыми особенно усиливается общественный надзор за онлайн-платформами (к их числу относятся в том числе онлайн-торговые площадки, магазины приложений, а также онлайн-платформы для путешествий), охватывающими более 10% населения ЕС (они названы в проектах «очень большие онлайн-платформы» («very large online platforms»)). Особое внимание новые акты ЕС уделяют вопросам противодействия реализации незаконных товаров, услуг или контента в Интернете (механизм, позволяющий пользователям отмечать такой контент, а платформам — сотрудничать с «доверенными лицами»), новым обязательствам по отслеживанию бизнес-пользователей на онлайн-рынках для идентификации продавцов нелегальных товаров, эффективным мерам безопасности для пользователей, мерам прозрачности для онлайн-платформ по множеству вопросов, в том числе по алгоритмам, используемым ими, обязательствам для очень больших платформ по предотвращению неправомерного их использования; доступу исследователей к ключевым данным крупнейших платформ, чтобы понять, как развиваются онлайн-риски.

Кроме того, 20 июня 2019 г. в ЕС принят Регламент Европейского парламента и Совета № 2019/1150 о продвижении справедливости и прозрачности для бизнес-пользователей онлайн-посреднических услуг (Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services)³, который регулирует содержание пользовательских соглашений между онлайн-платформами и бизнес-пользователями. Регламент относит к пользователь-

¹ URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=COM:2020:825:FIN>

² URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>

³ URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019R1150>

ским соглашениям все положения, условия или спецификации, независимо от их названия или формы, которые регулируют договорные отношения между поставщиком услуг онлайн-посредничества и его бизнес-пользователями и определяются в одностороннем порядке поставщиком услуг онлайн-посредничества, а также устанавливает требования к пользовательским соглашениям в целях защиты интересов бизнес-пользователей онлайн платформ.

В Китае 1 января 2019 г. вступил в силу Закон об электронной коммерции (далее — «Закон об электронной коммерции»), который включает в себя нормы права о продвижении товаров, работ, услуг в рамках электронной коммерции, защите прав и интересов потребителей, спецификации платформ электронной коммерции и «зеленом» развитии¹.

Согласно ст. 9 Закона об электронной коммерции субъектом электронной коммерции («оператором электронной коммерции») признается физическое лицо, юридическое лицо или некорпоративная ассоциация, которое осуществляет коммерческую деятельность через информационную сеть «Интернет» для продажи товаров или предложения услуг в том числе следующих типов: услуги в отношении бизнес-сайтов в Интернете, установления деловых контактов и предоставления информации для двух или более вовлеченных сторон в сделках, чтобы облегчить их усилия по самостоятельному ведению торговой деятельности (платформы электронной коммерции); непосредственно электронная торговля, деятельность по продаже товаров или предложению услуг на платформах электронной коммерции (бизнес-операторы). К операторам электронной коммерции относятся также организации, осуществляющие продажу товаров или оказание услуг на самостоятельно созданных ими веб-сайтах или иных сетевых сервисах (иные операторы электронной торговли).

С принятием данного Закона резко увеличилось количество требований, которым должны соответствовать операторы электронной коммерции, в частности требования:

- 1) по проверке и безопасности;
- 2) по сбору и защите информации;
- 3) в сфере защиты конкуренции;
- 4) в сфере защиты интеллектуальной собственности.

В США в 2019–2020 гг. было представлено несколько значимых законопроектов (Закон о предотвращении вредоносных предложе-

¹ См.: Shi Sh. New Compliance Requirements For E-Commerce Platforms Under The E-Commerce Law 20.05.2020. URL: <https://www.dandreapartners.com/new-compliance-requirements-for-e-commerce-platforms-under-the-e-commerce-law/>

ний на платформах путем проверки на наличие подделок в электронной торговле 2020 г. (The Stopping Harmful Offers on Platforms by Screening Against Fakes in E-Commerce Act, SHOP SAFE¹), Закон о запрете продаж определенных детских товаров (The Stop All Nefarious Toys in America Act, SANTA)², Закон о целостности, уведомлении и справедливости в отношении потребителей розничной онлайн-площадки (The Integrity, Notification and Fairness in Online Retail Marketplace Consumers Act)³, основная цель которых — борьба с распространением небезопасных контрафактных товаров путем стимулирования платформ электронной коммерции к использованию десяти передовых методов проверки продавцов и товаров, установлению серьезной ответственности за повторные правонарушения и обеспечению потребителей наилучшей и точной информацией при совершении покупок в Интернете.

Повышенные требования в части проверки продавцов и товаров в США планируется установить для интернет-площадок в случае реализации детских товаров.

В Индии с 20 июля 2020 г. вступил в силу новый Закон о защите прав потребителей (об электронной коммерции) (The Consumer Protection Rules and Regulations Under The Consumer Protection Act, 2019 (E-commerce Act))⁴, регулирующий деятельность «поставщиков электронных услуг» и обеспечивающий защиту прав потребителей при использовании платформ электронной коммерции.

Термин «электронная коммерция» определен как «покупка или продажа товаров или услуг, включая цифровые продукты, через цифровую или электронную сеть», то есть было принято довольно широкое определение, чтобы включить различные типы розничных онлайн-услуг. Поскольку транзакции электронной коммерции часто проводятся через онлайн-посредников (таких как Amazon, Flipkart и т.д.), термин «поставщики электронных услуг» включает таких посредников.

Согласно новому индийскому закону площадка электронной коммерции может требовать освобождения от ответственности за любой контент, опубликованный третьими сторонами и продавцами на своей платформе, только если она соответствует требованиям Разд. 79 Закона об информационных технологиях 2000 г. и Закона

¹ URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6058/text>

² URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3073>

³ URL: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3431/text&>

⁴ URL: <https://consumeraffairs.nic.in/theconsumerprotection/consumer-protection-e-commerce-rules-2020>

об информационных технологиях 2011 г. Новый закон возлагает на поставщиков электронных услуг значительный объем обязанностей в отношении проверки подлинности товаров и услуг, предоставления информации всем участникам отношений, защиты конкуренции, обеспечивая исполнение данных обязанностей серьезными штрафами.

Регулирование электронной коммерции в России в настоящее время является лоскутным и непоследовательным:

- во-первых, права, обязанности и ответственность одних субъектов урегулированы очень подробно, а других не урегулированы вообще, что влечет за собой неравенство участников отношений (например, агрегаторы информации о товарах и услугах урегулированы, а «доски объявлений» нет) и необходимость при проверках или судебных спорах доказывать свою принадлежность или непринадлежность к тем или иным субъектам;

- во-вторых, в принципе не урегулированы отношения между платформами и бизнес-пользователями (т.е. продавцами товаров, исполнителями услуг, которые присоединяются к онлайн-платформе электронной коммерции), хотя данные отношения также характеризуются неравенством сторон), и очень однобоко урегулированы отношения между пользователями — физическими лицами и онлайн-платформами: установлены только информационные обязанности агрегаторов информации в Законе о защите прав потребителей, тогда как все остальные отношения (в том числе в сфере обработки пользовательских данных) регулируются исключительно пользовательскими соглашениями, которые составляют платформы как договор присоединения, зачастую позиционируются как безвозмездные и не подпадают под действие Закона о защите прав потребителей в принципе;

- в-третьих, применение общих норм информационного законодательства об организаторах распространения информации к платформам электронной коммерции влечет за собой фактическое приравнивание их к социальным сетям, мессенджерам и, соответственно, возникновение у субъектов электронной коммерции новых «контентных» обязанностей, которые характерны для соцсетей (например, в сфере борьбы с распространением экстремистской и иной аналогичной информации, с дезинформацией);

- в-четвертых, общее регулирование онлайн и офлайн-торговли, а также единое регулирование всех видов дистанционной торговли влечет за собой возникновение излишних обязательных требований для онлайн-платформ электронной коммерции.

Мировые тенденции и российские пробелы в регулировании электронной коммерции свидетельствуют о необходимости нового регулирования, которое, несмотря на кажущееся усиление (что может квалифицироваться отдельными исследователями как сдерживающий фактор), на самом деле будет способствовать развитию электронной коммерции, так как:

1) субъекты отношений будут четко понимать, кто их контрагент, каковы его права и обязанности, что позволит избежать лишних споров;

2) государство будет понимать, какие требования и к каким субъектам предъявлять, что исключит для субъектов электронной коммерции при проведении проверок необходимость доказывания своего особого статуса и невозможность применения тех или иных норм или, наоборот, необходимость применения тех или иных норм.

Новое регулирование будет эффективным только в том случае, если оно будет восполнять существующие пробелы правового регулирования с учетом следующих принципов:

1) приоритет саморегулирования и диспозитивных норм, установление императивных норм только в случае необходимости защиты интересов заведомо слабой стороны в правоотношениях и интересов государства;

2) отказ от принципа «все, что не разрешено, запрещено» и от закрытых списков, переход к общему регулированию, исключающему создание искусственных препятствий для дальнейшего развития электронной коммерции (например, ограничений по формам, способам и методам осуществления электронной коммерции);

3) повышение прозрачности, открытости электронной коммерции, а также информированности всех участников отношений, возникающих в сфере электронной коммерции;

4) разграничение прав и обязанностей различных субъектов в сфере электронной коммерции (прежде всего, продавцов товаров в сети «Интернет» и владельцев агрегаторов информации о товаре, владельцев агрегаторов информации об услугах различных категорий, потребителей, заказывающих товары (услуги));

5) баланс интересов государства, потребителей и бизнеса в сфере антимонопольного регулирования;

6) стимулирование развития российских онлайн-платформ электронной коммерции в условиях повышения правовых возможностей российских и зарубежных онлайн-платформ электронной коммерции;

7) приоритет дистанционных мероприятий при осуществлении государственного контроля и надзора в сфере электронной коммерции;

8) учет особенностей электронной коммерции при установлении общих требований, применимых для всех видов торговли.

Новое регулирование не может быть основано на точечном изменении существующих федеральных законов, так как отдельные проблемы регулирования электронной коммерции могут быть решены путем внесения изменений в существующие законы, однако всегда останутся вопросы, которые не попадают в сферу регулирования существующих законов. Например, Закон о защите прав потребителей направлен на регулирование исключительно отношений с участием потребителей, в связи с чем даже в случае принятия Потребительского кодекса какое-либо регулирование отношений онлайн-платформ электронной коммерции с поставщиками товаров, исполнителями работ и услуг в рамках данного закона невозможно. Точно также не представляется возможным внести в Закон о защите прав потребителей положения об онлайн-посредниках, оказывающих услуги по размещению объявлений физических лиц о продаже и покупке.

Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности» нацелен на регулирование исключительно сферы торговли, то есть продажи товаров, и не может регулировать отношения, складывающиеся между продавцами и владельцами агрегаторов информации об услугах, не говоря уже об отношениях с участием иных онлайн-посредников (например, «доски объявлений»).

Закон об информации, информационных технологиях и защите информации ориентирован, прежде всего, на регулирование административно-правовых отношений, возникающих в связи с поиском, получением, передачей, производством и распространением информации, в связи с чем данный закон также не может стать основой для восполнения большинства пробелов в сфере регулирования электронной коммерции, которые имеют гражданско-правовую природу.

ГК РФ устанавливает общие условия регулирования отношений в сфере электронной коммерции, включая возможность совершения сделок в электронной форме, в связи с чем по уровню регулирования не может быть тем актом, куда необходимо вносить изменения для восполнения большинства пробелов в сфере регулирования электронной коммерции.

В этих условиях электронная коммерция может стать предметом регулирования самостоятельного федерального закона «Об электронной коммерции в Российской Федерации» (далее — закон об электронной коммерции), который определит:

1) термины и определения в сфере электронной коммерции, включая определения электронной коммерции, дистанционной торговли в сети «Интернет», онлайн-платформы электронной коммерции, отдельных видов онлайн-платформ электронной коммерции;

2) правовой статус (права, обязанности и ответственность) различных субъектов в сфере электронной коммерции, включая владельца интернет-магазина, владельца агрегатора информации о товарах (маркетплейса), владельца агрегатора информации об услугах (работах), владельца онлайн– платформы совместной экономики, бизнес-пользователей онлайн-платформ электронной коммерции, особенности правового статуса потребителей, приобретающих товары, работы и услуги на онлайн-платформах электронной коммерции (общие нормы о правах потребителей целесообразно сохранить в законодательстве о защите прав потребителей);

3) особенности правового режима персональных данных, обрабатываемых на онлайн-платформах электронной коммерции,

4) общие требования к порядку заключения договоров с использованием онлайн-платформ электронной коммерции, а также специальные требования к отдельным договорам (соглашениям), заключаемым с использованием онлайн-платформ электронной коммерции;

5) особенности осуществления расчетов при продаже товаров, оказании услуг на онлайн-платформах электронной коммерции;

6) требования к зарубежным онлайн-платформам электронной коммерции, направляющим свою деятельность на территорию Российской Федерации;

7) особенности разрешения споров между онлайн-платформами электронной коммерции и потребителями, между онлайн-платформами электронной коммерции и бизнес-пользователями, между потребителями и бизнес-пользователями;

8) особенности государственного (муниципального) контроля (надзора) в отношении онлайн-платформ электронной коммерции.

Наибольший интерес для настоящей статьи представляют возможные определения, которые могут быть включены в новый закон, а также права, обязанности и ответственность отдельных субъектов и возможные требования к содержанию заключаемых между ними договоров, в связи с чем остановимся на них более подробно.

Онлайн-платформу электронной коммерции можно определить как программу для электронных вычислительных машин (либо их совокупность), и (или) сайт, и (или) страницу (страницы) сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет», или

информационную систему, которые обеспечивают возможность заключения и (или) исполнения договоров розничной купли-продажи, договоров о выполнении работ, договоров оказания услуг либо содержат информацию, необходимую для заключения и (или) исполнения данных договоров, при условии, что сторонами или одной из сторон заключенных договоров будет лицо, признаваемое потребителем в соответствии с законом об электронной коммерции. В свою очередь, потребителем для целей нового закона можно считать лицо, имеющее намерение заказать или приобрести либо заказывающее, приобретающее или использующее товары (работы, услуги), предназначенные исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, либо самозанятое физическое лицо, имеющее намерение заказать или приобрести либо заказывающее, приобретающее или использующее товары (работы, услуги) для осуществления видов деятельности, облагаемых налогом на профессиональный доход.

Эти определения (как и данное в начале настоящей статьи определение электронной коммерции) являются базовыми, на основе которых можно определить:

а) дистанционную торговлю в сети «Интернет» как вид предпринимательской деятельности, осуществляемый с использованием онлайн-платформ электронной коммерции и направленный на заключение договоров розничной купли-продажи товаров или содействие заключению договоров розничной купли-продажи товаров;

б) владельца онлайн-платформы электронной коммерции — физическое лицо, юридическое лицо, индивидуальный предприниматель, являющийся владельцем программы для ЭВМ, сайта или страницы сайта в сети «Интернет», которые признаются онлайн-платформами электронной коммерции, либо являющийся оператором информационной системы, признаваемой онлайн-платформой электронной коммерции;

в) интернет-магазин — онлайн-платформа электронной коммерции, содержащая информацию о товарах, работах и услугах, владельцем которой является лицо, от своего имени заключающее договоры розничной купли-продажи товаров, договоры на выполнение работ и оказание услуг, сведения о которых содержатся на соответствующей онлайн-платформе электронной коммерции;

г) бизнес-пользователя онлайн-платформы электронной коммерции — юридическое лицо или индивидуальный предприниматель, использующие на основании договора с владельцем онлайн-платформы электронной коммерции соответствующую онлайн-платформу электронной коммерции для заключения с потребителем догово-

ров розничной купли-продажи, оказания услуг, выполнения работ в качестве продавца (подрядчика, исполнителя);

д) агрегатора информации о товарах (маркетплейс) — онлайн-платформа электронной коммерции, которая предоставляет потребителю в отношении определенного товара возможность одновременно ознакомиться с предложением продавца или его уполномоченного представителя о заключении договора купли-продажи товара, заключить с продавцом договор купли-продажи, а также произвести предварительную оплату указанного товара способом, определенным агрегатором информации о товарах (аналогичным образом можно определить и агрегатора информации об услугах (работах));

е) онлайн-платформу совместной экономики — онлайн-платформа электронной коммерции, на которой с предложением о реализации товаров (в том числе о продаже, обмене, дарении), выполнении работ, об оказании услуг могут выступать физические лица, не признаваемые бизнес-пользователями онлайн-платформ электронной коммерции, либо предназначенная для установления контактов в целях дальнейшего заключения сделок по продаже товаров, выполнению работ и оказанию услуг.

Нормы, определяющие права, обязанности и ответственность владельцев онлайн-платформ электронной коммерции в случае их включения в закон об электронной коммерции должны носить максимально общий характер и применяться ко всем без исключения видам онлайн- платформ электронной коммерции, в том числе к тем, чей статус прямо не обозначен в законе. Другими словами, в законе необходимо определить минимально необходимый набор прав (в интересах самих платформ) и минимально необходимый набор обязанностей (в интересах их контрагентов).

В частности, все без исключения онлайн-платформы электронной коммерции должны иметь право:

1) определять функционал онлайн-платформы электронной коммерции, не ограничиваясь функционалом, обозначенным в законодательстве для онлайн-платформ электронной коммерции определенного вида;

2) самостоятельно определять виды и формы оплаты товаров, работ и услуг (в случае, если онлайн-платформа электронной коммерции позволяет оплатить товары, работы и услуги (свои или продавцов), в том числе ограничивать использование наличных средств в целях оплаты;

3) использовать любым способом и в любых целях, не нарушающих законодательство Российской Федерации, пользовательские данные, собранные автоматически в ходе использования потребителем или

бизнес-пользователем онлайн-платформы электронной коммерции и не относящиеся к персональным данным, предоставленным пользователем или бизнес-пользователем при регистрации на платформе или в целях заключения договора с использованием платформы.

К числу обязанностей онлайн-платформ можно отнести следующие обязанности, которые обеспечивают минимальный набор прав потребителей, бизнес-пользователей, государства и при этом уже выполняются большинством ответственных онлайн-платформ электронной коммерции и в России, и за рубежом:

а) разместить на видном месте на сайте или в приложении информацию о себе, в том числе наименование, регистрационные данные, контактное лицо (ФИО, телефон, адрес электронной почты) — для организаций и индивидуальных предпринимателей; ФИО, телефон, адрес электронной почты — для физического лица, а также своевременно размещать все изменения данной информации;

б) разместить на видном месте на сайте или в мобильном приложении правила использования онлайн платформы электронной коммерции, в которых содержится описание понятным для потребителя и бизнес-пользователя языком функционала онлайн-платформы электронной коммерции; в правилах использования онлайн-платформы электронной коммерции должно быть однозначно указано, к какому виду (или видам) онлайн-платформ электронной коммерции относится соответствующая платформа, а в случае предоставления функционала, не предусмотренного законом, об этом также должно быть сказано в правилах;

в) обеспечить заключение соглашений об использовании онлайн-платформы электронной коммерции с потребителями и бизнес-пользователями с учетом обязательных требований, установленных законом для соответствующего вида соглашений;

г) предоставить возможность потребителям и бизнес-пользователям отмечать на сайте или в приложении товары, работы и услуги как нарушающие исключительные права при условии подачи потребителем и бизнес-пользователем соответствующей жалобы путем заполнения электронной формы;

д) предоставить возможность подачи жалоб в электронной форме для любых лиц, в том числе незарегистрированных пользователей онлайн-платформы электронной коммерции, и обеспечивать предоставление ответов на жалобы в срок не более 10 дней.

Что касается ответственности, то в законе целесообразно предусмотреть, что онлайн-платформы будут нести ответственность за вред, причиненный неисполнением обязанностей, в размере реаль-

ного ущерба (в интересах пользователей закон может предусмотреть, что иное ограничение размера ответственности, в том числе пользовательским соглашением, не допускается), а также установить, что за нарушение исключительных прав онлайн-платформы несут ответственность как информационные посредники, при этом к определенным онлайн-платформам электронной коммерции правила об информационных посредниках могут не применяться, если это прямо предусмотрено законом.

В отношении отдельных видов онлайн-платформ электронной коммерции (интернет-магазины, агрегаторы информации о товарах или услугах) в законе целесообразно отразить специфику, которую уже содержит действующее законодательство, но с учетом тех прав, которые целесообразно внести исходя из правоприменительной практики и стимулирования к развитию данных субъектов электронной коммерции, например, разделить агрегаторов товаров и услуг и устанавливать для них отдельные правила.

Крайне важным является определение на нормативном уровне статуса бизнес-пользователей онлайн-платформ.

Бизнес-пользователи приравниваются к продавцам (исполнителям) в соответствии с законодательством о защите прав потребителей и имеют те же права, обязанности и несут такую же ответственность, в связи с чем бизнес-пользователи обязаны предоставлять онлайн-платформам электронной коммерции информацию о себе и товаре (в том числе о сертификатах соответствия на товар) и актуализировать ее. Бизнес-пользователи, не исполнившие данную обязанность, возмещают в порядке регресса убытки онлайн-платформы электронной коммерции, понесенные в связи с возмещением онлайн-платформой электронной коммерции убытков потребителя, связанных заключением договора на основании недостоверной информации.

Что касается статуса потребителей, то они должны пользоваться всеми правами, предоставленными законодательством о защите прав потребителей, в отношении услуг, предоставляемых самими онлайн-платформами электронной коммерции в соответствии с заключенным с потребителем пользовательским соглашением.

В законе об электронной коммерции может быть предусмотрено, что в случае невозможности осмотреть товар перед оплатой устанавливаются специальные правила возврата товара (особенности дистанционной продажи товаров через Интернет, например возможность вернуть любой товар надлежащего качества (кроме товаров с индивидуально определенными свойствами), в том числе технически сложный товар, который запрещен к обмену и возврату при офлайн-

торговле), а в случае возможности осмотреть товар — специальные правила возврата товара, обусловленные дистанционной продажей через Интернет, не применяются.

В законе об электронной коммерции целесообразно также установить четкую взаимосвязь между моментом возврата товара потребителем и моментом возврата денежных средств, а также специально предусмотреть порядок и случаи возврата денежных средств за неоказанные услуги, от которых потребитель своевременно отказался.

Очень важным представляется включить в закон об электронной коммерции отдельные правила о регулировании договоров (соглашений), заключаемых с использованием онлайн-платформ электронной коммерции. Такие нормы могут быть трех видов: императивные (применяются в любом случае), диспозитивные (применяются при условии, что в договоре не предусмотрено иное), рекомендательные (устанавливаются в виде типовых форм уполномоченным органом государственной власти и могут применяться в случае отсылки на них в правилах использования онлайн-платформ электронной коммерции или в соглашении (договоре), заключенном с использованием онлайн-платформы электронной коммерции).

При этом необходимо разделять пользовательские соглашения, которые онлайн-платформы электронной коммерции будут заключать с пользователем (потребителем и бизнес-пользователем), а также те договоры, ради заключения которых и создается онлайн-платформа электронной коммерции (договоры розничной купли-продажи, оказания услуг, выполнения работ).

Законом об электронной коммерции целесообразно установить, что пользовательские соглашения, заключаемые между онлайн-платформами электронной коммерции и потребителями, должны:

- 1) быть составлены на русском языке в лаконичной и понятной форме;
- 2) быть легко доступны для потребителей как до, так и после регистрации на онлайн-платформе электронной коммерции (если регистрация требуется);
- 3) четко обозначать тот функционал, который может использовать пользователь;
- 4) четко обозначать место хранения персональных данных пользователя и права пользователя в отношении данных;
- 5) содержать ссылку на правила использования онлайн-платформ электронной коммерции;
- 6) определять порядок разрешения споров.

Что касается пользовательских соглашений, заключаемых между онлайн-платформами электронной коммерции и бизнес-пользователями, то требования к ним должны быть аналогичны вышеизложенным и, кроме того, четко и в полной мере описывать основания для решений о приостановлении, прекращении или наложении любых других ограничений на предоставление услуг бизнес-пользователям, включать информацию о любых дополнительных каналах распространения и потенциальных партнерских программах, через которые онлайн-платформы электронной коммерции могут продавать товары, работы и услуги, предлагаемые бизнес-пользователями, определять порядок разрешения споров (в том числе в электронном виде).

Крайне важным представляется установить в законе об электронной коммерции ограничения по порядку изменения условий соглашений, заключаемых между онлайн-платформами электронной коммерции и бизнес-пользователями: обязательное уведомление не меньше, чем за месяц до даты изменения условий, связанных с финансовыми условиями; не меньше, чем за 15 дней до даты изменения иных условий. Изменения должны быть доведены до бизнес-пользователей в форме, предусмотренной соглашением. Бизнес-пользователь имеет право расторгнуть договор с онлайн-платформой электронной коммерции в течение срока действия такого уведомления в форме, установленной соглашением.

Учитывая, что все онлайн-платформы электронной коммерции обрабатывают персональные данные пользователей и немислимы без осуществления этой деятельности, целесообразно установить ряд особенностей по данному вопросу именно в законе об электронной коммерции. Например, представляется важным предусмотреть, что:

1) все персональные данные, предоставленные пользователем при регистрации на онлайн-платформе электронной коммерции или в целях заключения договора с использованием данной платформы, считаются полученными онлайн-платформой электронной коммерции или бизнес-пользователем на законных основаниях и могут обрабатываться для любых целей, связанных с заключением и исполнением договора либо связанных с совершенствованием функционала онлайн-платформы, без получения дополнительного согласия от пользователя;

2) онлайн-платформы электронной коммерции и бизнес-пользователи имеют право хранить и обрабатывать персональные данные пользователя в течение трех лет с момента заключения договора с пользователем, в том числе в случае направления пользователем требования об удалении его персональных данных;

3) обработка онлайн-платформой электронной коммерции или бизнес-пользователем персональных данных потребителя, ранее раскрытых потребителем неопределенному кругу лиц без предоставления специального согласия, признается законной при условии, что потребитель в любой форме даст отсылку к указанным данным на онлайн платформе электронной коммерции.

Предложенное регулирование позволит не только восполнить существующие пробелы в регулировании электронной коммерции, но и максимально сбалансированно определить вектор взаимоотношений государства, онлайн бизнеса, потребителей на ближайшие 5–10 лет, в том числе с учетом возможного появления новых субъектов электронной коммерции с новым функционалом и статусом.

*Телюкина Марина Викторовна,
профессор кафедры
гражданского права и процесса РАНХиГС,
доктор юридических наук, профессор,*

*Шкуратов Николай Павлович,
магистрант программы «Гражданское право,
гражданский процесс, арбитражный процесс»,
РАНХиГС*

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ СУЩНОСТИ И РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ, СВЯЗАННЫХ С ЦИФРОВЫМИ ФИНАНСОВЫМИ АКТИВАМИ

В настоящее время проблематика исследования цифровых финансовых активов (далее — ЦФА) является одной из наиболее актуальных, недостаточно изученных, а потому доктринально востребованных¹, причем в сфере как экономики, так и права, что объясняется активным использованием указанного инструмента практикой. Можно говорить о высокой степени взаимосвязи и взаимопроникновения экономических и правовых элементов в механизме реали-

¹ См.: Андреев В.К. О понятии цифровых прав и их оборотоспособности // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2018. № 2 (10). С. 38—41; Арсланов К.М. История, современное состояние и перспективы развития криптовалюты: российский и иностранный правовой опыт // Гражданское право. 2020. № 1. С. 24—27; Белых В.С., Болобонова М.О. Криптовалютные деривативы: проблемы правового регулирования // Юрист. 2019. № 5. С. 35—44; Зорькин В.Д. Право в цифровом мире: размышления на полях Петербургского международного юридического форума // Российская газета. 29 мая 2018. № 115 (7578); Казаченок О.П. Криптовалюта как объект гражданских прав в правоприменительной деятельности // Вестник арбитражной практики. 2019. № 3. С. 10—17; Карцхия А.А. Гражданско-правовая модель регулирования цифровых технологий: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2019; Кубрак В.С. Правовое регулирование смарт-контрактов: правовые и технические ограничения // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2020. № 2. С. 14—18; Макачук Н.В. Правовые перспективы использования криптовалюты как универсального средства платежа // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 12. С. 63—67; Нестеров А.В. О цифровых правах и объектах цифровых прав // Право и цифровая экономика. 2020. № 1. С. 11—16; Савельев А.И. Криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Закон. 2017. № 8. С. 136—153; Толканов И.А. Правовые аспекты эмиссии и обращения криптовалют: проблемы и перспективы регулирования в России // Конкурентное право. 2019. № 3. С. 28—31; Хабриева Т.Я., Черногор Н.Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 85—102.

зации прав, связанных с ЦФА. «На примере цифровых финансовых рынков мы можем наблюдать преобразование традиционных рынков в рынки цифровой экономики»¹.

На повышение роли и значимости ЦФА в экономике и гражданском обороте косвенно указывает тот факт, что общая капитализация рынка криптовалют (наиболее распространенный вид ЦФА), по данным CoinGecko, на 5 апреля 2021 г. достигла 2,01 трлн долл.² Ученые объясняют рост популярности ЦФА созревaniem рынка финансовых технологий, масштабированием пилотных проектов, усилением цифровизации различных сфер бизнеса³.

Рост популярности ЦФА, по мнению некоторых исследователей, можно объяснить целью реализации идеи достижения денежной стабильности посредством создания системы, основанной на конкуренции параллельных частных валют как антипода фиатным деньгам⁴. Отметим, что в настоящей статье мы будем использовать термин «фиатные» деньги, не затрагивая терминологическую дискуссию, касающуюся соотношения конструкций «фиатные деньги» и «фидуциарные деньги».

Тем не менее стабильность курса криптовалют на рынке не наблюдается. Так, в настоящее время (май 2021 г.) наблюдается резкое падение большинства криптовалют⁵.

В октябре 2017 г. Президентом РФ был утвержден Перечень поручений по итогам совещания по вопросу использования цифровых технологий в финансовой сфере⁶. Правительству РФ совместно с Банком России в рамках реализации программы «Цифровая экономика Российской Федерации»⁷ было поручено обеспечить

¹ Писенко К.А., Гаспарян Э.Г. Актуальные вопросы правового обеспечения анти-монопольной политики на цифровых финансовых рынках // *Финансовое право*. 2018. № 8. С. 35.

² Капитализация рынка криптовалют впервые превысила \$ 2 трлн // РБК. 2021. 5 апреля. URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/606b2d0a9a794773b0013395>

³ См.: Шамраев А.В. Цифровые финансовые активы: международные подходы к регулированию и их влияние на российское право // *Банковское право*. 2021. № 1. С. 63–75.

⁴ Цинделиани И.А. Правовая природа цифровых финансовых активов: частноправовой аспект // *Юрист*. 2019. № 3. С. 34–41.

⁵ URL: <https://prostocoin.io/blog/bitcoin-falls>

⁶ Перечень поручений по итогам совещания по вопросу использования цифровых технологий в финансовой сфере. URL: <http://kremlin.ru/acts/assignments/orders/55899>

⁷ «Паспорт национального проекта «Национальная программа «Цифровая экономика Российской Федерации» (утвержден президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 4 июня 2019 г. № 7) (по состоянию на 9 июля 2019 г.) // Министерство цифрового развития, связи и массовых коммуникаций Российской Федерации. URL: <https://digital.gov.ru>

внесение в отечественное законодательство изменений, определяющих статус цифровых технологий, что вполне разумно и оправданно для поддержания устойчивости финансового сектора в условиях новых вызовов цифровой экономики и снижения рисков операций с ЦФА.

Важно отметить, что в 2021 г. вступили в силу федеральные законы от 31 июля 2020 г. № 259-ФЗ «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹ (применяется, за исключением некоторых норм, с 1 января 2021 г.) и от 31 июля 2020 г. № 258-ФЗ «Об экспериментальных правовых режимах в сфере цифровых инноваций в Российской Федерации» (применяется с 28 января 2021 г.).

Ранее были приняты федеральные законы от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации», вследствие чего цифровые права стали легальным объектом гражданских прав (данная конструкция весьма небесспорна, поэтому мы подчеркиваем легальный аспект этого вывода) и от 2 августа 2019 г. № 259-ФЗ «О привлечении инвестиций с использованием инвестиционных платформ и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

Отечественное законодательство, как видим, пошло по пути признания на законодательном уровне ЦФА и регулирования их оборота. Данный подход характерен не для всех правовых систем, так, законодательства ряда стран либо запретили ЦФА и их оборот (Египет, Испания, Эквадор), либо не выработали регламентацию, но и не наложили прямой запрет на операции с ЦФА (Австралия, Канада, страны Европейского союза, Сингапур)². В доктрине отмечается, что «в Великобритании до 2014 г. криптовалюта подпадала под определение одноцелевых ваучеров, в настоящее время криптовалюта, в частности биткоин, получила статус «иностранной валюты», что повлекло за собой регулирование всех операций с криптовалютой со стороны налоговых служб»³.

Специалисты указывают и на возможность реализации некоторыми правовыми системами «запуска цифровой версии своих фи-

¹ Далее — Закон о ЦФА.

² См.: Филиппов А.Е. Отдельные правовые аспекты регулирования оборота цифровых активов в России и за рубежом // Информационно-аналитический журнал «Арбитражные споры». 2018. № 4. С. 85–91.

³ Егорова М.А., Кожевина О.В. Место криптовалюты в системе объектов гражданских прав // Актуальные проблемы российского права. 2020. № 1. С. 81–91.

атных валют (так называемых CBDC), то есть гарантированной центральным банком цифровой версии фиатных денег»¹.

Закон о ЦФА создает общие рамки и определяет круг субъектов, дает дефиницию терминам «цифровые финансовые активы» и «цифровая валюта». Так, под ЦФА понимаются цифровые права, включающие денежные требования, возможность осуществления прав по эмиссионным ценным бумагам, права участия в капитале непубличного акционерного общества, право требовать передачи эмиссионных ценных бумаг, которые предусмотрены решением о выпуске ЦФА в порядке, установленном названным Законом, выпуск, учет и обращение которых возможны только путем внесения (изменения) записей в информационную систему на основе распределенного реестра, а также в иные информационные системы (ч. 2 ст. 1).

Закон о ЦФА реформировал ряд отраслевых федеральных законов, в частности, Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)», Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» и др.

Безусловно, следует согласиться с высказываемым учеными мнением о том, что Закон о ЦФА — один из первых шагов в правовом регулировании ЦФА и в нем немало недостатков, пробелов, спорной регламентации².

В начале декабря 2020 г. был зарегистрирован внесенный Правительством РФ законопроект № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации»³, который в рамках применения названного Кодекса признает ЦФА имуществом и вводит обязательное декларирование, иначе говоря, предполагает налогообложение цифровой валюты как имущества.

¹ Макачук Н.В. Правовые перспективы использования криптовалюты как универсального средства платежа // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2019. № 12. С. 63–67.

² См.: Бормашева К., Новоселова Л., Янковский Р., Жужалов М., Башкатов М., Огородов Д., Есаков Г., Кириллов Д., Успенский М. Оборот цифровых активов в России // Закон. 2020. № 12.

³ URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7>

Совет по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации не поддержал данный законопроект. В экспертном заключении Совета от 11 февраля 2021 г. констатировалась важность публично-правовой цели проекта, для достижения которой необходимо предварительно включить в ГК РФ понятие цифровой валюты (даже при условии ограничения ее гражданского оборота по правилам п. 2 ст. 129 ГК РФ), осуществить одновременное исправление этого понятия в Законе о цифровых активах (или удаление его оттуда из-за отсутствия необходимости дублирования)¹.

Несмотря на указанное экспертное заключение, 15 февраля 2021 г. Комитет Государственной Думы по бюджету и налогам рекомендовал Государственной Думе принять законопроект в первом чтении², и 17 февраля 2021 г. он был принят в первом чтении.

На наш взгляд, можно согласиться с экспертным заключением Совета по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, а также предостеречь от поспешного принятия указанного законопроекта, так как «принципиальные недостатки определения понятия и признаков цифровых валют устранены не были. В связи с этим использование понятия «цифровые валюты» в налоговом законодательстве создаст неопределенность налогового режима для огромного количества российских субъектов экономической деятельности и создаст проблемы в правоприменительной практике... В связи с этим представляется, что установление налогового режима цифровых валют невозможно без уточнения круга объектов, которые могут быть отнесены к категории «цифровая валюта», определения их соотношения, в частности, с категориями «цифровых прав», «денег», закрепленных в ГК РФ, а также для установления четкого режима их использования»³.

В условиях неопределенности правового регулирования ЦФА, отсутствия единого доктринального отношения к сути данного инструмента стоит обратить внимание на выводы судебной практики,

¹ Экспертное заключение по проекту федерального закона № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // Исследовательский центр частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ. URL: <http://privlaw.ru/obzor2021-1/>

² Решение Комитета Государственной Думы по бюджету и налогам (протокол № 355) // Система обеспечения законодательной деятельности. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1065710-7>

³ Экспертное заключение по проекту федерального закона № 1065710-7 «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации».

которая формирует свой подход к ЦФА (в основном, в контексте криптовалют).

Одним из значимых актов судебной практики последних лет стало Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 февраля 2019 г. № 1 «О внесении изменений в Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 7 июля 2015 года № 32 «О судебной практике по делам о легализации (отмывании) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем, и о приобретении или сбыте имущества, заведомо добытого преступным путем». Согласно Постановлению от 26 февраля 2019 г. № 1 с учетом Рекомендации 15 ФАТФ¹ предметом преступлений, предусмотренных ст. 174, 174¹ УК РФ, могут выступать, в том числе, и денежные средства, преобразованные из виртуальных активов (криптовалюты), приобретенных в результате совершения преступления (подп. «б» п. 2).

Таким образом, проблема трансформации ЦФА в фиатные деньги привлекла внимание судебной практики. Однако речь идет о ситуации, когда трансформация уже произошла, скорее всего, по воле обладателя ЦФА; проблемы принудительной трансформации остаются открытыми.

На наш взгляд, создание правового механизма трансформации (в том числе принудительной) ЦФА в фиатные деньги — один из ключевых вопросов, в настоящее время нерешенных, причем адекватный ответ на данный вопрос позволил бы существенно активизировать использование ЦФА в экономике. Стоит ли перед правом задача создать таковой механизм или, напротив, не стоит в силу его ненужности (ибо данный механизм неизбежно приведет к реализации реального публичного контроля относительно ЦФА) — на этот вопрос только предстоит вырабатывать ответ.

Отметим, что в октябре 2018 г. ФАТФ внесла изменения в Рекомендацию 15 «Новые технологии»², распространив ее действие на поставщиков услуг в сфере виртуальных активов. Верховный Суд РФ достаточно оперативно отреагировал на эти изменения и внес

¹ Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) — независимая межправительственная организация, разрабатывающая и популяризирующая свои принципы для защиты всемирной финансовой системы от угроз отмывания денег, финансирования терроризма и финансирования распространения оружия массового уничтожения.

² Цит. по: International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations (updated October 2020) // FATF. URL: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>

соответствующие изменения в Постановление Пленума от 7 июля 2015 г. № 32, которое упоминалось выше.

Анализ судебной практики в области ЦФА позволяет сделать вывод: термин «криптовалюта» часто фигурирует в уголовных делах¹, тем самым формируя *a priori* негативное отношение к нему. В доктрине исследуются уголовно-правовые аспекты оборота ЦФА, в том числе в контексте отмыывания денежных средств².

Одним из наиболее актуальных вопросов как теории, так и судебной практики в области ЦФА является вопрос квалификации криптовалюты в качестве имущества (и последствий таковой квалификации) при рассмотрении дел о банкротстве физических лиц. Единая позиция у судов отсутствует.

Так, в одном из дел конкурсный кредитор обратился в суд с жалобой на бездействие финансового управляющего, которое выразилось в неистребовании у должника информации о наличии криптовалюты и непринятии мер по обнаружению электронных кошельков. Суд отклонил требования конкурсного кредитора, указав, что криптовалюта не относится к объектам гражданских прав, исходя из прямого толкования норм права; исполнение сделок с криптовалютой не обеспечивается принудительной силой государства, а отсутствие в системе криптовалюты контролирующего центра и анонимность не позволяют с определенностью установить принадлежность криптовалюты в криптокошельке³.

Данная позиция долгое время занимала господствующее положение, причем нельзя не признать ее разумность, так как даже обнаружение криптокошельков никак не гарантирует поступление

¹ См., например: Приговор Железнодорожного районного суда города Орла от 28 сентября 2020 г. по делу № 1-142/20; приговор Северного районного суда города Орла от 2 марта 2020 г.; приговор Ленинского районного суда города Владимира от 27 декабря 2017 г. по делу № 1-336/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Долгиева М.М. Криптопреступность как новый вид преступности: понятие, специфика // Современное право. 2018. № 10. С. 109–115; Долгиева М.М. Операции с криптовалютами: актуальные проблемы теории и практики применения уголовного законодательства // Актуальные проблемы российского права. 2019. № 4. С. 128–139; Ипполитова Е.А. Уголовно-правовые аспекты ответственности в сфере применения блокчейн-технологий, торговли криптовалютой // Судья. 2019. № 2. С. 32–35; Лыков А.А. Имплементация рекомендаций группы разработки финансовых мер по борьбе с отмыыванием денег (ФАТФ) о виртуальных активах: сравнительно-правовая перспектива // Международное уголовное право и международная юстиция. 2019. № 2. С. 28–31; Трунцевский Ю.В. Цифровая (виртуальная) валюта и противодействие отмыыванию денег: правовое регулирование // Банковское право. 2018. № 2. С. 18–28.

³ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 18 октября 2018 г. № Ф06–38270/2018 по делу № А57-21957/2017 // СПС «КонсультантПлюс».

средств в конкурсную массу. Можно предложить ввести в научный оборот новый термин для обозначения рассматриваемого правового явления — «ситуативная исполнимость», под которой понимать возможность трансформации ЦФА в фиатные деньги только при условии благоприятного стечения обстоятельств, главным в цепочке которых является наличие воли обладателя ЦФА.

В другом деле финансовый управляющий должника подал ходатайство о включении криптовалюты в конкурсную массу. Первоначально суд отказал в удовлетворении ходатайства, мотивировав отказ тем, что криптовалюта не относится к объектам гражданских прав, правовое регулирование рассматриваемых отношений отсутствует, имеется неопределенность существа отношений, отсутствует контролирующий центр, присутствует анонимность пользователей криптовалют¹. Однако арбитражный апелляционный суд не согласился с указанной позицией, отменил определение и обязал должника предоставить финансовому управляющему пароль от криптокошелька².

Суд апелляционной инстанции исходил из того, что в силу диспозитивности норм гражданского права закрытый перечень объектов гражданских прав отсутствует; невозможность применения к криптовалютам аналогии закона не означает невозможности применения аналогии права и требований добросовестности, разумности и справедливости; при этом суд учел находящийся на рассмотрении в Государственной Думе Федерального Собрания РФ законопроект № 424632-7 «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации»³.

Важно отметить, что в данном постановлении российский суд впервые признал, что криптовалюта является имуществом и может быть включена в конкурсную массу.

Это дело очень ярко иллюстрирует ситуативную исполнимость, о которой было сказано выше — исполнение обязанности предоставить доступ к ЦФА зависит только от воли их обладателя, который может, к примеру, забыть данные доступа.

¹ Определение Арбитражного суда города Москвы от 5 марта 2018 г. по делу № А40-124668/17-71-160Ф // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Девятого апелляционного арбитражного суда города Москвы от 15 мая 2018 г. № 09АП-16416/2018 по делу № А40-124668 // СПС «КонсультантПлюс».

³ В дальнейшем Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации».

Нередко ЦФА фигурируют в делах о взыскании неосновательного обогащения¹. Так, в январе 2018 г. эстонская компания (истец) подписала соглашение о начале сотрудничества с российской компанией (ответчик) по проекту размещения вычислительных мощностей. Соглашением было установлено, что эстонская компания переводит в качестве задатка российской компании сумму в размере 200 биткоинов на указанный счет, после чего в течение двух недель компании оформляют между собой сервисный договор, и по факту зачисления денежных средств на банковский счет российской компании последняя обязуется возвратить все 200 биткоинов в полном объеме не позднее двух дней с момента зачисления средств.

Впоследствии сервисный договор так и не был заключен, в связи с чем истец потребовал возврата 200 биткоинов. Истец направил претензию в адрес ответчика с требованием возврата 200 биткоинов (согласно экспертному заключению рыночная стоимость по состоянию на 23 января 2018 г. составляла 123 082 638 руб.) и перечисления их в денежном эквиваленте. Однако ответчик оставил без внимания претензию истца, в связи с чем последний обратился в суд.

Арбитражный суд в удовлетворении заявленных требований отказал. Тогда истец обратился в апелляционный арбитражный суд. Оценив доводы заявителя жалобы и проверив их обоснованность, апелляционный арбитражный суд посчитал их несостоятельными и принял решение оставить решение суда первой инстанции без изменений, апелляционную жалобу — без удовлетворения. Апелляционный арбитражный суд исходил из того, что на момент возникновения правоотношений Закон о цифровых активах не вступил в силу, а действие норм материального права во времени определяется в соответствии с п. 1 ст. 4 ГК РФ, согласно которому акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие; действие закона распространяется на отношения, возникшие до введения его в действие, только в случаях, когда это прямо предусмотрено законом.

Что касается обязательства по возврату биткоинов, то оно возлагалось на ответчика в случае одновременного наличия двух условий, а именно оформления сервисного договора и факта зачисления денежных средств на банковский счет ответчика. При этом возврат 200 биткоинов поставлен в зависимость от поступления денежных

¹ См., например: Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 14 декабря 2020 г. № 10АП-16821/2020 по делу № А41-4212/20; постановление Арбитражного суда Московского округа от 3 июня 2020 г. по делу № А40-164942/2019 // СПС «КонсультантПлюс».

средств, а не криптовалюты на счет, открытый в банке либо кредитной организации. Доказательств заключения сервисного договора, предусмотренного условиями соглашения, не имелось. Кроме того, ответчик перевел истцу 200 биткоинов со счета, который в спорном соглашении сторонами не предусмотрен.

Доказательств, подтверждающих, что сторонами заключились какие-либо дополнительные соглашения о необходимости перечисления 200 биткоинов с указанного выше счета, не имелось¹.

В контексте проанализированных (и иных) дел корректным представляется привести слова американского экономиста Рональда Коуза, указывавшего, что «желательно было бы, чтобы суды понимали экономические последствия своих решений и учитывали эти последствия в своих решениях в той степени, в какой это возможно без создания чрезмерной правовой неопределенности»².

Сказанное в настоящей статье позволяет сделать вывод о том, что ЦФА — инструмент, использование которого обусловлено техническим развитием общества, поэтому является неизбежным и, как следствие, нуждается в разработке правовой регламентации, основанной на его экономической сущности, а также принципах разумности, обоснованности, целесообразности.

¹ См.: постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 14 декабря 2020 г. № 10АП-16821/2020 по делу № А41-4212/20 // СПС «КонсультантПлюс».

² Коуз Р. Проблемы социальных издержек. Фирма, рынок и право. М., 2007. С. 92.

*Журавлева Оксана Олеговна,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

РОЛЬ ПРИНЦИПОВ НАЛОГООБЛОЖЕНИЯ В ТРАНСФОРМАЦИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О НАЛОГАХ И СБОРАХ В УСЛОВИЯХ ЦИФРОВИЗАЦИИ

Ускоренный прогресс в достижении целей устойчивого развития требует от государств повышения целостности проектируемой и реализуемой ими политики в различных сферах, решения вопросов взаимодействия и возможных компромиссов между экономическими, социальными и экологическими приоритетами, а также вовлечения всего публичного управления в согласование и обеспечение взаимосвязей между отдельными мерами¹. Право играет традиционно значимую роль в оформлении и реализации последних.

Следует отметить, что проблема соотношения права и экономики дискутируется в научной среде достаточно давно, при этом помимо прямого влияния экономики на право исследователями признается и рефлексивное (обратное) воздействие. В частности, С.Н. Братусь в своей работе 1928 г., цитируя Н.И. Зиберу, отмечал, что «право не есть нечто произвольное, независимое от экономической структуры общества. Оно тесно связано с организацией производства и обмена и вытекает из них как следствие из причины»². В то же время критически рассматривая позиции Н.И. Зиберы по вопросу о роли юридических институтов, как формы воздействия на развитие производительных сил общества, ученый считал, что рефлекторное влияние права на экономику недооценено³. В более поздних работах С.Н. Братусь, рассуждая о роли советского права и экономики в общественной жизни, также акцентировал внимание на феномене взаимного влияния права и экономики, отмечая «ак-

¹ OECD. Meeting of the Members of the Council on the 2030 Agenda for Sustainable Development 1 March 2021. Draft Agenda. URL: https://www.oecd.org/sdgs/Draft%20Agenda_2021%20OECD%20Meeting%20of%20the%20Members%20of%20the%20Council%20on%20the%202030%20Agenda_EN_REV1.pdf

² Братусь С.Н. Правовые воззрения Н.И. Зиберы // Советское право. 1928. № 6. С. 9.

³ Там же. С. 14.

тивную роль» права в «регулировании и дальнейшем преобразовании» общественных отношений¹.

В происходящих в настоящее время в различных отраслях законодательства изменениях отражаются процессы в обществе, в том числе бурное развитие и внедрение информационных технологий в повседневную жизнь и хозяйственный оборот. Но центральной фигурой в праве, несмотря на направленность технологического развития на автоматизацию (роботизацию) рутинных процессов во многих сферах, остается человек.

В сфере публичных финансов цифровой контур также перманентно расширяется, активно охватывая и налоговый сегмент. Об этом свидетельствует и широкое использование современными государствами при модернизации государственного сектора подхода GovTech, который обеспечивает простоту, доступность и эффективность государственного управления, и ориентирован на человека и его потребности, обеспечение оперативного взаимодействия с государством, реализацию механизма управления с использованием искусственного интеллекта².

Рост государственных расходов, наблюдаемый практически во всех государствах на фоне пандемии, вызывает потребность не только в новых источниках их покрытия³, но и в повышении эффективности государственного управления в целом и в сфере публичных финансов в частности. С одной стороны, применение информационных технологий призвано способствовать решению этих задач, но с другой — само подразумевает существенные расходы, покрытие которых ложится на плечи не только государства, но и плательщиков⁴. Эта особенность должна приниматься во внимание при выработке новых мер, направленных на модернизацию сферы публичных финансов.

В налоговой сфере цифровизация, прежде всего, затронула налоговое администрирование, при этом внедрение информационно-

¹ См.: Братусь С.Н. Соотношение экономических и административно-правовых методов управления социалистическим производством. Материалы к научной конференции по проблемам совершенствования планомерной организации и управления социалистическим производством. М., 1965. С. 1.

² Применение искусственного интеллекта в сочетании с технологиями машинного обучения позволяет выявлять риски и модели нарушений, например в системе закупок и управления публичными финансами. URL: <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/govtech-putting-people-first>

³ Их изыскание, достижение социального консенсуса и правовое закрепление составляют отдельную проблему современных государств.

⁴ Речь не только об обеспечении сбалансированности бюджета посредством налоговых поступлений, но и о расходах, связанных с обязательным использованием таких систем в хозяйственной деятельности.

телекоммуникационных технологий, разновидностью которых и являются цифровые, начало осуществляться еще 2000-х гг. Например, уже в 2002 г. п. 2 ст. 80 НК РФ предусматривал, что налоговая декларация представляется в налоговый орган по установленной форме на бумажном носителе или в электронном виде в соответствии с законодательством Российской Федерации¹.

Позднее появлялись цифровые сервисы, реализовывались пилотные проекты, однако эти процессы не всегда опирались на надлежащее правовое обеспечение (получали законодательное оформление), базу которого составляют конституционные принципы, в том числе касающиеся налоговой сферы.

Причин этому было несколько, в их числе: 1) более инертное развитие блока информационного законодательства в части защиты персональных данных²; 2) предусмотренная для законодательства о налогах и сборах консервативная по сравнению с иными отраслями процедура внесения изменений и вступления в силу нового регулирования, которая сдерживала быстрое восприятие соответствующих конструкций отраслевым массивом.

Как результат в НК РФ долгое время отсутствовали специальные нормы, позволяющие обеспечить баланс частных и публичных интересов при цифровизации (в том числе в «пилотном» режиме). В настоящее время некоторые бывшие «пилотные сервисы» получили свое нормативное закрепление. Среди таковых следует, прежде всего, назвать личный кабинет налогоплательщика, налоговый мониторинг, специальное мобильное приложение для плательщиков налога на профессиональный доход. Несмотря на столь быстрые темпы цифровизации налоговой сферы общетеоретические проблемы, связанные с выбором уровня правовой регламентации этих продуктов и сервисов, так и остались не до конца разрешенными: не выработан единый подход о границах и уровнях нормативного, в том числе специального, законодательного регулирования соответствующих программных продуктов, применяемых в сфере публичных финансов.

Давая оценку произошедшим в законодательстве о налогах и сборах изменениям, можно констатировать, что за последние двадцать лет характерной чертой процессов в нем была обусловленность активным внедрением информационно-телекоммуникационных

¹ Соответствующие изменения были внесены в НК РФ Федеральным законом от 28 декабря 2001 г. № 180-ФЗ «О внесении изменения в статью 80 части первой Налогового кодекса Российской Федерации».

² Отсутствие специального регулирования влияло и на соответствующие блоки в отдельных отраслях.

технологий, в том числе цифровых, как во внутринациональном¹, так и в межгосударственном аспектах².

Учитывая масштаб продолжающегося и по сей день влияния на подотраслевой нормативный массив, соответствующие процессы могут быть квалифицированы как трансформация. Под последней в праве понимаются процессы, влекущие смену законодательной модели, ее концептуальную коррекцию³.

Анализируя трансформацию как феномен, следует учитывать, что значительный интерес в юриспруденции вызывают как общетеоретические вопросы⁴, так и отраслевые аспекты трансформации правовой материи и соответствующих общественных явлений под ее воздействием, либо обуславливающих ее развитие и движение⁵.

¹ В частности, введение единого налогового платежа, унификация подходов в исчислении имущественных налогов, введение прогрессии в налогообложение доходов физических лиц и налогообложение доходов по банковским вкладам.

² В НК РФ есть специальный блок, регламентирующий вопросы информационного обмена финансовой информацией с иностранными государствами (гл. 20¹, 20²).

³ См., например: Хлопьев А.Т. Трансформация структуры Российского государства // Социально-политический журнал. 1995. № 3. С. 25; Арзамаскин Н.Н. Соотношение понятий «переходность», «модернизация», «демократический транзит» и «трансформация» в исследованиях переходной государственности // Право и политика. 2007. № 5. URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/25644-sootnosheniye-ponyatij-perekhodnost-modernizaciya-demokraticeskij-tranzit-transformaciya>. Можно также встретить определение трансформации как процесса и (или) изменения, способного вызвать появление законодательной модели иного вида. См.: Ахметова Г.М. Современные политические режимы и их трансформация (на примере стран Балтии): государственно-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2017. С. 10, 18. Н.В. Омелехина предлагает понимать под цифровой трансформацией два вида явлений — «способ отражения» и «способ преобразования» действительности. См.: Омелехина Н.В. Цифровизация как фактор трансформации финансовых правоотношений // Финансовое право. 2020. № 9. С. 12.

⁴ Можно упомянуть в связи с этим такие работы, как, например: Казаков Г.А. Трансформация правового регулирования и правовой культуры в современной России в условиях модернизации (теоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2016; Вопросы трансформации различных групп общественных отношений и прогнозы их влияния на правовое регулирование представлены в работе «Юридическая концепция роботизации»: монография / Н.В. Антонова, С.Б. Бальхаева, Ж.А. Гаунова и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров, С.Б. Нанба. М., 2019; Трансформация права в цифровую эпоху: монография / Министерство науки и высшего образования РФ, Алтайский государственный университет; под ред. А.А. Васильева. Барнаул, 2020.

⁵ См., например: Копылов В.В. Трансформация конституционно-правового статуса лиц, находящихся в местах предварительного заключения в Российской Федерации: теория и практика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В.В. Копылов. Челябинск, 2010. — 34 с.; Налоговое и гражданское право: альтернативы, выравнивание, трансформация // Российский журнал правовых исследований. 2017. № 2(11).

В сфере публичных финансов трансформация также рассматривается давно, в том числе и в историческом аспекте¹.

В последние десятилетия особое внимание исследователями было уделено вопросам трансформации государственного управления в условиях цифровизации, соответствующая проблематика находится на стыке нескольких научных дисциплин².

Соответственно, трансформация законодательства о налогах и сборах предполагает изменение существенных элементов национальной правовой модели налоговой системы (например, системы платежей, категорий обязанных лиц, их налогово-правового статуса и др.).

Несмотря на специфику социальной природы трансформационные процессы в налоговой сфере, обусловленные цифровизацией, должны опираться на традиционные принципы изменения законодательства о налогах и сборах, закрепленные в Конституции Российской Федерации и отраслевых актах. Эти основополагающие положения предусматривают особенности источников закрепления, порядка рассмотрения и принятия, вступления в силу и действия во времени, пространстве и по кругу лиц. В синергии с предписаниями из иных блоков, они позволяют гарантировать охрану конституционных ценностей. В связи с этим при трансформации законодательства необходимо принимать во внимание провозглашенный на конституционном уровне социальный характер Российского государства.

Как справедливо отмечают эксперты ОЭСР, цифровые технологии за короткий период времени коренным образом изменили способы работы, потребления и общения людей³. Но они не ниве-

С. 73–80; Уголовно-юрисдикционная деятельность в условиях цифровизации: монография / Н.А. Голованова, А.А. Гравина, О.А. Зайцев и др. М.: ИЗиСП; КОНТРАКТ, 2019. Значительное развитие в финансовом праве, как и в иных правовых отраслях, получили вопросы цифровой трансформации. См., например: Омелехина Н.В. Цифровизация как фактор трансформации финансовых правоотношений // Финансовое право. 2020. № 9. С. 12–17.

¹ Например, аспекты «трансформации неденежных повинностей в денежные» затрагиваются в работе И.И. Кучерова «Историко-правовые аспекты возникновения денег и денежных повинностей» (История государства и права. 2011. № 17. С. 20–26).

² См., например: Цифровая трансформация государственного управления: мифы и реальность [Текст]: доклад к XX Апрельской международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества (Москва, 9–12 апреля 2019 г.) / Д.Ю. Двинских, Н.Е. Дмитриева, А.Б. Жулин и др.; под общ. ред. Н.Е. Дмитриевой; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики». М., 2019.

³ См.: Доклад ОЭСР «Как жить в цифровой век: возможности и риски цифровой трансформации для благополучия людей», 2019. How's Life in the Digital Age?: Opportunities and Risks of the Digital Transformation for People's Well-being. OECD. 2019. 11p. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/how-s-life-in-the-digital-age/executive-summary_9789264311800-2-en#page1

лировали, а усилили запрос на антропоцентричный подход в праве. Анализ происходящих в обществе изменений позволяет сделать вывод об их существенном влиянии на: 1) набор предоставляемых прав (материальных и процессуальных); 2) возможные способы реализации этих прав традиционными субъектами; 3) трансформацию отдельных прав в обязанности¹; 4) долю прав временного характера, в том числе не всегда надлежащим образом нормативно закрепленных² (происходит ее увеличение).

Поскольку процессы распространения цифровых технологий происходят параллельно с технологическим развитием в иных сферах, при правовом регулировании необходимо учитывать их социальные последствия, включая рост продолжительности жизни людей и быстрое старение населения, изменения в структуре состава лиц, которым адресуется правовое воздействие. В противном случае сложно достигнуть эффективности правового регулирования. Технологические преобразования, включая и цифровые, не только расширяют возможности людей в различных областях, повышают эффективность человеческой деятельности, но и одновременно разделяют общество по критерию владения навыками их использования³. В результате увеличивается социальное неравенство⁴.

Принимая во внимание описанные последствия, одной из важных и насущных задач современных государств в условиях цифровизации становится предотвращение роста неравенства в силу недоступности технологических продуктов для отдельных групп населения. Учитывая декларируемую клиентоориентированность органов публичной власти, в том числе налоговых, при осуществлении их функций защита прав обращающихся к ним физических лиц, использующих публичные сервисы становится все более острой. Препятствия и трудности в реализации права могут быть вызваны недоступностью сервиса. Причины последнего могут быть обусловлены не только

¹ Например, права представления в электронной форме налоговозначимой информации в обязанность предоставлять ее в таковой.

² В том числе в режиме пилотных проектов и экспериментальном. См. подробнее: Журавлева О.О. Принцип баланса частных и публичных интересов и экспериментальное регулирование в налоговой сфере // Журнал российского права. 2018. № 8. С. 89–101.

³ См.: Журавлева О.О. Права налогоплательщиков в цифровую эпоху / Право технологической цивилизации: современные трансформации и векторы развития: материалы Международной студенческой научно-практической конференции (Москва, 24 октября 2019 г.) / Ю.Н. Кашеварова, И.А. Шулятьев, Э.К. Сайфуллин. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2021. С. 146–150. С. 147.

⁴ Там же.

сложностями в овладении новыми навыками и компетенциями, что может быть достигнуто посредством обучения, но и невозможностью их последующего применения. Порою таковая отсутствует, в силу особенностей психофизического состояния лица (ухудшения его когнитивных возможностей, снижения скорости выполнения умственных и физических операций) без помощи посредников. Поскольку речь не идет об ограничениях дееспособности и правоспособности, то традиционные правовые средства не могут полностью компенсировать возникающие отличия и дать адекватную защиту.

Эти особенности должны приниматься во внимание при проектировании нормативных актов, поскольку «принцип баланса между целью способствовать развитию цифровых технологий и необходимостью защиты общественных интересов и прав потребителей» также подлежит соблюдению при цифровизации¹.

Россия провозглашена в Конституции РФ социальным государством (ч. 1 ст. 7), поэтому реформы государственного управления в налоговой сфере должны учитывать этот стратегический ориентир, поддерживая и повышая, но, не снижая, гарантий реализации соответствующих прав. Справедливо это и в отношении изменений к подходам в реализации права налогоплательщика на информацию, в том числе с учетом широкого распространения информационно-телекоммуникационных технологий. Конституционная обязанность уплаты законно установленных налогов занимает в сфере налогообложения центральное место, для ее реализации существенное значение имеет набор законодательно закрепленных прав налогоплательщика, включая права на: 1) доступ к налогово-значимой информации (выбор формы доступа к ней), 2) выбор формы представления информации в налоговые органы (отсутствия такового).

Эти права приобретают особую значимость в условиях информационного общества и смещения налогового контроля к режиму «онлайн», повышения требований к открытости информации о хозяйственной деятельности налогоплательщиков.

Способ сообщения сведений (в том числе в процессе информирования и уведомления) во многом влияет на возможность реализации прав налогоплательщиками, поскольку с момента получения сведений исчисляются соответствующие сроки.

¹ См.: Минбалеев А.В. Формирование системы принципов института правового регулирования цифровых отношений (цифрового права) / Трансформация правовой реальности в цифровую эпоху : сборник научных трудов / под общ. ред. Д.А. Пашенцева, М.В. Залоило. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; ИНФРА-М, 2019. С. 46.

В законодательстве о налогах и сборах существует тенденция смены приоритетов в способах уведомления, в перспективе предполагается отдать преимущество электронной форме сообщения информации через личный кабинет налогоплательщика вместо бумажной (п. 4 ст. 52 НК РФ), причем не только для юридических, но и для физических лиц, включая не являющихся индивидуальными предпринимателями и не осуществляющих деятельность в рамках специального налогового режима — налог на профессиональный доход. Потребность в этом возникает в связи с необходимостью сокращения бюджетных расходов на рассылку налоговых уведомлений.

В случае реализации рассматриваемой меры основной массе налогоплательщиков будет фактически вменено использовать информационно-телекоммуникационные технологии для получения информации от налоговых органов, что предполагает возможность доступа к сети Интернет и соответствующим ресурсам не только на всей территории РФ, но и всеми категориями налогоплательщиков, включая малообеспеченных. Представляется, что в социальном правовом государстве совершенствование государственного управления не должно снижать уровень правовых гарантий граждан независимо от территории их проживания и нахождения, поэтому особенности действия нового регулирования должны охватывать и все категории лиц, нуждающихся в социальной поддержке.

Следовательно, охват лишь части нуждающихся в поддержке лиц (например, только: 1) находящихся на территориях без доступа к интернету и 2) пенсионеров) и предоставление им права выбора технологии уведомления не согласуются с конституционными приоритетами государства и подлежат коррекции.

Соответствующие меры в налоговой сфере могут подразумевать: 1) сохранение гибридного формата; и (или) 2) постепенную смену технологий уведомления, в том числе сохранение права выбора формы уведомления (применяемой технологии) на переходный период для отдельных категорий¹; 3) исключение избыточных обязанностей по предоставлению сведений, уже полученных налоговыми органами из иных источников; 4) для отдельных категорий налогоплательщиков предоставление соответствующих устройств доступа в бесплатное пользование, обеспечение бесплатного доступа к информационно-телекоммуникационной сети Интернет и к ин-

¹ Например, пока в отношении подачи обращений финансовому уполномоченному потребителями финансовых услуг допускается обращение в традиционной форме.

формационным ресурсам налоговых органов, осуществления с ними информационного взаимодействия.

Подводя итог, можно сделать следующие выводы. При трансформации законодательства о налогах и сборах в условиях цифровизации принципы налогообложения сохраняют свою ключевую роль в формировании соответствующего законодательного массива. Однако специфика воздействия цифровых технологий на коммуникативную сферу жизни людей повышает значимость обеспечения в процессе указанной трансформации гарантий соблюдения прав и законных интересов всех категорий граждан исходя из общеконституционных принципов равенства и социального государства.

V. СОЦИАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

*Цомартова Фатима Валерьевна,
старший научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

СОЦИАЛЬНАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ: НОВЫЕ КОНСТИТУЦИОННЫЕ АКЦЕНТЫ

Традиционно устойчивое развитие рассматривается с точки зрения его экономической и экологической составляющих. Вместе с тем актуальная методологическая трактовка этой концепции строится на триедином подходе, который обязательно включает в себя социальное измерение¹. В такой системе координат устойчивое развитие предполагает сбалансированный, инклюзивный экономический рост, сопровождаемый созданием благоприятных условий для развития человеческого капитала и повышения качества жизни². В более радикальной интерпретации все области устойчивости в той или иной мере являются социальными, в этом смысле социальная устойчивость охватывает всю человеческую деятельности³.

Концепция устойчивого развития, включая ее социальные императивы, представляет собой часть современного конституционного права как базового регулятора общественных отношений⁴. Ввиду заметного расширения социальной сферы общества и повышенного внимания к обеспечению достойного уровня жизни граждан со стороны государства она нашла отражение в обновленной Конституции РФ. В результате последних преобразований Основной Закон страны зафиксировал более емкую и современную модель

¹ См.: Sachs J.D. The Age of Sustainable Development. New York, Columbia University Press, 2015.

² См.: The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development. Commission on Growth and Development. Washington, DC: World Bank, 2008; Europe 2020. A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Brussels, 3.3.2010.

³ Anand S., Sen A. Sustainable human development: concepts and priorities. Office of Development Studies Discussion Paper. 1996. No. 1.

⁴ См.: Должиков А.В. Конституционная концепция устойчивого развития // Евразийский юридический журнал. 2015. № 7. С. 209—215.

социального государства, отражая заметные социально-экономические изменения, произошедшие с момента ее принятия¹. Эта модель характеризуется интенсификацией социальной функции государства, укреплением социальных прав граждан и усилением государственных гарантий их реализации. Конституционное право как базовый регулятор общественных отношений приобрело более выраженное социальное наполнение в русле общемировой тенденции социализации конституций².

В частности, конституционные начала построения отношений в социальном государстве дополнены и усилены принципами социальной солидарности, социального партнерства, социальной ответственности (ч. 6 ст. 75, ст. 75¹, п. «е⁴», «е⁵» ч. 1 ст. 114, п. «ж», «ж¹» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ). Конституция РФ утверждает формулу российской солидарности — конституционные ориентиры выстраивания отношений между личностью, обществом и государством на основе общих ценностей. Эти отношения должны базироваться на взаимном доверии, уважении и партнерстве (ст. 75¹). Принцип солидарности конкретно выражается в новых конституционных положениях, касающихся формирования системы пенсионного обеспечения граждан, когда работающее поколение платит за тех, кто уже вышел на пенсию (ч. 6 ст. 75). Он лежит в основе социального партнерства между работниками, работодателями и органами публичной власти по вопросам регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений (п. «е⁴» ч. 1 ст. 114). Чистым проявлением солидарности выступает бескорыстная взаимопомощь в рамках добровольческой и волонтерской деятельности (п. «е²» ч. 1 ст. 114). Иными словами, Конституция РФ приводит в действие силу социального сплочения во всех сферах жизни. В целом новеллы создают более сбалансированный механизм соотношения индивидуальной свободы и общественного единства³.

На самом высоком уровне закреплены основы социально ориентированной экономики, присущей социальному государству. Главной целью, которая ставится перед экономикой страны, является устойчивый рост национального производства, влекущий за собой

¹ См.: Хабриева Т.Я., Клишас А.А. Тематический комментарий к Закону Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти». М., 2020. С. 71–79.

² См.: Хабриева Т.Я. Конституционная реформа в современном мире: монография. М., 2016; Колотова Н.В. Социализация конституций: сравнительно-правовой анализ // Образование и право. 2019. № 3. С. 47–53.

³ Заключение Конституционного Суда РФ от 16 марта 2020 г. № 1-3.

повышение благосостояния населения (ст. 75¹ Конституции РФ). Оно определяется не только совокупностью количественных экономических показателей, определяющих уровень жизни человека, но и качественными характеристиками, отражающими его удовлетворенность в социальном и духовном плане.

Конституция РФ обязывает публичную власть фокусироваться на решении социальных проблем. Согласно измененному п. «в» ст. 114 единая государственная политика, проводимая Правительством РФ в области культуры, науки, образования, здравоохранения, социального обеспечения, поддержки, укрепления и защиты семьи, сохранения традиционных семейных ценностей, а также охраны окружающей среды, является социально ориентированной.

Современный подход к социальному государству проявляется и в переходе от борьбы с отрицательными проявлениями и рисками к реализации положительных устремлений: созданию условий для достойного воспитания детей в семье, содействию непрерывному образованию, стимулированию ведения здорового образа жизни и формированию культуры ответственного отношения граждан к своему здоровью и др. (п. «е» ст. 71, п. «ж», «ж¹» ч. 1 ст. 72).

Одним из ключевым элементов устойчивого развития выступает достижение максимально возможного уровня физического и психического здоровья. Показательно в этом плане, что в числе первых Целей в области устойчивого развития ООН названы обеспечение здорового образа жизни и содействие благополучию для всех в любом возрасте¹. Вследствие актуального уровня знаний о диагностике, лечении и профилактике заболеваний и увеличения масштабов оказываемой населению помощи медицина в последнее время приобрела исключительное место в социальной системе. Значение юридических гарантий здоровья на общей шкале правовых ценностей настолько велико, что с его помощью определяется уровень развития правового и социального государства в целом. Конституционная реформа в значительной мере затронула вопросы охраны здоровья граждан, определив новые векторы развития соответствующего отраслевого регулирования на законодательном уровне.

Право на здоровье в той или иной форме гарантируют практически все конституции мира, принятые после Второй мировой войны, независимо от типа системы здравоохранения (государственной, страховой или рыночной), на который они ориентированы.

¹ Декларация «Преобразование нашего мира: Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года», принятая резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 70/1 от 25 сентября 2015 г.

В истории отечественного конституционного права соответствующие положения были отражены еще раньше. По Конституции СССР 1936 г. бесплатная медицинская помощь трудящимся рассматривалась как форма реализации права на материальное обеспечение в старости, в случае болезни и потери трудоспособности (ст. 120). Право на здоровье включает в себя несколько аспектов, в числе которых выделяются право на контроль за своим здоровьем и телом, право на медицинскую помощь и общественное здравоохранение, обеспечивающее людям равные возможности для достижения социального благополучия.

В результате последних преобразований в Конституции РФ между разными уровнями публичной власти по новому распределены полномочия в сфере охраны здоровья граждан. К исключительному федеральному ведению отнесено установление единых правовых основ системы здравоохранения, одновременно в совместном ведении сохранена координация вопросов здравоохранения (п. «е» ст. 71, п. «ж» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ). Таким образом, новая норма не просто конкретизирует уже закрепленный в Конституции РФ предмет совместного ведения Федерации и ее субъектов в сфере здравоохранения, но существенно расширяет и углубляет его. Если прежняя редакция в большей степени очерчивала функцию государства в сфере обеспечения гарантий реализации установленного права граждан на охрану здоровья и медицинскую помощь в организационно-правовом смысле, то новеллы касаются ее ключевых содержательных аспектов.

Отношения между Конституцией РФ и текущим законодательством являются неодноректорными и носят восходяще-нисходящий характер. Многие из новых конституционных положений были ранее закреплены в отраслевом законодательстве, их конституционализация произошла в связи с изменением оценки их социально-правовой значимости. В частности, в ходе реформы на высший конституционный уровень были возведены действующие законодательные нормы, касающиеся величины минимального размера оплаты труда, адресности социальной помощи, обязательности индексации социальных выплат.

Среди такого рода конституционных новелл — требования о доступности и качестве медицинской помощи (п. «ж» ч. 1 ст. 72, ч. 1 ст. 132 Конституции РФ)¹. С позиций текущего законодательства

¹ В соответствии с научными разработками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ доступность и качество являются универсальными характеристиками социальных услуг для населения, означающими достигаемость гарантируемых социальных благ для всех граждан в достаточ-

доступность и качество медицинской помощи представляют собой один из базовых отраслевых принципов охраны здоровья граждан в Российской Федерации, нашедший отражение в важнейших законодательных актах в сфере здравоохранения (федеральных законах от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — Закон об основах здоровья граждан), от 29 ноября 2010 г. № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации», от 17 сентября 1998 г. № 157-ФЗ «Об иммунопрофилактике инфекционных болезней»). Этот принцип реализуется посредством комплекса правовых средств, включающих в себя организацию оказания медицинской помощи по принципу приближенности к месту жительства, месту работы или обучения; необходимое количество медицинских работников достаточного уровня квалификации; возможность выбора медицинской организации и врача и др.

Возведение отраслевых законодательных требований о доступности и качестве медицинской помощи на конституционный уровень отражает объективное повышение уровня социальных стандартов в сфере медицинского обеспечения, определяющих качество жизни человека, и, соответственно, требований, предъявляемых к органам публичной власти всех уровней, по их гарантированию.

В более общем контексте конституционные изменения свидетельствуют об усилении роли социальной стандартизации в государственном управлении социальным развитием и качеством жизни в целом. В виде конституционно оформленных, обязательных для исполнения нормативов социальные стандарты обеспечивают реализацию гарантированных Конституцией РФ социальных прав граждан и позволяют перевести субъективные понятия «достойная жизнь» и «свободное развитие человека», провозглашенные в Конституции РФ в качестве целей общественного развития, на язык конкретных показателей.

В системе иных конституционных норм предлагаемые изменения позволяют создать полноценный и сбалансированный механизм реализации фундаментального права на охрану здоровья и медицинскую помощь. На федеральном уровне осуществляется регулирование данного права и его параметров, а совместно с субъектами

ном объеме, в равной степени независимо от места жительства, социального статуса, имущественного положения и т. п. Подробнее об этом см.: Волкова Н.С., Путило Н.В., Цомартова Ф.В. К вопросу о доступности для населения услуг в сфере здравоохранения // Аналитический вестник Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. 2016. № 54. С. 26—32.

Российской Федерации обеспечивается согласованное целесообразное функционирование органов государственной власти по созданию условия для его наиболее полной реализации.

Анализируемые дополнения Конституции РФ требуют дальнейшего развития и дифференциации соответствующего отраслевого правового регулирования. В частности, в настоящее время закон не различает критерии доступности и качества медицинской помощи: они сформулированы единым перечнем. Новое конституционное распределение полномочий между разными уровнями публичной власти обуславливает необходимость дальнейшей специализации понятий и критериев доступности и качества медицинской помощи и формирования двух самостоятельных (хотя и в известной степени связанных) институтов.

Второй крупный блок новелл в перечне предметов совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов связан с конституционализацией новых целей общественного развития в сфере здравоохранения: сохранение и укрепление общественного здоровья, создание условий для ведения здорового образа жизни и формирования культуры ответственного отношения граждан к своему здоровью.

В отличие от других изменений Конституции РФ в социальной сфере, закрепивших так или иначе сложившиеся общественные явления и процессы, уже урегулированные на уровне отраслевого законодательства, эта группа новелл — пример опережающего конституционного правотворчества, поскольку законодательству об охране здоровья граждан в Российской Федерации термин «общественное здоровье» до сих пор был неизвестен¹.

Потребность в здоровье носит всеобщий характер, она присуща не только отдельным индивидам, но и обществу в целом. Общественное здоровье является важнейшим свойством трудовых ресурсов и оказывает огромное влияние на социально-экономическое развитие. Концепция «общественного здоровья» призвана подчеркнуть тесную связь качества здоровья граждан с их трудоспособностью, активной жизнедеятельностью, социальным благополучием, затратами на лечение и предотвращение заболеваний.

Эта концепция была воспринята правом для решения социальных, экономических, политических проблем, при которых необходимо учитывать качество здоровья всего населения. Так, согласно

¹ Термин «общественное здоровье» зафиксирован в Паспорте национального проекта «Демография», утвержденном президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и национальным проектам, протокол от 24 декабря 2018 г. № 16.

Оттавской хартии по укреплению здоровья 1986 г. «хорошее здоровье является главным ресурсом для социального и экономического развития как общества в целом, так и отдельной личности и является важнейшим критерием качества жизни». В практике отечественного государственного стратегического планирования развития страны качество общественного здоровья обычно не учитывается. Новые нормы Конституции РФ должны способствовать преодолению этого негативного с точки зрения эффективности модернизационных процессов подхода.

Идея сохранения и укрепления общественного здоровья уже нашла воплощение в нескольких законодательных инициативах, находящихся в высокой степени готовности. Так, подготовленный Минздравом России проект федерального закона «О профилактике заболеваний, связанных с дефицитом йода»¹ направлен на профилактику заболеваний, связанных с дефицитом йода, путем йодирования пищевой продукции. Йододефицит является глобальной проблемой, обусловленной неустранимой экологической йодной недостаточностью в окружающей среде. Для профилактики йододефицитных заболеваний необходимо дополнительное поступление йода в организм. ВОЗ и другие международные организации в качестве предпочтительного и наиболее эффективного метода повышения уровня поступления в организм йода, а также предотвращения и коррекции его дефицита рекомендуют всеобщее йодирование. Эти рекомендации учтены в законодательстве большинства стран с недостаточным потреблением йода среди населения. Законопроект предлагает йодирование соли, а также использование йодированной соли при приготовлении пищевых продуктов, производстве хлебобулочных изделий, для досаливания в организациях, осуществляющих образовательную деятельность, медицинских организациях, организациях системы исполнения наказаний и воинских частях.

С концепцией общественного здоровья тесно связано понятие здорового образа жизни. На современном этапе общественного развития формирование здорового образа жизни должно стать важнейшим направлением политики в области охраны здоровья, наряду со всеобщим охватом качественными медицинскими услугами. Согласно позиции Всемирной организации здравоохранения здоровый образ жизни направлен на снижение риска возникновения серьезных заболеваний и преждевременной смерти, радикально улучшает ее качество.

¹ Федеральный портал проектов нормативных правовых актов. URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=89946>

С юридической точки зрения здоровый образ жизни включает в себя четыре ключевых аспекта: 1) противодействие употреблению табака, защиту от табачного дыма; 2) снижения уровня употребления алкоголя; 3) стимулирование физической активности населения; 4) здоровое питание. Все они уже получили то или иное правовое регулирование в рамках самостоятельных законодательных актов либо институтов.

Помимо усилий, прикладываемых государством для обеспечения доступности и качества медицинской помощи, сохранения и укрепления общественного здоровья, создания условий для ведения здорового образа жизни, важны усилия самого индивида, нацеленные на поддержание своего здоровья и долголетия¹. Прообразом конституционной нормы о формировании культуры ответственного отношения граждан к своему здоровью стало положение ч. 1 ст. 27 Закона об основах охраны здоровья граждан, закрепляющей обязанность граждан заботиться о сохранении своего здоровья. Это обязательность конкретизируется в необходимости проходить медицинские осмотры в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации, обязаны проходить медицинские осмотры, соблюдать режим лечения и правила поведения в медицинских организациях.

При этом следует иметь в виду, что юридическая конструкция обязанностей граждан в сфере охраны здоровья граждан обладает определенной спецификой, связанной с тем, что обязательным условием любого медицинского вмешательства в большинстве правовых систем мира является его добровольность. Этот принцип был закреплён в международных правовых актах, а затем и в национальных законодательствах как следствие Нюрнбергского процесса². По причине этого тяжелого исторического наследия получение медицинской помощи повсеместно трактуется как право, но не обязанность граждан. Даже в тех случаях, когда формулируются некоторые обязанности граждан в сфере охраны здоровья, они не обеспечиваются мерами государственно-правового принуждения и квалифицируются в науке конституционного права как обязанности, отражающие социальные предписания, не связанные с каким — либо принуждением.

Элементы принудительности в связи с оказанием медицинской помощи допускаются в исключительных случаях в целях устранения

¹ См.: Салагай О.О., Сошкина К.В. Концепция личной ответственности за сохранение здоровья: правовой аспект // Журнал российского права. 2020. № 8. С. 94–104.

² См.: Путило Н.В., Цомартова Ф.В. Охрана здоровья граждан РФ (опыт ЕСПЧ и российская практика) / Имплементация решений Европейского Суда по правам человека в российской правовой системе: концепции, правовые подходы и практика обеспечения: монография / Т.Я. Хабриева, А.Я. Капустин, А.И. Ковлер и др.; под общ. ред. В.В. Лазарева. М., 2019. С. 345–363.

опасности для жизни и здоровья самого пациента либо для жизни и здоровья окружающих в четко очерченных правовых пределах. Поэтому в отличие от первоначально предлагаемой конструкции как обязанности граждан заботиться о своем здоровье, формулировка, включенная в принятую версию Закона о поправке, была существенно смягчена и обращена теперь не к гражданину, а к государству, которое призвано формировать культуру ответственного отношения граждан к своему здоровью.

К недостаткам конституционно-правового регулирования охраны здоровья можно отнести отсутствие гарантий лекарственного обеспечения граждан. Ни в Конституции, ни в законодательстве никак не формализовано право граждан на лекарства. С точки зрения федерального законодательства производство и реализация качественных, безопасных и доступных лекарственных препаратов являются такой же мерой обеспечения права на охрану здоровья, как охрана окружающей среды, создание благоприятных условий труда, быта, отдыха, воспитания и обучения граждан, производство и реализация продуктов питания соответствующего качества (ч. 2 ст. 18 Закона об основах охраны здоровья граждан). Вместе с тем лекарственная терапия представляет собой неотъемлемый элемент медицинской помощи, но в отличие от бесплатного характера последней, лекарственные препараты на льготной или бесплатной основе гарантируются только отдельным категориям граждан¹.

В международном праве доступность основных лекарственных средств рассматривается как составляющая права на наивысший достижимый уровень здоровья, гарантируемого Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. и др.² Законодательство и правоприменительная практика целого ряда стран также подтверждает, что доступ к лекарствам является частью права на здоровье³. Более того, некоторые исследователи квалифицируют

¹ См.: Право граждан на лекарственное обеспечение: монография / Н.В. Путило, Н.С. Волкова, Ф.В. Цомартова и др.; отв. ред. Н.В. Путило. М., 2017. С. 16–24.

² См.: Замечание общего порядка 14 Комитета ООН по экономическим, социальным и культурным правам о праве на наивысший достижимый уровень здоровья.

³ См.: Minister of Health v Treatment Action Campaign et al 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (5 July 2002) by Constitutional Court of South Africa; Cruz Bermúdez v Ministerio de Sanidad y Asistencia Social by Supreme Tribunal of Justice of Venezuela, Case No 15.789, Decision No 916 (1999); Jorge Odir Miranda Cortez v El Salvador by the Inter-American Commission on Human Rights, Report No 29/01. Case 12.249, пп. 35 ff, 49 (7 March 2001).

доступ к основным лекарственным препаратам в качестве самостоятельного, основополагающего права человека¹.

Таким образом, с учетом международно-правового и зарубежного опыта правового регулирования важнейшей, базовой государственной гарантией доступности лекарственных средств является нормативное правовое закрепление права граждан на лекарственное обеспечение в качестве составляющего права на медицинскую помощь.

В настоящее время в целях обеспечения удовлетворения потребности в лекарственной терапии как необходимом условии существования в международном праве и законодательстве некоторых зарубежных стран наблюдается тенденция формирования нового элемента права на доступность лекарственных средств — права на доступ к дженериковым препаратам². Особенно это касается лекарственных средств, представляющих основной терапевтический интерес для общественного здравоохранения; лекарственных средств, спрос на которые превышает предложение; дорогостоящих лекарственных препаратов, лекарственных препаратов, необходимых на случай эпидемий и других чрезвычайных обстоятельств. Это связано с тем, что необходимость компенсации затрат, понесенных фармацевтическими компаниями в связи с разработкой новых препаратов, приводит к тому, что инновационные лекарственные средства становятся недоступными не только для малообеспеченных слоев населения, но и для целых государств, уровень развития экономики которых не позволяет обеспечить население дорогостоящими лекарственными средствами. Одним из способов решения данной проблемы являются так называемые дженериковые препараты, поступающие в гражданский оборот по истечению патента на оригинальное лекарственное средство³.

Обсуждение проблем доступности лекарственных средств оказалось на переднем крае общественной дискуссии на фоне пандемии COVID-19.

¹ См., например: Hogerzeil H.V. Access to Essential Medicines as a Human Right. Essential Drugs Monitor. 2003. N 33. Pp. 26–27. URL: https://www.rhsupplies.org/uploads/tx_rhscpublications/WHO_Access%20to%20essential%20medicines%20as%20a%20human%20right_2003.pdf

² См.: Цомартова Ф.В. Государственные гарантии доступности лекарственных средств в России и за рубежом // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 4. С. 161–170.

³ Подробнее об этом см.: Защита исключительных прав на изобретения, используемые в лекарственных препаратах: проблемы правового регулирования и направления совершенствования законодательства: монография / О.В. Гутников, С.А. Синецын, А.А. Аюрова, Ф.В. Цомартова; отв. ред. О.В. Гутников, С.А. Синецын. М., 2019.

В целом, подводя итоги проведенного анализа конституционных преобразований, можно заключить, что в новеллах об общественном здоровье на перспективу заложено более широкое современное понимание права на здоровье, которое включает в себя элементы коллективности, напрямую связанные с идеалами солидаризма, провозглашенными в ст. 75¹ Конституции РФ. Оно включает в себя не только собственно медицинское обслуживание, как раньше, но и так называемые детерминанты здоровья (здоровое питание, безопасную питьевую воду, жилье и иные условия повседневной жизни, которые влияют на здоровье). Кроме того, его конструкция более сбалансирована с точки зрения ответственности государства и местного самоуправления и личной ответственности индивида за свое здоровье. Все это свидетельствует о том, что в конституционном оформлении права на здоровье достигнут заметный прогресс.

*Коршунова Татьяна Юрьевна,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук, доцент*

МОДЕРНИЗАЦИЯ ТРУДОВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КАК ФАКТОР УСТОЙЧИВОГО РАЗВИТИЯ ЭКОНОМИКИ

Технологические инновации преобразуют каждую часть нашей жизни. Способность быстро и дешево обмениваться большими объемами данных и информации заложила основу для развития цифровой экономики, становление которой должно сопровождаться эффективной социальной политикой, направленной на повышение качества жизни и благополучия населения в целом и отдельных категорий граждан. Достижение социальной интеграции и стабильности в обществе невозможно без постоянного совершенствования норм социального обеспечения, справедливой оплаты труда, создания безопасных условий труда, проведения модернизации рабочих мест по итогам оценки условий труда¹.

Трудовое право окончательно сформировалось как самостоятельная отрасль права в результате второй промышленной революции, произошедшей в результате электрификации промышленности, позволившей резко увеличить производительность труда, значительно нарастить объемы выпускаемой продукции. В большинстве европейских стран трудовое законодательство, выполняя социальные функции, либо обособилось от гражданского, либо, формально оставаясь в его рамках, предусматривает особое регулирование для договоров найма труда.

Современный облик трудового законодательства, регулирующего не только индивидуальные, но и коллективные трудовые отношения, был определен третьей промышленной революцией, вызванной автоматизацией производства и бурным экономическим ростом в середине 70-х гг. XX в.

В результате трудовое законодательство регулировало занятость по найму в режиме полного рабочего дня на основе трудового договора, заключенного на неопределенный срок, на предприятии или

¹ Программа сотрудничества между Российской Федерацией и Международной организацией труда на 2017–2020 годы (подписана в г. Москве 21 ноября 2016 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

в организации под непосредственным руководством работодателя, что соответствовало Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении», принятой в Женеве 15 июня 2006 г.

Исследователи отмечают, что «труд был организован согласно принципам тейлоризма: задача разбивается на мелкие простые составляющие, которые затем пересобираются наиболее эффективным образом; на одном заводе работает множество рабочих»¹. Как правило, представителями работников являлись профессиональные союзы, которые могли, участвуя в коллективных переговорах, добиться для работников наиболее благоприятных условий найма.

Так сложился общий для всех правовых систем субъект трудового права — работник, условия труда которого были примерно одинаковы, так как мало различались условия применения коллективного труда. Актами социального партнерства обеспечивались прогнозируемые и разумные темпы роста заработной платы. Рабочие чувствовали себя достаточно защищенными, так как им гарантировались не только постоянная занятость, достойная заработная плата, но и обеспечение по временной нетрудоспособности и пенсия. Одновременно социальное государство перераспределяло деньги тем, кто остался за бортом рынка труда².

Всегда подчеркивалось, что присутствие отношений власти — подчинения, присущее трудовому правоотношению, компенсировалось повышенным уровнем гарантий, таких как защита от необоснованного увольнения, продолжительный характер трудовых отношений, возможность вести коллективные переговоры и пр.

То есть в обмен на экономическую стабильность, которая обеспечивалась посредством трудового договора, не ограниченного сроком действия, и норм о защите от увольнений, работник соглашался на отношение подчинения работодателю³, который контролировал производственный процесс, распоряжался рабочим временем работника, устанавливал правила поведения на рабочем месте. В обмен на такую зависимость работники освобождались от несения экономических рисков хозяйственной и предпринимательской деятельности работодателя.

Со временем труд стал рассматриваться как один из наиболее дорогих ресурсов, затраты на который увеличивали себестоимость и понижали конкурентоспособность работодателя. Поэтому пред-

¹ См.: Срничек Н. Капитализм платформ. М., 2020. С. 17.

² Там же.

³ См.: Чесалина О.В. К вопросу о неизбежности правового статуса работника и правового статуса самозанятого лица // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. № 1. С. 24–27.

приниматели, стремясь увеличить доходы и извлечь больше прибыли, стали активно содействовать ослаблению позиций профсоюзов, а также искать возможности использовать иные способы организовать трудовой процесс.

Произошедшие изменения потребовали значительных реформ в социально-трудовой сфере. Необходимо было решить вопрос о том, как сделать рынок труда более гибким и инклюзивным, как легализовать новые формы занятости, обеспечив, с одной стороны, надежную социальную защиту и условия труда для работающих, а с другой — не допустив замены стандартной занятости иными формами, которые снижают уровень гарантий трудовых прав, сложившийся к концу XX в.

В итоге параллельно с существующим механизмом регулирования трудовых отношений сложилась целая система нетипичных (нестандартных) форм занятости, к которым относится такая деятельность граждан, которая связана с применением труда, но не регулируется трудовым законодательством (отношения, опосредованные гражданско-правовыми договорами), а также деятельность на основании трудового правоотношения, в котором отсутствует либо видоизменен какой-либо из существенных (критериальных) признаков трудового правоотношения: личный, организационный или имущественный¹.

Распространение нетипичных форм занятости вызывает озабоченность как со стороны работников, которые все больше связывают нестандартные формы труда с эксплуатацией и снижением социальной и правовой защищенности, так и у Международной организации труда, эксперты которой отмечают, что в последнее время такие формы занятости стали распространяться и на те сегменты рынка труда, где ранее преобладали стандартные формы занятости. Данные для анализа охвата нестандартными формами занятости и выявления их динамики зачастую эпизодичны, но прирост этих форм заметен по увеличению беспокойности работников, занятых как на стандартных, так и на нестандартных условиях, за сохранение своих рабочих мест².

В настоящее время выделено и описано четыре основные группы нестандартных форм занятости:

- 1) временная занятость;
- 2) занятость на условиях неполного рабочего времени и работа по вызову;

¹ См.: Мощная О.В. Нетипичная трудовая занятость: некоторые проблемы теории и практики: автореф. дисс... канд. юрид. наук, М., 2009. С. 10.

² Там же.

3) временный заемный труд и многосторонние трудовые отношения;

4) замаскированные трудовые отношения и зависимая самостоятельная занятость.

Данная классификация соответствует выводам Совещания экспертов по нестандартным формам занятости, принятым в феврале 2015 г.¹ В рамках этих четырех групп есть различные подгруппы форм занятости, специфика которых зависит от каждой конкретно взятой страны.

В Российской Федерации нестандартная занятость также присутствует, но не обязательно влечет за собой незащищенность в сфере труда. Например, работа по срочному трудовому договору или работа по совместительству, хотя и являются видами нестандартной занятости, давно урегулированы законодательством: работники пользуются практически полным объемом гарантий, что позволяет говорить об их социальной защищенности.

Однако российские работодатели все настойчивее начинают требовать расширения случаев заключения срочных трудовых договоров, предлагают специально закрепить работу по вызову, которая в настоящее время легально в российском законодательстве не существует. То есть российские предприниматели руководствуются теми же принципами, что и международные, полагая, что именно извлечение максимальной прибыли является критерием успешного ведения бизнеса.

К нестандартной занятости относится и заключение с работниками гражданско-правовых договоров, поскольку работодатели предпочитают заключить с ними гражданско-правовой договор, так как полагают, что в этом случае работник обойдется дешевле, да и прекратить с ним отношения будет значительно легче.

Для того чтобы переломить складывающуюся негативную тенденцию, ТК РФ был дополнен нормой, позволяющей переквалифицировать гражданско-правовые договоры в трудовые (ст. 19¹). При применении данной нормы судами были выделены признаки, наличие которых позволяло установить факт наличия трудовых отношений. Так, исходя из сложившейся судебной практики можно сделать вывод, что основными признаками, позволяющими разграничить трудовой и гражданско-правовой договор, являются: осуществление работником трудовой функции, состоящей в выполнении работы по

¹ Нестандартные формы занятости. Анализ проблем и перспективы решения в разных странах. Обзорная версия. Международное Бюро Труда. Женева, 2017. С. 2. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_554952.pdf

соответствующей должности либо по определенной профессии или специальности с указанием квалификации либо в выполнении конкретного вида работы, поручаемой работнику, а не разового задания; подчинение работника внутреннему трудовому распорядку, установленному на предприятии; условия оплаты труда, в том числе размер тарифной ставки или оклада (должностного оклада) работника, включающего в себя доплаты, надбавки и поощрительные выплаты, не характерные для гражданского законодательства; наличие места работы; наличие дисциплинарного вида ответственности за совершение проступков; предоставление работнику определенных социальных льгот и гарантий. Наименование договора не может рассматриваться в качестве достаточного основания для безусловного отнесения заключенного договора к гражданско-правовому или трудовому. Определяющее значение для квалификации заключенного сторонами договора имеет анализ его содержания на предмет наличия или отсутствия соответствующих признаков.

В определении Конституционного Суда РФ от 19 мая 2009 г. № 597-О-О указывается, что суды общей юрисдикции, разрешая подобного рода споры и признавая сложившиеся отношения между работодателем и работником либо трудовыми, либо гражданско-правовыми, должны не только исходить из наличия (или отсутствия) тех или иных формализованных актов (гражданско-правовых договоров, штатного расписания и т.п.), но и устанавливать, имелись ли в действительности признаки трудовых отношений и трудового договора, указанные в ст. 15 и 56 ТК РФ.

В настоящее время работникам стало гораздо проще восстановить свои права путем обращения в суд с иском о переквалификации гражданско-правовых договоров в трудовые. Кроме того, увеличилось и число случаев переквалификации гражданско-правовых договоров по инициативе государственных органов (налоговых и органов социального страхования и др.)¹.

Таким образом, при некоторых видах нестандартной занятости работники имеют возможность защитить свои права: не только свободно заключить трудовой договор, но и получить информацию об условиях труда и его оплаты, пользоваться льготами и гарантиями, предоставляемыми законодательством для работников, быть членом профессиональных союзов и пр.

Как разновидность нестандартной занятости можно выделить неустойчивую занятость, которая включает в себя новые формы

¹ См., например: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 29 мая 2018 г. по делу № А03-3495/2017.

привлечения к труду, такие как работа на основании договоров о предоставлении труда работников (персонала) через частные агентства занятости, работа посредством интернет-платформ, работа на основе устных договоренностей работника и работодателя, не оформленная никакими договорами, а также самозанятость.

В начале 1990-х гг. предприниматели начали все чаще использовать аутсорсинг и другие нестандартные формы занятости, чтобы иметь возможность получить дополнительные конкурентные преимущества. И если сначала на аутсорсинг передавались вспомогательные службы (уборка, расчеты и кадровое делопроизводство, информационное обеспечение), то в дальнейшем производственные процессы дробились и в аутсорсинге оказался и ключевой персонал.

Неустойчивая занятость, по оценкам Международной организации труда, может затрагивать все рабочие места вне зависимости от формы трудовых отношений¹. «Неустойчивая занятость существует, прежде всего, в неформальном секторе экономики, который существует параллельно формальному и в зависимости от политики государства сужается или расширяется, но никогда полностью не исчезает, даже в условиях тотального контроля государства над экономикой²». Во-вторых, неустойчивая занятость затрагивает работников, заключивших нетипичные договоры о труде или «квазитрудовые» договоры, когда речь идет не о возникновении трудовых отношений, а о предоставлении услуг (работа на основе интернет-платформ). Кроме того, при рассмотрении вопросов неустойчивой занятости зачастую акцент переносится с трудовых отношений на гражданско-правовые и центральными фигурами для исследователей становятся уже не работники, а предприниматели и самозанятые.

Исследователи отмечают, что в настоящее время регулирование вопросов, связанных с трудовыми отношениями, уже более не может осуществляться с позиций классического индустриального трудового права, при котором работодателями выступали, как правило, крупные промышленные предприятия, на которых одновременно работали значительные по численности коллективы работающих, старавшиеся добиться реализации своих трудовых прав путем закре-

¹ Non-standard employment around the world: Understanding, challenges, shaping prospects — Geneva: ILO. 2016. P. 19. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf

² Анисимов Р.И. Нестандартный труд: кто в выигрыше? Теоретико-методологический анализ подходов к изучению нестандартной трудовой занятости. // Вестник РУДН. Серия: Социология. 2019. Т. 19. № 3. С. 546.

пления в законодательстве права на объединение в профессиональные союзы и права на коллективные переговоры¹.

В постиндустриальном, а тем более в цифровом обществе характер труда изменился: коллективные действия все более уступают место индивидуализации трудовых отношений, работнику уже нет необходимости ежедневно посещать рабочее место, в мире растет число работающих дистанционно, в условиях, отличающихся от типовых (стандартных) условий трудового договора. Соответственно изменения в организации труда и отношении работник — работодатель требуют адекватных законодательных решений, так как трудовые права работников не должны быть ущемлены, а экономика должна развиваться поступательно.

Произошедшая трансформация и появление так называемой гиг-экономики не могли не затронуть трудовые отношения. Цифровые платформы открывают новые рынки для предпринимателей и предоставляют новые возможности для получения дохода для работников, в том числе тех, кто ранее был вне рынка труда. Появление таких платформ ведет к изменениям не только в организации бизнеса и рабочих процессах, но и в отношениях между работниками и работодателем. Катализатором процессов, которые начали складываться в экономике, во многом послужила и пандемия COVID-19, так как привела к еще более широкому использованию цифровых платформ и связанных с ними технологических инноваций. Механизмы дистанционной работы, переосмысленные в сложных эпидемиологических условиях, привели к росту электронной торговли, электронных услуг и внештатной работы в Интернете. Для многих, потерявших работу как в развивающихся, так и в развитых странах, цифровые трудовые платформы дали возможность получить доход. В то же время в традиционной занятости доход работников сократился. Для преодоления кризисных явлений работодатели использовали цифровые платформы, чтобы продолжать работать, выйти на новые рынки и сократить расходы. Новая бизнес-модель позволяет работодателям организовывать работу без необходимости инвестировать в капитальные активы или нанимать сотрудников. Вместо этого они выступают посредниками между работниками, выполняя задачи, и клиентами и управляют всем рабочим процессом с помощью алгоритмов. Создается ситуация, когда предоставляются занятость и доход, но при этом практически отсутствуют социальные гарантии.

Подобное положение привело к тому, что необходимо искать ответы на вопросы, сохранится ли трудовое право как право соци-

¹ Крауч К. Победит ли гиг-экономика? М., 2020. С. 19.

альной защиты в том виде, в котором оно сложилось к началу Четвертой промышленной революции, ведет ли переформатирование бизнес-процессов к отказу от социально-ориентированного законодательства, переносу социальных рисков исключительно на работающих.

Многие неолиберальные политики считают гиг-экономику идеальной формой труда, которая постепенно вытесняет условия традиционного трудового договора, сопряженные с более высокими затратами работодателя. Фирмы могут максимизировать гибкость, обращаясь к услугам и оплачивая труд работников только в случае возникновения потребности в выполнении специфических задач, избегая уплаты взносов в фонды социального страхования, обязательств гарантирующих минимальную заработную плату и многих других обязанностей, связанных с так называемой стандартной (обычной, традиционной) занятостью. Работники, в свою очередь, могут наслаждаться возможностью быть предпринимателями, работая тогда, когда им хочется, и на того, на кого они пожелают¹. То есть сомнению подвергся главный тезис традиционной системы трудовых отношений: освобождение от хозяйской власти работодателя оборачивается отказом от повышенной социальной защищенности работников.

МОТ отмечает, что теперь многие работники не имеют доступа к социальной защите, что особенно актуально во время пандемии. Они не в состоянии участвовать в коллективных переговорах, которые позволили бы им решать эти и другие вопросы².

Исследователи констатируют, что платформенная занятость, которая определяется как гибкий формат включения в рынок труда, предполагающий использование онлайн-платформы (цифровой платформы) в качестве посредника между поставщиками услуг (исполнителями работ) и потребителями (клиентами), требует иных форматов взаимодействия работников и работодателей, так как традиционное двустороннее трудовое отношение при данной форме отношений размывается и приобретает ранее не свойственные черты.

Платформенная занятость может выполнять роль как основной, так и дополнительной занятости, увеличивая вариативность доступных специалистам режимов занятости. Платформы реализуют инфраструктурную функцию: сближая предложение труда и спрос на

¹ Крауч К. Указ. соч. С. 14.

² World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work. International Labour Office — Geneva: ILO, 2021.. 2021. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf

него, они повышают эффективность рынка¹. В настоящее время платформенная занятость находится в стадии становления, еще не решены вопросы о способах взаимодействия между платформой, ее пользователями и лицами, участвующими в деятельности платформы. Отмечается, что регулирование этого сегмента экономики не устоялось; в частности, остро стоит вопрос страхования предпринимательских рисков и обеспечения социальных гарантий, необходимых как для занятых посредством платформ, так и для самих платформ. Профильные международные организации, а в ряде стран также представители государственных органов и профсоюзных объединений продвигают обсуждение доступа к традиционным гарантиям, которые позволяют защищать здоровье и благополучие вовлеченных в платформенную экономику специалистов, развивать и реализовывать их человеческий потенциал, включать их в систему страхования рисков, связанных с временной нетрудоспособностью, инвалидностью и старостью. Одновременно с этим возникают и новые вызовы: специфика сфер деятельности — в основном, услуги — обуславливает повышенные риски с точки зрения здоровья, безопасности на стороне исполнителя и клиента, в связи с чем требуются новые форматы страхования².

Работа на основе интернет-платформ характеризуется:

- отсутствием кооперации труда, присущей традиционным трудовым отношениям (исполнители могут выполнять каждый свою задачу, независимо от ее выполнения другими лицами, взаимодействующими с платформой);

- распределением рисков между платформой, исполнителями и третьими лицами, что также не характерно для трудовых отношений, так как риски несет та сторона трудового отношения, которая организует бизнес;

- включением в ряде случаев в отношение исполнитель — платформа третьих лиц, например, перевозчиков, в случае с работой платформ, связанных с организацией перевозок пассажиров либо грузов. Трудовое право уже столкнулось с подобным способом организации труда, когда были легализованы договоры о представлении персонала. Однако с помощью платформенной занятости работодателям наконец удалось преодолеть законодательные ограничения, связанные с заемным трудом;

¹ См.: Платформенная занятость: определение и регулирование / авт. кол.: О.В. Синявская, С.С. Бирюкова, А.П. Аптекарь, Е.С. Горват, Н.Б. Грищенко, Т.Б. Гудкова, Д.Е. Карева; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Институт социальной политики. М., 2021.

² Там же.

— самостоятельностью исполнителя. В отличие от трудового законодательства в отношении с платформой вступают, так называемые, «независимые исполнители», которые сами организуют свой труд, не подчиняясь приказам и распоряжениям;

— применением интернет-платформы как информационной системы, обеспечивающей взаимодействие заказчиков услуги и ее потребителя. При этом основная задача — снизить издержки и минимизировать стоимость услуги именно для ее потребителя.

Согласование спроса и предложения может происходить на основе одной из двух моделей: системы предложений или с использованием соревновательных механизмов. Первая предполагает, что занятые получают предложения с заранее установленной ценой, которые они могут принимать или отклонять. В основе второй лежит конкурентная борьба исполнителей за размещенный на платформе заказ: она может основываться на системе тестовых заданий (как правило, это относится к заказам, размещенным на веб-платформах и относящихся к сегменту высококвалифицированного труда) либо сводиться к ценовой конкуренции.

В зависимости от вида платформы можно выделить несколько видов построения отношений между платформой и исполнителем. Первый — при котором задачи распределяются платформой, выступающей в качестве посредника между клиентом и исполнителем (например, Яндекс.Такси, Деливери Клуб и пр.). Второй — платформа объединяет лиц, предоставляющих услуги, и выбор делается уже самим клиентом (например, платформа YouDo). Третий — когда платформа объединяет предложение услуги, из которых клиент выбирает для себя наиболее выгодное предложение (например, Airbnb).

Вид платформы и способ взаимодействия платформы с работником влияют на уровень автономии исполнителя, то есть определяют его зависимость от платформы.

Работа посредством платформы практически никогда не оформляется с помощью трудового договора. Напротив, платформа настаивает на том, что лица, которых она привлекает к работе, не состоят с ней в трудовых отношениях, а лишь получают информацию о необходимости оказания (предоставления) услуги.

В такой ситуации работник лишается возможности защитить свои права. Он полностью зависит от того, кто дает и оценивает работу. Заказчик, посчитавший, что работа выполнена ненадлежащим образом, может не оплатить ее и поручить эту работу другому исполнителю. Исполнитель же не может потребовать от заказчика произве-

сти оплату выполненной работы. При этом услуги некоторых интернет-платформ являются платными¹.

Однако работа на основе платформ имеет для исполнителей и положительные стороны. Так, лица, работающие на основе платформ, обладают значительно большей по сравнению с обычными работниками самостоятельностью в выполнении порученных им задач, не ограничены во времени, что делает эту занятость привлекательной.

Отмечается, что безусловным преимуществом включения в платформенную экономику является возможность сохранить автономность и свободу в выборе графика и объема собственной работы². Отсутствие субординации и иерархических отношений с каким-либо руководством или работодателем, то есть принципиальная независимость, оказывается самоценной для представителей молодых поколений, вышедших на рынок труда. Низкие барьеры входа в платформенную занятость и, в ряде платформ, отсутствие информации о возрасте исполнителя (например, для таксистов, курьеров) позволяют обойти дискриминацию по возрасту и обеспечить работой лиц старшего возраста. Возможность самостоятельно регулировать график труда приобретает ключевое значение в том случае, если включение в платформенную занятость является способом поиска дополнительного дохода, подработок, а также для граждан с семейными обязанностями (воспитывающих маленьких детей, ухаживающих за членами семьи с ограниченной автономностью). Развитие веб-платформ принципиально увеличивает возможности удаленной занятости: с одной стороны, они позволяют расширять географию поиска заказов и клиентов, выходить на национальный или международный рынок труда, физически оставаясь в пределах региона или страны проживания, а с другой — становятся эффективным инструментом включения в занятость целых групп населения, временно или постоянно ограниченных в мобильности или не имеющих возможности работать по жесткому графику³.

В качестве преимущества платформенной занятости часто называется сдельный характер оплаты труда, при которой расчет вознаграждения выплачивается сразу и из него не удерживаются налоги либо какие-либо иные обязательные отчисления. Это позволяет

¹ Там же.

² Eurofound (2018c) Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/219377081.pdf>

³ См.: Платформенная занятость: определение и регулирование / авт. кол.: О.В. Синявская, С.С. Бирюкова, А.П. Аптекарь, Е.С. Горват, Н.Б. Грищенко, Т.Б. Гудкова, Д.Е. Карева; Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Институт социальной политики. М., 2021.

гибко регулировать нагрузку, подстраивая ее под жизненные обстоятельства и личные финансовые потребности¹. В то же время в ситуации, когда платформенная занятость является основным или единственным источником дохода, преимущества, связанные с гибкостью графика занятости, размываются: нередки случаи, когда лицо, сотрудничающее с платформой, вынуждено работать со значительной нагрузкой и гораздо больше рабочих часов, чтобы обеспечить себе заработок, достаточный для поддержания хотя бы минимальных потребностей. Кроме того, отсутствие социальных отчислений исключает лиц, являющихся работниками платформы, из системы социального страхования, что также значительно снижает уровень их защищенности.

С точки зрения характера отношений в платформенной экономике можно выделить два типа занятых. Во-первых, это работники, заключившие трудовой договор с платформой и обеспечивающие ее существование. Во-вторых, это исполнители, которые сотрудничают с платформой, получая от нее заказы. Занятые из первой группы сотрудничают с платформами в рамках национального трудового законодательства и являются наемными работниками либо заключают срочные контракты на выполнение конкретных задач. На них распространяются все гарантии и защитные механизмы, предусмотренные национальным законодательством, и в отношении этого сегмента платформенной занятости не возникает коллизий².

Интерес представляет вторая категория работников, которая идентифицируется как «самозанятые», «ложно самозанятые», «зависимые самозанятые» «экономически зависимый самозанятый» (Испания), «зависимый подрядчик» (Швеция), «зависимый предприниматель» и «зависимые самостоятельно занятые» (Великобритания), «автономный работник», «лицо, схожее с работником» (Австрия) и «лицо, похожее на сотрудника» (Германия), «квази-работник» (Бельгия) и т.п.

В отечественной литературе укоренились термины «самозанятый» и «экономически зависимый самозанятый». При этом их легальное определение с точки зрения законодательства о занятости отсутствует, поскольку имеющиеся сегодня в российском законодательстве определения самозанятого связаны только с фискальными целями и приспособлены исключительно для достижения задач налогового права и налогового администрирования.

¹ Там же.

² Там же.

В правовой литературе в отношении статуса самозанятых предлагается ввести термин «зависимые» самозанятые или квазиработники¹, которые в силу своего экономического положения вынуждены соглашаться на работу в условиях платформы без заключения трудового договора². Нередко трудовые отношения «маскируются» под самозанятость с тем, чтобы обойти трудовое законодательство, избежать социальных отчислений или налоговых обязательств, которые могут быть возложены исключительно на работодателей. Таким образом, замаскированная занятость может также способствовать возникновению неформальной занятости, а в ряде случаев, и переносу возникших отношений из правового поля в неформальный сектор экономики. Кроме того, деятельность, связанная с использованием таких форм занятости, может привести к недобросовестной конкуренции с законопослушными предприятиями и, в конечном счете, стимулировать социальный демпинг, ухудшение условий труда³.

Однако введение подобной категории работников и распространение на них трудового законодательства будут находиться в противоречии с некоторыми концептуальными положениями трудового права, которые определяют работника как лицо, вступившее в не-самостоятельные, наемные отношения, подчиняющееся хозяйской власти работодателя.

Таким образом, при разработке и принятии поправок в трудовое законодательство в целях его модернизации следует с осторожностью отнестись к расширению термина «работник», так как самое простое решение — механическое распространение на зависимых самозанятых норм законодательства о труде — не только не приведет к достижению желаемой цели, а лишь вынудит бизнес снова уйти в «тень», чтобы искать иные возможности удешевления затрат на рабочую силу.

Представляется, что оптимальным было бы в законодательстве о занятости легализовать понятие «зависимого самозанятого», кото-

¹ Rönmar M. The Personal Scope of Labour Law and the Notion of Employee in Sweden // The 7th JILPT Comparative Labour Law Seminar. Tokyo, 9–10 March 2004. Tokyo, 2004. P. 159–165. URL: <https://portal.research.lu.se/>

² Valerio De Stefano. The rise of the «just-in-time workforce»: on-demand work, crowdwork, and labour protection in the «gig-economy» / Valerio De Stefano ; International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. Geneva, 2016. Conditions of work and employment series; No. 71. URL: https://www.pdfFiller.com/279688657-wcms_443267pdf-The-rise-of-the-just-in-time-workforce-On-demand-bworkb-bb-ILO-ilo

³ Там же.

рый должен иметь возможность пользоваться определенным пакетом социальных гарантий, таких как право на отдых, на объединение в профессиональные союзы, на минимальный размер оплаты труда, на оплату периода временной нетрудоспособности и пр.

О.В. Чесалина отмечает, что также как и в трудовом законодательстве, для того чтобы реагировать на изменения в структуре самозанятых, применяются различные законодательные техники и механизмы. При этом ставятся следующие цели: во-первых, обеспечить социальную защиту лицам, которые в ней нуждаются, и гарантировать им приемлемый уровень социальной защиты и, во-вторых, по возможности снизить бремя социальных страховых взносов для самозанятых¹.

Безусловно, проблема правового регулирования работы посредством Интернет-платформ не может быть решена без переосмысления понятия «работодатель».

Так, И. Прассл и М. Рисак предлагают принять функциональную концепцию работодателя и определить пять основных функций, которые имеют работодатели: (i) начало и прекращение трудовых отношений, (ii) получение труда и его плодов, (iii) обеспечение работы и оплаты, (iv) управление корпоративным внутренним рынком и (v) управление предприятием и внешним рынком. Авторы указывают, что договорная идентификация работодателя может быть заменена функциональной концептуализацией, которая оценивает, выполняет ли платформа эти пять функций. Взяв в качестве примера Uber, исследователи полагают, что несмотря на то, что Uber отрицает то, что он является работодателем, он все же выполняет перечисленные функции, позволяющие определить его как работодателя².

Кроме того, в экономической литературе сделан вывод о том, что во многих случаях фирмы используют самозанятость и другие формы трудовых отношений, сокращающие обязательства работодателя, чтобы избежать уплаты в фонды социального страхования. В связи с этим взносы на социальное страхование предлагается заменить взносами на использование труда³. По мнению Колина Крауча, «пользователем услуг труда выступает любой человек или организация, осуществляющие любой из перечисленных ниже видов деятельности, приносящий доход, связанный с услугами труда: офор-

¹ Чесалина О.В. Указ. соч.

² Jeremias Prassl and Martin Risak Uber. TaskRabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Labour Law of Crowdwork. // The New Foundations of Labour Law. 2017. P. 112.

³ Крауч К. Указ. соч. С. 119.

мляет трудовой договор, приобретает услуги труда, или позволяет получать и извлекать доходы от предоставления платформы, посредством которой потребители и непосредственные исполнители устанавливают отношения и взаимодействуют друг с другом»¹.

Самое основное, что должно быть заложено в нормативных актах — использование платформ не должно быть инструментом, с помощью которого организации будут уклоняться от регулирования, используя различные схемы, позволяющие избежать обязательных социальных отчислений.

Возникает вопрос, может ли данный подход быть применен в российском законодательстве. В настоящее время в Российской Федерации, как и в большинстве стран континентальной Европы, работодатель определяется как физическое лицо либо юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником. Такое понимание также ограничивает возможность в судебном порядке правильно определить возникающие отношения, так как формально-юридически никакого трудового договора между интернет-платформой и исполнителем не возникает. Однако применение вышеперечисленных критериев, выработанных наукой, и придание им нормативного значения позволит дать адекватный ответ вызовам цифровой экономики и добиться достойных условий жизни и работы для весьма значительной категории работающих.

Бороться с неустойчивой занятостью с участием интернет-платформ можно, на наш взгляд, используя комплекс методов.

Во-первых, необходимо поставить агрегаторов в определенные законодательные рамки, дабы они так же, как и работники, участвовали в несении социальных рисков, пусть и не в таких масштабах, как обычные работодатели. Возложение на агрегаторов обязанности по уплате страховых взносов или иных социально-значимых платежей в связи с использованием труда «зависимых самозанятых» позволит искоренить недобросовестную конкуренцию и будет способствовать защите социально-трудовых прав.

Во-вторых, следует определить правовой статус экономически зависимых самозанятых. Их можно приравнять к работникам, и тогда в трудовом законодательстве должны быть закреплены критерии, по которым такие лица смогут быть идентифицированы. Второй вариант — принятие специального законодательства о самозанятых лицах, в котором будет решен в том числе и вопрос о гарантиях их социальных и трудовых прав, а также праве на пенсионное обеспе-

¹ Там же. С. 120.

чение и обеспечение пособиями (например, по временной нетрудоспособности).

В-третьих, изменить критерии определения понятия «работодатель», заменив формальные признаки функциональными. Это позволит повлиять на судебную практику, которая в настоящее время не дает значительной категории граждан возможности эффективно защищать свои социально-трудовые права.

В-четвертых, можно было бы реформировать систему социального страхования для экономически зависимых самозанятых, распределив бремя уплаты страховых взносов между агрегаторами, посредниками и самозанятыми лицами.

Общепризнано, что одной из основных особенностей метода трудового права является сочетание единства и дифференциации. При этом основания дифференциации не могут быть неизменными: меняются условия труда, экономический уклад и способ хозяйствования, на смену промышленному производству приходит цифровая экономика. Однако если причина дифференциации выбрана произвольно, без всестороннего учета различных факторов, то и дифференциация оказывается неоправданной, хотя в основе ее лежат критерии, которые при иных обстоятельствах могут и должны быть учтены в законодательстве¹.

Правоту Ю.П. Орловского можно проиллюстрировать примерами из новейшего законодательства, регламентирующего труд дистанционных работников.

В связи с пандемией и массовым переходом работников на дистанционную работу ожидалось, что будут изменены основополагающие подходы к дистанционному труду. Определенные шаги в этом направлении были законодателем предприняты, но они скорее озадачивают правоприменителя, нежели вносят ясность в вопросы, поставленные практикой.

В настоящее время с позиции российского законодателя дистанционным трудом может считаться любая работа из дома или мобильная работа (обслуживание клиентов вне офиса, когда работа не осуществляется из дома, но и не привязана к какому-либо стационарному офису). При этом содержание трудовой функции работника совершенно не важно: преподаватель, читающий лекции непосредственно в аудитории, является обычным работником, а использующий из дома программу Zoom или Teams — дистанционным.

¹ Орловский Ю.П. Отражение проблемы единства и дифференциации трудового права в Основных законодательствах о труде / В кн.: Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П. Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 351.

Медицинский представитель, проводящий конференцию для врачей очно, является обычным работником, а отправляющий из дома отчет об этой конференции по корпоративной почте или иначе взаимодействующий с работодателем через сети общего пользования, — дистанционным.

Подобный подход представляется весьма спорным, поскольку основание дифференциации — работа вне места нахождения работодателя — является довольно размытым. Если соглашаться с большинством ученых, что выделение трудового договора с дистанционным работником в отдельную группу договоров обусловлено объективными факторами дифференциации, в частности, спецификой и характером дистанционной работы¹, то при избранном законодателем подходе никакого особого характера дистанционной работы выделить не удастся.

В новой редакции ТК РФ учтен опыт 2020 г., когда выполнение работниками трудовой функции дистанционно стало необходимо для большинства работодателей, тут же столкнувшихся с невозможностью немедленного изменения условий трудовых договоров в одностороннем порядке. Статья 312⁹ ТК РФ теперь предусматривает еще один вид дистанционной работы, осуществляемый в порядке временного перевода по инициативе работодателя в исключительных случаях. При этом в ст. 312¹ ТК РФ данный вид дистанционной работы не упоминается, более того он не регулируется ни трудовыми договорами, ни дополнительными соглашениями к ним. В то же время можно сделать вывод, что данный вид дистанционной работы относится к временной дистанционной работе, поскольку упоминается в части третьей ст. 312⁴ ТК РФ как один из случаев, когда работник выполняет дистанционную работу временно. Отсутствие упоминания об еще одном виде дистанционной работы в статье, устанавливающей общие положения ее регулирования, лишь увеличивает уровень энтропии, и так значительный для столь важной главы ТК РФ.

При этом ст. 312⁹ ТК РФ предполагает, что работник может быть временно переведен по инициативе работодателя на дистанционную работу. Термин «перевод» в данном случае вызывает существенные возражения.

Еще Н.Г. Александров писал: «Под «переводом на другую работу» следует понимать перевод на работу, не предусмотренную трудовым договором, а именно: а) на работу по другой специальности или

¹ Миронов В.И., Новикова М.В. Дистанционная работа как явление на российском рынке труда: дифференциация и дискриминация // Трудовое право в России и за рубежом. 2019. № 1. С. 38–42; № 2. С. 35–38.

должности; б) на работу на другом предприятии или учреждении, хотя бы и по той же специальности или должности; в) на работу в другой местности (хотя бы и в том же предприятии или учреждении, перемещенном в другую местность)»¹.

Согласно ч. 1 ст. 72¹ ТК РФ перевод на другую работу — это постоянное или временное изменение трудовой функции работника и (или) структурного подразделения, в котором работает работник (если структурное подразделение было указано в трудовом договоре), при продолжении работы у того же работодателя, а также перевод на работу в другую местность вместе с работодателем.

Анализируя данную норму, Л.Ю. Бугров отмечал, что в актуальном понимании перевод на другую работу является только одним из явлений, охватываемых категорией «изменение трудового договора». Под таким явлением в ст. 72¹ подразумеваются три варианта, сопряженные между собой единым правовым регулированием изменений условий трудового договора: во-первых, трудовой функции работника; во-вторых, указанного в трудовом договоре структурного подразделения; в-третьих, местности вместе с работодателем².

То есть понятие «перевод» давно сложилось в трудовом праве и имеет определенные признаки, которых лишен «перевод», упоминаемый в ст. 312⁹ ТК РФ.

Мы согласны с мнением С.Н. Ереминой, отмечающей, что перевод по действующему трудовому законодательству возможен только на другую работу, под которой подразумеваются исключительно изменения трудовой функции, структурного подразделения, того и другого одновременно, а также в случае перевода на работу в другую местность вместе с работодателем (ч. 1 ст. 72¹ ТК РФ). Ни один из этих случаев в данной ситуации не подходит, не могут здесь применяться и положения ст. 72² и 73 ТК РФ. Поэтому о каком-либо переводе говорить не приходится.

Фактически в данном случае можно говорить исключительно о смене рабочего места³.

Таким образом наделение термина «перевод» иным смыслом, противоречащим определениям, данным в разделе III ТК РФ, представляется не только нецелесообразным, но и опасным.

¹ Александров Н.Г. Советское трудовое право. М., 1954. С. 170.

² См.: Бугров Л.Ю. История и общие современные правила переводов на другую работу // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 4. С. 2—16.

³ См.: Еремина С.Н. Удаленная работа в условиях распространения COVID-19 // Трудовое право в России и за рубежом. 2020. № 3. С. 8—11.

Как отмечала С.Ю. Головина, задачей законодателя в процессе совершенствования нормативных правовых актов является построение таких правовых конструкций, которые отвечали бы правилам логики и требованиям законодательной техники. Кроме того, отраслевые юридические конструкции имеют еще один системообразующий признак — они должны вписываться в структуру всей отрасли, иметь единое значение для нормативных правовых актов, регламентирующих тот или иной вид общественных отношений¹.

Полагаем, что использование в ст. 312⁹ ТК РФ термина «перевод» затрудняет его понимание и применение, а следовательно, должно быть устранено в кратчайшие сроки.

Не менее важным является и вопрос о том, возможно ли изменение видообразующего условия трудового договора путем реализации «перевода», предусмотренного ст. 312⁹ ТК РФ². Полагаем, что изменения, внесенные в гл. 49¹ ТК РФ, также должны быть соотносимыми с положениями, регламентирующими основополагающие понятия о трудовом договоре, закрепленными в разд. III ТК РФ.

Представляется, что в гл. 49¹ ТК РФ должна быть регламентирована только постоянная дистанционная работа. Все остальные виды, определяющие дистанционный характер выполнения трудовой функции, по своей сути представляют собой способ организации труда и должны быть размещены в разделе «Рабочее время» наряду со сменной работой, ненормированным рабочим днем и др.

¹ Головина С.Ю. Трудовой договор как юридическая конструкция // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. Вып. 3. С. 65–72.

² Подробнее об этом см.: Коршунова Т.Ю. Договор о дистанционной работе как способ оформления нетипичных трудовых отношений // Журнал российского права. 2020. № 2. С. 118–122.

Воронин Юрий Викторович,
Главный финансовый уполномоченный
по правам потребителей финансовых услуг
в Российской Федерации,
заведующий центром правового обеспечения
социально-экономических реформ ИЗиСП,
заслуженный юрист Российской Федерации,
кандидат экономических наук

РЕФОРМИРОВАНИЕ ИНСТИТУТА ЗАРАБОТНОЙ ПЛАТЫ В РОССИИ КАК ИНСТРУМЕНТ СТИМУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РОСТА

В качестве главного приоритета экономической политики российского государства на период до 2026 г. Президент России В.В. Путин обозначил борьбу с бедностью. Выступая на XX съезде партии «Единая Россия» 19 июня 2021 г. глава государства заявил: «В целом наша задача — существенно повысить достаток российских семей, доходы наших граждан»¹. Задача борьбы с бедностью значится и в сформулированных в 2018 г. Президентом России национальных целях развития страны. Одна из них заключалась в снижении уровня бедности с 13,2 до 6,6 % к 2024 г.² В 2020 г. национальные цели были уточнены и срок их достижения был отнесен к 2030 г.³

Очевидно, что их следует интерпретировать не только с точки зрения социальной политики, но и как инструмент стимулирования экономического роста, повышения уровня внутреннего спроса на производимые отечественной экономикой товары и услуги, а также способ повышения ее конкурентоспособности. Это соответствует и признанным международным подходам. Международная организация труда (МОТ) неоднократно обращала внимание на то, что национальные системы социальной защиты, обеспечивая людей источником дохода, формируют платежеспособный спрос населения и

¹ Путин призвал объединить усилия для борьбы с бедностью. ИА «Прайм», 19 июня 2021 г. [Электронный ресурс] https://lprime.ru/state_regulation/20210619/833977693.html. (Дата обращения 2 сентября 2021 г.).

² Указ Президента РФ от 7 мая 2018 г. № 204 «О национальных целях и стратегических задачах развития Российской Федерации на период до 2024 года».

³ Указ Президента РФ от 21 июля 2020 г. № 474 «О национальных целях развития Российской Федерации на период до 2030 года».

тем самым способствуют структурным изменениям в экономике, экономическому росту¹.

Такая интерпретация поставленной главой государства задачи требует комплексного пересмотра подходов к регулированию, в первую очередь, трудовых отношений в Российской Федерации. Речь, главным образом, идет о необходимости повышения уровня защиты прав наемных работников, увеличения уровня оплаты их труда, а также усиления регулирования так называемой платформенной и неформальной занятости. Для этого должна быть разработана комплексная стратегия реформирования института заработной платы в экономике, интегрированная с другими документами стратегического характера, принятыми Правительством РФ.

Проблемы заработной платы в Российской Федерации

Согласно ст. 129 ТК РФ заработная плата (оплата труда работника) — вознаграждение за труд в зависимости от квалификации работника, сложности, количества, качества и условий выполняемой работы, а также компенсационные выплаты (доплаты и надбавки компенсационного характера, в том числе за работу в условиях, отклоняющихся от нормальных, работу в особых климатических условиях и на территориях, подвергшихся радиоактивному загрязнению, и иные выплаты компенсационного характера) и стимулирующие выплаты (доплаты и надбавки стимулирующего характера, премии и иные поощрительные выплаты).

По данным Росстата, в июне 2021 г. среднемесячная начисленная заработная плата работников организаций в номинальном выражении составила 58 782 руб., увеличившись за год в реальном выражении (с учетом инфляции) на 4,9 %². Следует, однако, констатировать, что рост доходов наемных работников на единицы процентов не позволяет говорить об уменьшении количества лиц, проживающих за чертой бедности³.

¹ Доклад о социальной защите в мире 2014/15: обеспечение экономического восстановления, инклюзивного развития и социальной справедливости / Группа технической поддержки по вопросам достойного труда и Бюро МОТ для стран Восточной Европы и Центральной Азии. 2015. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-moscow/documents/publication/wcms_390985.pdf

² См.: Доклад «Социально-экономическое положение России». Федеральная служба государственной статистики. [Электронный ресурс] <https://rosstat.gov.ru/compendium/document/50801>. (Дата обращения 2 сентября 2021 г.).

³ См.: Численность населения с денежными доходами ниже величины прожиточного минимума в целом по России и по субъектам Российской Федерации. Федеральная служба государственной статистики. [Электронный ресурс] <https://rosstat.gov.ru/folder/13723>. (Дата обращения 27 августа 2021 г.).



Численность населения с денежными доходами ниже величины прожиточного минимума сокращается медленными темпами и неравномерно. По состоянию на 2020 г. она составляла 17,8 миллиона человек, или 12,1% численности населения страны. При такой динамике сокращение бедности в России до уровня, обозначенного в национальных целях развития, выглядит достаточно проблематичным.

Когда применительно к задаче борьбы с бедностью мы говорим о реальных доходах населения, следует, в первую очередь, учитывать именно доходы, получаемые россиянами в результате трудовой деятельности, т.е. наемного труда, либо других форм занятости (платформенной, самозанятости и т.д.). В общей структуре доходов населения в стране трудовые доходы составляют 70%¹. Именно эта категория доходов, получаемых гражданами России, генерирует в себе риски впадения в бедность. И проблема заключается именно в неравномерном распределении получаемого национального дохода, а также в сохраняющейся практике начисления заработных плат в большинстве отраслей.

Например, рассчитываемый Росстатом для России так называемый коэффициент Джини (отражает степень неравенства в распределении доходов внутри различных групп населения) по состоянию

¹ См.: Овчарова Л.Н. Доходы, неравенство, бедность: вызовы в условиях неопределенности // Доклад о человеческом развитии в Российской Федерации за 2014 год / под ред. Л.М. Григорьева и С.Н. Бобылева. М.: Аналитический центр при Правительстве Российской Федерации, 2014. URL: <https://ac.gov.ru/archive/files/publication/a/4758.pdf>

на 2020 г. составлял 0,406¹. Примечательно, что он остается практически неизменным с 1995 г., колеблясь в сторону понижения или повышения каждый год не более чем на десятые доли процентных пунктов. Для сравнения, такой же уровень неравенства доходов населения среди стран ЕС регистрируется только в Болгарии, а среди остальных государств мира — в Доминиканской Республике, Боливии, Иране, Кении, Малайзии, Перу и некоторых других странах. В странах БРИКС коэффициент Джини выше только в Бразилии (0,5) и ЮАР (0,6). В настоящий момент этот коэффициент ниже, чем в России, в таких странах, как Китай и Индия. В других странах БРИКС этот коэффициент ниже, чем в России (ниже уровень неравенства в доходах)².

При сравнении результатов расчета указанного коэффициента в разных странах мира следует учитывать, что методика его определения, принятая Росстатом, отличается от общемировой. И фактический разрыв в доходах наемных работников может быть значительно выше. Дело в том, что при расчете их заработной платы в России статистические службы включают в нее премии и вознаграждения, выплата которых носит регулярный характер, но при этом исключают из нее выплату так называемых золотых парашютов представителям высшего управленческого звена или, например, иных видов вознаграждения в виде дивидендов по акциям или процентов от чистой прибыли организаций. Поэтому рассчитанный по принятой международной методике коэффициент Джини может оказаться для нашей страны еще более высоким.

Такой разрыв в доходах между наиболее и наименее обеспеченными социальными группами в Российской Федерации невозможно объяснить существующим разрывом в производительности труда российских наемных работников и их коллег в более экономически развитых государствах мира. В приведенной ниже таблице приводится доля заработной платы в производстве условной единицы продукции в странах ОЭСР и в России³.

Из приведенной таблицы следует, что в России доля заработной платы в стоимости производимой продукции в 2,11 раз ниже, чем в странах Организации экономического сотрудничества и развития.

¹ Федеральная служба государственной статистики. Социально-экономическое положение России. 2020 год. С. 221. URL: <https://rosstat.gov.ru/storage/mediabank/f9w652x0/osn-12-2020.pdf>

² См.: Gini Index coefficient — distribution of family Income. The World Factbook, CIA. URL: <https://www.cia.gov/the-world-factbook/>

³ См.: Бекренёв Ю.В., Бекренёва А.Ю. Заработная плата, доходы и проблемы бедности в России: социально-экономические аспекты // Теоретическая экономика. 2018. № 4.

Это говорит о том, что даже в относительных показателях, увязанных с производительностью труда, российские работодатели в основном недоплачивают своим наемным работникам и выдают им заработную плату в размере, составляющем менее половины от общемирового уровня. Подобная практика приводит к росту социальной напряженности в обществе, а также замедлению развития российской экономики.

Т а б л и ц а

**Доля заработной платы в производстве единицы продукции
в странах ОЭСР и России**

Страны	Производительность \$/час	Годовое рабочее время (часы)	Доля з/п в ед. продукции
ОЭСР	49,3	1770	0,476
Россия	23,7	1985	0,230

**Влияние размера заработной платы на эффективность
социальной политики государства**

Единый план Правительства по достижению национальных целей развития Российской Федерации на период до 2024 года указывает на необходимость поддержания уровня пенсионного обеспечения в стране выше уровня инфляции, который должен достигаться путем увеличения размера страховой пенсии по старости неработающим пенсионерам до целевых значений. В качестве таковых устанавливается обеспечение коэффициента замещения пенсией утрачиваемого заработка пенсионера на уровне, зафиксированном 102-й Конвенцией МОТ «О минимальных нормах социального обеспечения»¹.

Тем не менее анализ текущей ситуации в пенсионной системе Российской Федерации и динамики изменения ее финансовых потоков показывает, что решение этой задачи без реального реформирования системы оплаты труда в стране также является проблематичным. В период с 2011 по 2020 г. размер пенсионных выплат в стране вырос на 84,6 %. Однако уровень накопленной инфляции за тот же период составил 112,23 %. Главная причина отставания индексации пенсий от индекса потребительских цен с 2011 по 2020 г.

¹ См.: Правительство РФ. Единый план по достижению национальных целей развития Российской Федерации на период до 2024 года. [Электронный ресурс] <http://static.government.ru/media/files/j8IV1FkssLpUqI89JCXZ2mLiliLEn7H8.pdf>. (Дата обращения 12 августа 2021 г.).

заключается в превышении текущих обязательств пенсионной системы над поступающими в нее страховыми взносами.

Причиной возникающего дефицита пенсионной системы является, в частности, предоставление льгот отдельным субъектам экономической деятельности и высокотехнологичным отраслям экономики. Такие действия Правительства направлены на стимулирование их роста и повышение их инвестиционной привлекательности. Но снижение для них ставок страховых взносов не приводит к пропорциональному росту заработной платы наемных работников таких организаций. При всей экономической привлекательности решений о снижении страховых взносов такого рода решения дают предпринимательскому сообществу неверный государственный ориентир на низкую стоимость оплаты труда в стране, поскольку по своей социально-трудовой природе страховые взносы являются частью заработной платы работника, отложенной на случай его материального обеспечения при нетрудоспособности.

Построенные на страховом принципе и на принципе солидарности поколений системы пенсионного обеспечения в мире напрямую зависят именно от уровня оплаты труда в экономике. И повышение пенсий без реального роста зарплат наемных работников не представляется возможным именно в силу прямой зависимости этих двух параметров друг от друга.

Наконец, недостаточный уровень оплаты наемного труда в Российской Федерации провоцирует рост дефицита других внебюджетных социальных фондов — социального и медицинского страхования, поскольку размер взносов работодателей в них напрямую привязан к фонду оплаты труда. По данным Счетной палаты, дефицит Фонда обязательного медицинского страхования в 2020 г. составил 51,3 млрд руб. или 2,23%, а Фонда обязательного социального страхования — 62,5 млрд руб. или 7,7%. Как правило, этот дефицит погашается за счет внутренних источников самих фондов. Но его наличие не позволяет увеличивать размер социальных пособий и уровень оплаты медицинских расходов граждан до обозначенных в Едином плане по достижению национальных целей развития Российской Федерации на период до 2024 г. параметров.

Получается, что принятые в России на правительственном и президентском уровне нормативные документы стратегического характера, обозначающие национальные цели развития, диктуют необходимость более внимательного изучения проблемы оплаты труда и ее изменения в соответствии с передовыми международными практиками.

Предложения по реформированию института заработной платы в России

В соответствии с Конвенцией МОТ № 95 «Относительно защиты заработной платы» от 23 июня 1992 г. заработная плата наемным работникам может выплачиваться только в денежной форме. Однако этот документ не оговаривает структуру зарплаты, указывая только на то, что она регулируется национальным законодательством стран — участниц МОТ. Очевидно, что проблема достойной оплаты труда в Российской Федерации обусловлена не столько низкой производительностью труда, сколько предоставлением работодателем достаточно широких возможностей изменять условия ее начисления и выплаты.

В первую очередь, речь идет о включении в состав заработной платы различного рода стимулирующих выплат (премий, компенсаций и т.д.), изменение размера которых часто находится вне рамок заключаемых с работником трудовых договоров и вне зоны регулирования коллективных договоров между работодателями и профсоюзами. В соответствии с действующим законодательством размер премии, выплачиваемой сотруднику даже в регулярной форме, определяется устанавливаемыми работодателями правилами премирования. Ее размер может быть любым и многократно превышать сумму постоянного оклада работника, что противоречит разделению заработной платы на основную (постоянную) и дополнительную (переменную) части.

С одной стороны, такая схема оплаты труда в России используется работодателем для стимулирования роста производительности труда наемных работников. Однако, как указано выше, размер оплаты единицы произведенной условной продукции в стране остается более чем в два раза ниже, чем в большинстве развитых и в части развивающихся стран. С другой стороны, отсутствие регулирования структуры заработной платы и соотношения ее составных частей на государственном уровне делает наемного работника более слабой и зависимой от работодателя стороной в сфере трудовых отношений.

Таким образом, основным направлением реформирования института заработной платы в Российской Федерации должны стать усиление защиты прав наемных работников на ее получение в полном объеме и исключение возможности манипуляции ею со стороны работодателя. Опыт реформ систем оплаты труда наемных работников, проведенных в западноевропейских странах после Второй мировой войны, показывает, что решить эту проблему можно путем введения почасовой системы начисления заработной платы, а также

пересмотра параметров определения минимального размера оплаты труда (МРОТ). Методология расчета МРОТ при этом должна ориентироваться не только на удовлетворение первичных физиологических потребностей индивидуума, но и включать в себя расчет средней стоимости аренды жилья, обучения несовершеннолетних членов семей наемных работников, оплату других социальных и культурных потребностей.

Необходимо прекратить практику предоставления преференций отдельным категориям предпринимателей по уплате страховых взносов на цели обязательного социального страхования, тем более, что результативность такого рода мер системно не анализируется федеральными органами исполнительной власти, а сами принятые меры не корректируются в зависимости от получения или неполучения ожидавшегося при их введении экономического эффекта. Вместо страховых льгот, предоставляемых государством предпринимателям по категориальному или региональному принципу, целесообразно практиковать точечные целевые бюджетные субсидии конкретным предпринимателям, в развитии бизнеса которых заинтересовано все общество, компенсирующие им уплату страховых взносов по общим для всех работодателей тарифам. Такой подход был предусмотрен еще в Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации, утвержденной распоряжением Правительства РФ от 25 декабря 2012 г. № 2524-р, однако он не реализован до сих пор.

Росту оплаты труда в стране, безусловно, могла бы способствовать сбалансированная государственная политика в области трудовой миграции. Возможность использования более дешевого по своей стоимости труда мигрантов (по сравнению со стоимостью труда россиян) оказывает демпинговое негативное влияние на формирование уровня заработной платы в Российской Федерации. Очевидно, что имея практически неограниченную возможность импорта дешевой рабочей силы, российский предпринимательский корпус не заинтересован в повышении заработной платы для своих работников. Эту ситуацию ярко иллюстрирует недавняя история, когда, несмотря на запрет на въезд в Россию мигрантов по причине пандемии коронавируса, строительное лобби смогло добиться для себя исключения из этого санитарно-эпидемиологического запрета вместо того, чтобы привлечь для выполнения строительных работ россиян путем предложения им привлекательной заработной платы, соответствующей реальной себестоимости труда работников на стройке.

Повышение оплаты труда и на этой основе повышение социального обеспечения в нашей стране имеют важнейшее значение для

развития российского общества. Однако этот позитивный процесс невозможен без активной регулирующей роли государства, которое не только определяет миграционную политику, но и располагает другими эффективными регуляторными инструментами — установлением минимальных гарантий оплаты труда (например, того же МРОТ), налоговым стимулированием предпринимателей к повышению уровня оплаты труда россиян до уровня реальной себестоимости их труда и к конвертации различного рода натуральных льгот и социальных пакетов в заработную плату, эффективным контролем и надзором в целях недопущения маскировки наемных работников под фрилансеров (поденщиков) и латентной безработицы (через понуждение работников к переходу на неполный рабочий день или неполную рабочую неделю, к уходу в отпуска без сохранения заработной платы и т.п.).

Реформирование института заработной платы в России и стремление Правительства к установлению справедливой платы за труд станут индикатором серьезности отношения государства к своей социальной функции, а также создадут дополнительные стимулы для экономического роста, основанного на увеличении емкости внутреннего спроса.

*Шелютто Марина Львовна,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП,
кандидат юридических наук*

ЗАЩИТА МАЛОИМУЩЕГО ДОЛЖНИКА ОТ БЕДНОСТИ ПРИ ПРИНУДИТЕЛЬНОМ ИСПОЛНЕНИИ ТРЕБОВАНИЙ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ДОКУМЕНТА И ИНЫХ УДЕРЖАНИЯХ ИЗ ДОХОДА: НЕ ВСЕ ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕШЕНЫ

Большое в масштабах страны социально-экономическое значение в силу массовости и совокупной величины приобрели долги граждан по кредитным договорам¹, микрозаймам², оплате жилищно-коммунальных услуг³. При неисполнении или ненадлежащем исполнении гражданином своих обязательств, в том числе возникших по другим основаниям, в конечном итоге он становится или может стать стороной (должником) в исполнительном производстве и оказаться вместе с семьей на грани выживания, что не может быть безразлично обществу и государству. Первая из 17 целей Повестки дня в области устойчивого развития на период до 2030 г. — искоренение бедности во всех ее формах.

Законодательство об исполнительном производстве призвано обеспечить удовлетворение требований взыскателей, от чего в случае с кредитными организациями, организациями ЖКХ может зависеть их экономическая устойчивость. В то же время и интерес должника, и публичный интерес состоят в том, чтобы должник сохранил уровень материального обеспечения, позволяющий ему и зависимым от него материально членам его семьи остаться в рамках социальной жизни, принимая во внимание минимальные стандарты потребления в той местности, где они проживают.

¹ По состоянию на 1 марта 2021 г. сумма просроченной задолженности по кредитам физических лиц составила 976,1 млрд руб. URL: <https://tass.ru/ekonomika/11067399>

² По состоянию на февраль 2021 г. просроченная задолженность по микрозаймам перед микрофинансовыми организациями составляла 59,6 млрд руб. URL: <https://thebell.io/chislo-prosrochennyh-mikrokreditov-v-rossii-dostiglo-istoricheskogo-rekorda>

³ По состоянию на 1 декабря 2020 г. общая сумма долгов россиян за жилищно-коммунальные услуги, находящихся на взыскании у судебных приставов, превысила 76 млрд руб. В январе — ноябре 2020 г. с учетом остатков от предыдущих лет у приставов находилось свыше 6,1 млн исполнительных производств о взыскании задолженности по ЖКХ на 144 млрд руб., 3,8 млн из них на сумму более 77,2 млрд рублей было возбуждено непосредственно в 2020 г. URL: <https://tass.ru/ekonomika/10410731>

Это выражается в таких принципах исполнительного производства, как уважение чести и достоинства гражданина, неприкосновенность минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи (п. 3 и 4 ст. 4 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (в первоначальной редакции), далее — Закон об исполнительном производстве), и обеспечивается совокупностью законодательных положений, ограничивающих обращение взыскания на доходы и имущество гражданина по исполнительным документам:

- об имуществе, на которое не может быть обращено взыскание (ст. 446 ГПК РФ);

- о видах доходов, на которые не обращается взыскание (ст. 101 Закона об исполнительном производстве);

- о верхнем пределе удержаний из заработной платы и иных доходов (ст. 99 Закона об исполнительном производстве).

Практика выявила несколько проблем применения указанных норм, которые нередко делали предоставляемую законом защиту должника в исполнительном производстве довольно эфемерной и в последнее время были частично законодательно разрешены.

Во-первых, отдельные виды доходов должника-гражданина освобождены от обращения взыскания¹, однако отграничить защищенные от взыскания доходы в случае их поступления на счет должника в кредитной организации от других видов его доходов, на деле оказалось трудноисполнимой задачей.

Во-вторых, из-за отсутствия прямого запрета производить арест поступившего на счет должника— гражданина в кредитной организации его дохода (последнего периодического платежа) в размере, превышающем максимально допустимый по закону предел удержаний, складывалась парадоксальная ситуация, когда, с одной стороны, обратить взыскание на доход в виде последнего периодического платежа в размере, превышающем установленный в постановлении судебного пристава-исполнителя предел, было нельзя, но, с другой стороны, все денежные средства на счете должника в кредитной организации могли быть в ходе исполнительного производства по постановлению судебного пристава-исполнителя заблокированы. Как следствие их ареста должник, невзирая на провозглашенные принципы исполнительного производства, не мог воспользоваться суммами, предоставленными ему в качестве средств к существованию, даже в минимально необходимом объеме.

¹ При этом часть установленных ограничений не применяется при взыскании алиментов на несовершеннолетних детей и возмещения вреда в связи со смертью кормильца (ч. 2 указанной статьи).

Выход был найден а) в присвоении кодов защищенным доходам в распоряжении об их переводе лицами, перечисляющими их на банковский счет должника-гражданина, и одновременно б) в возложении на кредитную организацию при взыскании или аресте денежных средств обязанности соблюдать ограничения в отношении закодированных доходов, а также лимит допустимых удержаний применительно к последнему периодическому платежу, для чего производить расчет денежных сумм по каждому счету должника-гражданина исходя из установленных ограничений и руководствуясь присвоенными кодами. Эти меры были предусмотрены в Законе об исполнительном производстве посредством его изменения Федеральным законом от 21 февраля 2019 г. № 12-ФЗ¹. Стоит отметить, что попытка законодательно исключить арест защищенных доходов на счетах должника предпринималась и ранее, в 2016 г., но она не увенчалась успехом².

В-третьих, в числе положений, направленных на защиту должника-гражданина, подлежали применению правила ст. 99 Закона об исполнительном производстве об удержании при исполнении исполнительного документа (нескольких исполнительных документов) не более 50%, а при взыскании алиментов на несовершеннолетних детей, возмещении вреда, причиненного здоровью, возмещении вреда в связи со смертью кормильца и возмещении ущерба, причиненного преступлением, — не более 70% заработной платы и иных доходов ежемесячно³.

¹ Соответствующий проект федерального закона № 223147-7 был внесен депутатами Государственной Думы В.А. Васильевым, С.И. Неверовым, А.К. Исаевым. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/223147-7>. Во исполнение Закона об исполнительном производстве в редакции Федерального закона от 21 февраля 2019 г. № 12-ФЗ порядок указания кода вида дохода определен в Положении Банка России от 29 июня 2021 г. № 762-П «О правилах осуществления перевода денежных средств», а приказом Минюста России от 27 декабря 2019 г. № 330 утвержден Порядок расчета суммы денежных средств на счете, на которую может быть обращено взыскание или наложен арест, с учетом требований, предусмотренных статьями 99 и 101 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее — Порядок расчета суммы денежных средств на счете, на которую может быть обращено взыскание или наложен арест).

² См.: Проект федерального закона № 1039332-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «Об исполнительном производстве», внесенный депутатом Государственной Думы О.Л. Михеевым и отклоненный 18 января 2017 г. URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/1039332-6>.

³ В случае обращения взыскания на денежные средства, находящиеся на счетах должника, на которые работодателем производится зачисление заработной платы, эти ограничения применяются только к сумме последнего периодического платежа.

В советский период и первые послесоветские годы максимальный предел взыскания был существенно ниже: 20%, а по привилегированным видам требований и при обращении взыскания на заработную плату по нескольким исполнительным документам 50% (ст. 383 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г., далее — ГПК РСФСР). Переход к повышенным значениям ограничения был осуществлен на основании Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 119-ФЗ «Об исполнительном производстве» (ст. 66)¹.

Увеличение максимально допустимого размера удержания сопровождалось редакционными изменениями указанных положений, имевшими юридический смысл. Если в ГПК РСФСР говорилось о том, что «может быть удержано... пятьдесят процентов... двадцать процентов...», то в действующем Законе об исполнительном производстве, как и в Законе 1997 г., сказано несколько иначе: «может быть удержано не более пятидесяти процентов», «размер удержания... не может превышать семидесяти процентов».

Из такой формулировки следует, что размер удержания из заработной платы и иного доход должника-гражданина по усмотрению судебного пристава-исполнителя (а в случае обжалования его действий (бездействия) по постановлению суда) допускается в меньшем размере, чем установленное ограничение, с учетом — в силу приведенных выше принципов исполнительного производства — конкретной ситуации, в которой находится должник.

Во всяком случае, такое толкование рассматриваемых положений Закона об исполнительном производстве вытекало из постановления Конституционного Суда РФ от 12 июля 2007 г. № 10-П по делу о проверке конституционности положения абзаца третьей части первой ст. 446 ГПК РФ в связи с жалобами граждан В.В. Безменова и Н.В. Калабуна, согласно которому «обеспечивая возможность удовлетворения интересов и защиты имущественных прав управомоченного в силу гражданско-правового обязательства лица (кредитора, взыскателя), законодатель должен исходить из конституционной обязанности Российской Федерации как социального государства заботиться о благополучии своих граждан, сохраняя им условия для нормального существования, а также из конституционных основ правового статуса личности... когда в рамках исполнительного производства возникает необходимость обращения взыскания на принадлежащее гражданину-должнику на праве собственности имущество, с тем чтобы не умалялось достоинство личности и не нарушались социально-экономические права гра-

¹ Утратил силу со дня вступления в силу Закона об исполнительном производстве.

ждан», «законодательная регламентация обращения взыскания по исполнительным документам должна осуществляться на стабильной правовой основе сбалансированного регулирования прав и законных интересов всех участников исполнительного производства с законодательным установлением пределов возможного взыскания, не затрагивающих основное содержание прав должника и одновременно отвечающих интересам защиты прав кредитора (охватывающих его право требования), с целью предотвращения либо уменьшения размера негативных последствий неисполнения обязательства должником», а также из последовавшей за этим постановлением серии определений Конституционного Суда РФ¹.

Однако реализация заложенной законодателем в ст. 4 и 99 Закона об исполнительном производстве идеи оказалась затруднена. Мера учета интересов малоимущих должников путем обращения взыскания на заработную плату и иной доход не в предельно допустимом, а в меньшем размере зависела от усмотрения судебного пристава-исполнителя и суда, а о допустимости полного освобождения от взыскания ежемесячного дохода должника-гражданина, не сводившегося к защищенным видам дохода, если его снижение в результате удержаний не позволяет удовлетворять элементарные потребности человека, ни в названном Законе, ни в актах Конституционного Суда РФ прямо не говорилось.

Анализ судебной практики судов общей юрисдикции и Конституционного Суда РФ показал, что судебные приставы-исполнители продолжали во многих случаях устанавливать максимальный предел удержания без учета материального положения должника или снижали его, но недостаточно для обеспечения выживания должника. В результате должники, в первую очередь пенсионеры и работники с низким доходом, которых более всего затрагивала такая практика обращения взыскания на их ежемесячный доход, были вынуждены добиваться осуществления принципов исполнительного производства в их отношении путем снижения размера удержаний в судебном порядке.

По целому ряду дел должникам приходилось обращаться в высшую судебную инстанцию — Верховный Суд РФ, поскольку районные суды, суды апелляционной и кассационной инстанций их жалобы отклоняли несмотря на то, что производимые удержания лишали должников прожиточного минимума: например, у должника

¹ См.: определения Конституционного Суда РФ от 13 октября 2009 г. № 1325-О-О, от 15 июля 2010 г. № 1064-О-О, от 22 марта 2011 г. № 350-О-О, от 17 января 2012 г. № 14-О-О, от 24 июня 2014 г. № 1560-О, от 28 февраля 2019 г. № 449-О, от 25 июня 2019 г. № 1719-О, от 19 июля 2016 г. № 1713-О, от 18 июля 2019 г. № 2065-О, от 1 октября 2019 г. № 2569-О.

после удержания оставалось 5074 руб. 84 коп.¹, 8098 руб. 45 коп.², 5292 руб. 67 коп.³

Имеется прецедент, когда удержание осуществлялось в размере 50% с пенсии, сумма которой составляла 9323 руб. 29 коп., тем не менее судами всех инстанций, включая Верховный Суд РФ, такой размер удержания со ссылкой на ст. 99 Закона об исполнительном производстве был сочтен законным как не превышающий установленный в ней лимит удержаний⁴.

В нескольких случаях решение о снижении размера удержаний принималось судебным приставом-исполнителем только после обращения должника с жалобой в Конституционный Суд РФ⁵.

При этом комплекс aggravирующих обстоятельств, сопутствующих статусу пенсионера — пожилой возраст, плохое состояние здоровья, стабильно низкий уровень дохода, недостаточная юридическая грамотность, не способствовали должникам в активной защите своих прав и интересов, и далеко не все из них имели реальную возможность осуществлять их защиту в судебном порядке.

Однако и в том случае, когда судебный пристав-исполнитель или суд по заявлению должника, обратившегося с жалобой на действия судебного пристава-исполнителя, понижали исходя из необходимости обеспечения минимальных потребностей должника долю его дохода, которая подлежит удержанию, условие о соблюдении прожиточного минимума для должника и его иждивенцев, вытекающее из принципов исполнительного производства, далеко не всегда соблюдалось. Должнику в лучшем (и редком) случае оставалось 80% дохода, что при размере пенсии 14 тыс. руб.⁶ составляет ежемесячно 11 200 руб. Из-за такого размера пенсии и указанного удержания у должника и его иждивенцев нет достаточных средств на пропитание,

¹ См.: определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 14 февраля 2018 г. № 25-КГ17-41.

² См.: определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 21 января 2019 г. № 44-КГ18-25.

³ См.: кассационное определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 4 октября 2019 г. № 4-КА19-26.

⁴ См.: определение Судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 21 февраля 2018 г. № 48-КГ17-22.

⁵ См., например: определения Конституционного Суда РФ от 18 июля 2019 г. № 2065-О, от 1 октября 2019 г. № 2569-О.

⁶ Средний размер пенсии в России (определяется делением общей суммы назначенных пенсий на численность пенсионеров, состоящих на учете в системе Пенсионного фонда Российской Федерации) по состоянию на 1 января 2021 г. составил 15 744 руб. URL: <https://www.vedomosti.ru/economics/news/2021/03/29/863596-v-mintrude-nazvali-srednii-razmer-pensii-v-rossii>

предметы первой необходимости, образуется долг по уплате коммунальных платежей и т.д.

Зарубежное законодательство не игнорирует рассматриваемую проблему.

Так, в Греции на зарплату и пенсию взыскание вообще не обращается, за исключением требований о взыскании алиментов. В Швеции не обращается взыскание на сумму дохода, необходимую для содержания должника и членов его семьи. В Чехии такая сумма ежегодно определяется правительством. Во Франции из дохода исключается сумма, необходимая для содержания должника, которая ежегодно устанавливается, при этом учитываются иждивенцы должника. В Латвии должнику должна оставаться сумма минимальной заработной платы в расчете на должника, каждого члена его семьи и иждивенцев, а в случае взыскания алиментов на несовершеннолетних — 50% от указанной суммы. В Австрии сумма дохода, которая не подлежит удержанию, зависит от уровня дохода должника и числа его иждивенцев и публикуется на сайте министерства юстиции; с учетом индивидуальных обстоятельств кредитора и должника эта сумма может быть увеличена или уменьшена. В Испании удержание не производится с суммы, равной минимальной оплате труда, которая определяется правительством ежегодно; обращение взыскания на доход, превышающий эту сумму, лимитируется в зависимости от размера превышения: чем выше сумма превышения, тем выше максимальный предел удержания. В Португалии должно быть сохранено 2/3 чистого заработка, пенсии и иных периодических доходов, причем указанный относительный лимит сопровождается лимитом абсолютным: если должник не имеет других доходов, за ним сохраняется доход не менее минимальной оплаты труда, а в случае взыскания алиментов — не менее суммы пенсии без дополнительного финансирования пенсионных накоплений¹.

В Финляндии защищенная часть дохода устанавливается ежегодно приказом Министра юстиции в абсолютных значениях: в 2021 г. в Финляндии она составляла 22,71 евро в день для должника (выросла на 8 евро по сравнению с 2020 г.) и 8,15 евро для его иждивенцев (выросла на 3 евро по сравнению с 2020 г.), итого в месяц (на 30 дней) на одного должника 681,30 евро, для должника с одним иждивенцем — 925,80 евро, с двумя иждивенцами — 1170,30 евро и т.д. Если доход должника исчерпывается защищенной суммой, то

¹ Сведения о законодательстве стран — членов Евросоюза в сфере исполнительного производства доступны на сайте портала European e-Justice. URL: https://beta.e-justice.europa.eu/52/EN/how_to_enforce_a_court_decision

он освобождается от взыскания. Предельный размер удержания с суммы, превышающей защищенную, зависит от того, во сколько раз доход должника превышает защищенную сумму, при этом применяется несколько разных формул определения доли дохода, на которую обращается взыскание: в случаях превышения защищенной суммы в два раза (взыскание обращается примерно на 17 % дохода); более чем в два, но менее чем в четыре раза (взыскание обращается примерно на 33 % дохода); в четыре и более раза (взыскание обращается примерно на 40 % дохода), но должнику не может оставаться менее 50 % его ежемесячного дохода¹.

Таким образом, в указанных европейских странах установление верхнего предела удержаний в процентном или долевым отношении к доходу должника-гражданина сопровождается определением неприкосновенного минимума в абсолютном выражении с учетом как самого должника, так и его иждивенцев. В отдельных странах, кроме того, нормативно зафиксировано соотношение уровня удержаний и уровня его ежемесячного дохода, при этом первая из величин зависит от второй. Указанный подход выглядит явно более гибким и справедливым.

Предпринимавшиеся с 2013 г. неоднократные попытки законодательно исправить сложившуюся в нашей стране ситуацию в отношении применения ограничения удержаний из заработной платы и иных доходов должника-гражданина Правительством РФ и вслед за ним Государственной Думой Федерального Собрания РФ упорно отвергались². Правительство в официальных отзывах на законопро-

¹ URL: <https://ulosottolaitos.fi/en/index/informationonenforcement/informationfordebtors/calculationofthegarnishedamount.html>

² См. отклоненные проекты федеральных законов и официальные отзывы Правительства РФ на них: отклоненный 16 сентября 2014 г. законопроект № 284308-6 «О внесении изменений в статью 101 Федерального закона «Об исполнительном производстве», внесенный депутатом Госдумы В.С. Селезевым (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/284308-6>); отклоненный 1 декабря 2015 г. законопроект № 874953-6 «О внесении изменений в статью 99 Федерального закона «Об исполнительном производстве» и часть третья статьи 138 Трудового кодекса Российской Федерации», внесенный депутатом Госдумы О.Л. Михеевым (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/874953-6>); отклоненный 18 февраля 2020 г. законопроект № 481252-7 «О внесении изменений в статью 99 Федерального закона «Об исполнительном производстве», внесенный депутатами Госдумы В.Л. Пашиным, Я.Е. Ниловым, Д.Е. Шилковым, В.В. Кулиевым (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/481252-7>); отклоненный 13 октября 2020 г. законопроект № 303743-7 «О внесении изменений в статью 99 Федерального закона «Об исполнительном производстве» (в части обеспечения государственных гарантий получения гражданами минимальных денежных доходов)», внесенный депутатами Госдумы Н.В. Костенко, Е.Б. Шулеповым, И.В. Осиповым и другими (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/303743-7>); отклоненный 17 ноября 2020 г. законопроект № 303739-7 «О внесении изменений в статью 138

екты не усматривало необходимости в установлении в законодательстве минимально гарантированной должнику суммы в абсолютном выражении, ссылаясь на то, что Закон об исполнительном производстве в первоначальной редакции предоставляет возможность судебному приставу-исполнителю устанавливать такой размер удержания, который необходим для обеспечения существования должника и членов его семьи, а в случае возникновения затруднения в исполнении судебного решения должник вправе обратиться в суд с заявлением об отсрочке или рассрочке его исполнения.

Первый довод был бы вполне справедлив, если бы, во-первых, практика применения соответствующих положений названного Закона не расходилась с его смыслом и, во-вторых, доход пенсионеров, а также части работающих граждан позволял им после обращения взыскания в самых минимальных практикуемых размерах не опускаться вместе с членами семьи за черту бедности. Что касается использования механизмов отсрочки или рассрочки исполнения, то проблема не может быть решена с их помощью, поскольку они пригодны и эффективны лишь тогда, когда финансовые трудности имеют краткосрочный характер и существует перспектива изменения материальных условий должника в лучшую сторону, но такой перспективы у пенсионеров, например, нет.

Со стороны профессиональных участников финансового рынка к уже приводившимся доводам против усиления защиты должников добавлялось небеспопеченное соображение о том, что доступ малоимущих граждан к потребительским кредитам осложнится из-за вероятных затруднений с взысканием задолженностей.

Противодействие защите должника-гражданина путем гарантированного сохранения ему и его иждивенцам прожиточного минимума в исполнительном производстве связано не только с ведомственным интересом Федеральной службы судебных приставов, а также активной позицией кредиторов и отражающих их интересы объединений и структур, имеющих для лоббирования большие по сравнению с разрозненными малоимущими должниками возможности, но и в целом с доминирующим представлением, в том числе

Трудового кодекса Российской Федерации (в части обеспечения государственных гарантий получения гражданами минимальных денежных доходов)», внесенный депутатом Госдумы В.Н. Карамышевым (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/303739-7>); отклоненный 14 апреля 2021 г. законопроект № 989241-7 «О внесении изменений в статью 99 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в части установления дополнительных гарантий для должников-граждан при обращении взыскания по исполнительным документам», внесенный депутатами Госдумы С.М. Мироновым, М.В. Емельяновым, О.А. Ниловым, О.В. Шеиным (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/989241-7>).

сложившимся у авторитетных специалистов¹, о приоритетности защиты в исполнительном производстве взыскателя.

Только после того, как вопрос о защите малоимущих должников в исполнительном производстве был поднят на встрече руководителей фракций Государственной Думы с Президентом РФ, которым было рекомендовано принять проект федерального закона, предусматривающий «защиту от списания со счетов граждан в порядке исполнительного производства денежных средств, составляющих минимальный доход таких граждан»², и доработки законопроекта № 1109997-7³, находившегося в тот период на рассмотрении, был принят Федеральный закон от 29 июня 2021 г. № 234-ФЗ «О внесении изменений в статью 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и Федеральный закон «Об исполнительном производстве»⁴.

Согласно этому Закону по заявлению должника о защите от взыскания на определенном его счете в кредитной организации заработной платы и иных доходов ежемесячно в размере прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации (прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации по месту жительства должника-гражданина для соответствующей социально-демографической группы населения, если величина указанного прожиточного минимума превышает величину прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации) судебный пристав-исполнитель будет обязан включить в свое постановление соответствующее требование, а банк или иная кредитная организация — его исполнить. При наличии у должника иждивенцев он вправе обратиться в суд с заявлением о повышении размера защищенной от взыскания суммы.

Нечто подобное в отношении аккумулирования на одном банковском счете защищенных от взыскания средств должника предусмотрено в ФРГ, где с 1 июля 2010 г. на одном выбранном должником (по его заявлению) банковском счете, называемом «Pfändungsschutzkonto» (сокращенно «P-Konto»), не блокируется базовая сумма, причем независимо от источников ее поступления. Размер ежеме-

¹ См., например: Шерстюк В.М., Ярков В.В. Исполнительный кодекс Российской Федерации. Проект. М., 2008. С. 13.

² Пункт 2 («а») Перечня поручений по итогам встречи с руководителями фракций в Государственной Думе 17 февраля 2021 г. № Пр-457. URL: <http://kremlin.ru/acts/assignments/orders/65225>

³ Законопроект № 1109997-7 (<https://sozd.duma.gov.ru/bill/1109997-7>) был внесен группой депутатов Государственной Думы и сенаторов.

⁴ Закон вступает в силу с 1 февраля 2022 г.

сячно неблокируемой суммы может быть увеличен с учетом иждивенцев и определенных дополнительных целевых доходов должника, для чего требуется подтверждение, выдаваемое источником выплат, или постановление суда. Освобождаемой от ареста суммой должник может свободно распоряжаться, но неизрасходованный остаток не сохраняется в следующем календарном месяце и идет на погашение долгов¹. С 1 июля 2021 г. базовая сумма, не подлежащая блокировке, составляет 1252,64 евро в месяц, дополнительно на одного иждивенца — 471,44 евро, на каждого следующего иждивенца — 262,65 евро. Суммы ежегодно пересматриваются с учетом роста стоимости жизни (до 2021 г. коррекция производилась раз в два года)².

Казалось бы, положение малоимущих должников теперь в России смягчено, но в действительности воспользоваться предусмотренными мерами сможет лишь часть из них, что связано с несколькими обстоятельствами, не говоря уже о том, что величина прожиточного минимума, хотя и рассчитывается в настоящее время исходя из медианного среднедушевого дохода по стране, а не из условной потребительской корзины, как это было ранее, по-прежнему не позволяет получателю дохода в размере установленного прожиточного минимума удовлетворять все минимальные ежемесячные потребности в питании, одежде, жилье, лекарствах, услугах, включая медицинские, бытовой технике, т.е. элементарно поддерживать свое здоровье и вести похожий на человеческий образ жизни.

1. Ограничение размера удержания из заработной платы и иных доходов должника-гражданина по его заявлению не применяется по исполнительным документам, содержащим требования о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного здоровью, о возмещении вреда в связи со смертью кормильца, о возмещении ущерба, причиненного преступлением. Между тем указанные требования при всей их социальной значимости не превращают должника-гражданина с его иждивенцами в растения-автотрофы, синтезирующие

¹ См.: § 850k — Zivilprozessordnung (ZPO) URL: <https://www.buzer.de/gesetz/7030/a166856.htm>. См. также: Неттерсхайм Г.Й. Актуальные вопросы развития законодательства в области исполнительного производства в Германии. Реформирование процесса сбора сведений об имуществе должника, защиты счета должника от ареста, а также перспективные направления реформы // Принудительное исполнение актов судов и иных органов. Полномочия должностных лиц при осуществлении исполнительных действий = Enforcement proceedings of court judgments and acts of other official authorities. Powers of officials at the implementation of executive actions: сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Санкт-Петербург, 6–8 июля 2010 г.) / отв. ред. А.О. Парфенчиков, Н.М. Кропачев и Д.Х. Валеев. М., 2013. С. 52–54.

² URL: <https://p-konto-zentrum.de/>

вещества для своего питания с помощью энергии солнечного излучения. Пока человек жив, кому бы и сколько бы он ни был должен, его доход не может меньше прожиточного минимума с учетом его иждивенцев, исключения допустимы только в случаях нахождения должника и его иждивенцев на полном государственном обеспечении. Ограничения ежемесячного обращения взыскания на заработную плату и иной доход должника-гражданина должны быть едиными независимо от категории требования.

Соображение о том, что взыскателям, особенно получателям алиментов и лицам, потерявшим кормильца, также требуется обеспечить прожиточный минимум, абсолютно верно, но решать проблему нужно не за счет малоимущего должника, в результате такого подхода оказывающегося вместе с иждивенцами за чертой бедности, а посредством оказания социальной помощи напрямую малоимущим взыскателям. Как было замечено М.В. Антокольской, удачно использовавшей голландскую поговорку применительно к взысканию алиментов с должника, имеющего доход, равный прожиточному минимуму или не достигающий такового, «из ошипанного петуха перьев не выдерешь»¹.

В Законе об исполнительном производстве тем не менее реализован избирательный подход, поэтому защита прожиточного минимума должника по ряду требований не осуществляется. Следовательно, вопрос об ограничении взыскания с малоимущих должников по таким требованиям должен решаться еще до стадии исполнительного производства — при рассмотрении заявления кредитора судом путем определения размера взыскиваемой суммы и порядка ее взыскания таким образом, чтобы малоимущий должник с его иждивенцами не оказался за чертой бедности. Но для этого потребуются перестройка судейского менталитета.

2. Неполноценность предоставляемой должнику защиты прожиточного минимума связана и с тем, что исполнительные документы о взыскании денежных средств могут направляться взыскателем непосредственно в банк или иную кредитную организацию, где имеется счет должника, о чем взыскателю известно, без возбуждения исполнительного производства (ст. 8 Закона об исполнительном производстве). В этом случае инструмента для сохранения прожиточного минимума должника не предусмотрено: если исполнительное производство не возбуждено, то малоимущий должник не может обратиться с соответствующим заявлением к судебному приставу-исполнителю, а судебный пристав-исполнитель не вправе выносить

¹ Антокольская М.В. Правовое регулирование алиментных отношений в зарубежных странах // Семейное и жилищное право. 2018. № 1. С. 39.

постановления, обязательные для лиц, непосредственно исполняющих требования исполнительных документов.

Кстати, при такой форме принудительного исполнения требований исполнительного документа нет реальной возможности отойти и от максимального предела ежемесячного удержания, установленного в ст. 99 Закона об исполнительном производстве в отношении последнего периодического платежа: кредитными организациями, исполняющими требования исполнительного документа без возбуждения исполнительного производства, слова «не более 50 или 70%» (подлежащих взысканию), которыми оперирует закон, «не менее 50 или 30%» (сохраняемых на счете), адресованные таким организациям в Порядке расчета суммы денежных средств на счете, на которую может быть обращено взыскание или наложен арест, читаются упрощенно как «50 или 70%» либо «50 или 30%». Кредитные организации не имеют полномочий самостоятельно, без участия судебного пристава-исполнителя, определять сумму взыскания с учетом индивидуального положения должника. В этом смысле установленные законом ограничения при расчете суммы денежных средств на счете, на которую не может быть обращено взыскание или наложен арест, вне возбужденного исполнительного производства применяются упрощенно.

С учетом этого в Законе об исполнительном производстве следовало бы предусмотреть возможность подачи должником заявления непосредственно в банк или иную кредитную организацию о сохранении ему прожиточного минимума, если взыскание осуществляется без возбуждения исполнительного производства.

Вместе с тем встает вопрос о том, каким образом предотвратить использование недобросовестным должником такой возможности в отношении нескольких кредитных организаций, исполняющих требования исполнительных документов, если он получает периодические платежи на свои счета в разных кредитных организациях и прожиточный минимум превышает 50 или 30% (в зависимости от вида требования) каждого из последних периодических платежей, поступающих на такие счета (только в случае такого превышения у должника может быть интерес в сохранении денежных средств в размере прожиточного минимума на счете). Ведь правоотношения, которые возникают между взыскателем, должником и кредитной организацией за рамками исполнительного производства, находятся вне поля зрения судебного пристава-исполнителя.

Конечно, если речь идет об исполнении требований одного исполнительного документа, то ситуация находится под контролем взыскателя (взыскателей) и они непосредственно взаимодействуют

со всеми известными им кредитными организациями, обслуживающими счета должника. В то же время гипотетически может сложиться редкая по фактическим обстоятельствам ситуация, в которой недобросовестность должника комбинируется с наличием у него нескольких счетов в разных кредитных организациях, поступлением на них периодических платежей, 50 или 30% каждого последнего из которых менее прожиточного минимума, и одновременным исполнением требований нескольких исполнительных документов в пользу не связанных между собой взыскателей. Недобросовестным должникам при таких обстоятельствах нужно создать юридический барьер.

Очевидно, что информация о счете, на котором сохраняется прожиточный минимум для должника, чтобы он был единственным, должна быть доступной для всех кредитных организаций, а также судебного пристава-исполнителя, если дополнительно возбуждено исполнительное производство на основании иного исполнительного документа. Отсутствие идеи о ресурсе для размещения такой информации и стало причиной, по которой законодательные изменения, касающиеся сохранения прожиточного минимума должника, не затронули непосредственное принудительное исполнение требований исполнительных документов кредитными организациями.

В качестве решения может быть предложено отражать факт сохранения на конкретном счете должника в кредитной организации прожиточного минимума в бюро кредитных историй. Примерно по такому пути пошли в ФРГ: для того, чтобы должник-мошенник не мог присвоить категорию «P-Konto» нескольким своим счетам одновременно, информация о счете «P-Konto» поступает в SCHUFA (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung)¹ — организацию, которая аккумулирует кредитные истории жителей ФРГ.

Поскольку с учетом принципов исполнительного производства и конституционно-правового толкования положений Закона об исполнительном производстве, а также принципа недискриминации должник вправе сохранить прожиточный минимум независимо от порядка принудительного исполнения требований исполнительного документа, в настоящее время в случае непосредственного их исполнения кредитными организациями без возбуждения исполнительного производства вопрос по требованию должника подлежит разрешению в судебном порядке.

В Обзоре судебной практики разрешения судами споров, связанных с принудительным исполнением требований исполнительных

¹ URL: <https://www.schufa.de/loesungen-unternehmen/fraudprevention/geschaeft-privatkunden/schufa-pfaendungsschutzauskunft/>

документов банками и иными кредитными организациями, утвержденного Президиумом Верховного Суда РФ 16 июня 2021 г., указывается на рассмотрение заявлений об оспаривании действий (бездействия) кредитной организации по правилам гл. 22 Кодекса административного судопроизводства РФ. Однако если в случае с отказом кредитной организации в сохранении прожиточного минимума должника, соответствующая процедура может быть приемлема, то при необходимости учета его иждивенцев она едва ли годится. Здесь в большей мере подойдет гражданское судопроизводство¹ — порядок, в котором рассматриваются заявления об отсрочке или рассрочке исполнения решения суда, изменении способа и порядка его исполнения (ст. 203, 203¹, 434 ГПК РФ). При этом существо вопроса требует обязательного извещения взыскателя о времени и месте проведения судебного заседания.

3. Ограничения ежемесячных удержаний из дохода в отношениях, как урегулированных Законом об исполнительном производстве, так и возникающих за пределами исполнительного производства, предусмотрены в части заработной платы, пенсий, денежного довольствия военнослужащего, денежных выплат гражданину, призванному на военные сборы, гражданину, пребывающему в мобилизационном людском резерве². Из всех перечисленных видов выплат, предоставляемых гражданину в качестве средств к существованию, в определенных случаях могут производиться удержания самим плательщиком на основании его собственного решения, помимо случаев обращения взыскания на доходы должника во исполнение требований исполнительных документов. При низком доходе гражданина эти правила не обеспечивают сохранение прожиточного минимума ни ему, ни его иждивенцам и нуждаются в пересмотре.

¹ На его использование в случае определения гражданских прав и обязанностей сторон исполнительного производства, хотя и применительно к оспариванию постановлений, действий (бездействия) судебных приставов-исполнителей и иных должностных лиц Федеральной службы судебных приставов, обращалось внимание в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства».

² См.: статья 138 ТК РФ, ст. 62 Закона РФ от 12 февраля 1993 г. № 4468-I «О пенсионном обеспечении лиц, проходивших военную службу, службу в органах внутренних дел, Государственной противопожарной службе, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, учреждениях и органах уголовно-исполнительной системы, войсках национальной гвардии Российской Федерации, органах принудительного исполнения Российской Федерации, и их семей», ч. 3 ст. 29 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ «О страховых пенсиях», ч. 2 ст. 12 Федерального закона от 12 июля 1999 г. № 161-ФЗ «О материальной ответственности военнослужащих».

VI. СУДОПРОИЗВОДСТВО

*Александров Александр Сергеевич,
профессор кафедры уголовного процесса
Нижегородской академии Министерства
внутренних дел Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор*

*Зайцев Олег Александрович,
главный научный сотрудник центра уголовного,
уголовно-процессуального законодательства
и судебной практики, заведующий кафедрой
подготовки юристов правоохранительных органов,
уголовного судопроизводства,
правозащитной деятельности ИЗиСП,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации,
почетный работник высшего профессионального
образования Российской Федерации*

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ДОГОВОРНЫХ МЕХАНИЗМОВ В «ЭКОНОМИЧЕСКОМ УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ»

В отечественном праве появился феномен в виде корпуса уголовно-правовых и уголовно-процессуальных норм, специально созданных законодателем примерно за последние десять лет для противодействия преступлениям в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

В науке уголовного права для обозначения этого явления используется термин «экономическое уголовное право»¹. Близким к нему по смыслу является и термин «новая экономическая уголовная политика»². Полагаем оправданным использование в уголовно-про-

¹ См.: Клепицкий И.А. Новое экономическое уголовное право: монография. М., 2020.

² См.: Зайцев О.А., Кашепов В.П. Понятие, содержание и значение современной уголовной политики в области обеспечения экономической безопасности // Уголовный закон и экономическая деятельность (соотношение частных и публичных интересов): научно-практическое пособие / В.Ю. Артемов, Н.А. Голованова, А.А. Гравина и др.; отв. ред. И.И. Кучеров, О.А. Зайцев, С.Л. Нудель. М.: Институт законодатель-

цессуальном дискурсе термина «экономическое уголовное судопроизводство». Под ним мы будем понимать специальный уголовно-процессуальный порядок применения норм «экономического уголовного права» к субъектам предпринимательской деятельности, совершившим преступления в сфере экономики.

В ряде опубликованных в последнее время научных работ даются различные определения и оценки данного уголовно-процессуального феномена¹. Чаще всего для его определения используется понятие «дифференциация уголовно-процессуальной формы», т.е. некой исходной формы всего судопроизводства, которую мы квалифицируем как смешанную, то есть следственно-состязательную.

Следственная форма досудебного производства в ее чистом виде исключает применение договорных механизмов. Она предполагает доминирование императивного метода и почти исключает понятие сторон, свободу распоряжения ими своими правами и прочие элементы диспозитивной, договорно-правовой механики.

Возможность для появления договорных механизмов возникает только с развитием состязательности, которую некоторые ученые отождествляют с диспозитивностью². Действие диспозитивности в уголовном процессе принято считать исключением, ее проявление связывают, как правило, с делами частного обвинения³.

Новое «экономическое уголовное судопроизводство» идет вопреки устоявшейся традиции: оно насыщено диспозитивным началом. И в этом, кстати, состоит главный довод в пользу его относительной самостоятельности в современной уголовно-процессуальной системе. Это проявляется в наличии у него значительной доли договорных механизмов.

В их число входит частно-публичный порядок возбуждения уголовных дел данной категории (ч. 3 ст. 20 УПК РФ), особый порядок

ства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2020; Александров А.С., Александрова И.А. Современная уголовная политика обеспечения экономической безопасности путем противодействия преступности в сфере экономики. М., 2017.

¹ См., например: Сычёв П.Г. Производство по уголовным делам о преступлениях в сфере экономической и предпринимательской деятельности. М., 2020; Попова Л.В. Особенности уголовно-процессуального регулирования досудебного производства по уголовным делам об экономических преступлениях, совершенных в сфере предпринимательской деятельности. Волгоград, 2019; Панфилов П.О. Особенности производства по уголовным делам о преступлениях в сфере экономической и предпринимательской деятельности. М., 2019.

² См., например: Дикарев И.С. Диспозитивность в уголовном процессе России / под ред. А.П. Кругликова. Волгоград, 2005. С. 9, 18–21, 67 и след.

³ См.: Шамардин А.А. Частные начала обвинения и становление принципа диспозитивности в уголовном процессе России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 7–9.

прекращения уголовного дела (уголовного преследования), предусмотренный статьей 28¹ УПК РФ. Частно-публичную форму обвинения некоторые трактуют как своего рода соглашение (договор поручения) между потерпевшим и государством (в лице органа предварительного расследования) на привлечение к уголовной ответственности — публичному уголовному преследованию — обвиняемого, против которого потерпевший выступает со своим заявлением (проектным обвинением) в роли частного обвинителя¹.

Что касается правового механизма, регламентируемого ст. 76¹ УК РФ и ст. 28¹ УПК РФ, то с самого начала своего возникновения² и в его современном состоянии, наступившем после шестикратного изменения редакции последней статьи³, не было сомнений в его назначении. А именно: позволять органам следственно-обвинительной и судебной власти прекращать уголовное дело (преследование) ввиду возмещения ущерба обвиняемым⁴, то есть в результате соглашения сторон.

Проявление диспозитивности, а вместе с ней и договорных элементов можно усмотреть и в порядке применения мер пресечения (домашний арест — ст. 105 УПК РФ, наложение ограничений — ст. 105¹ УПК РФ). Между обвинением и защитой в суде может возникнуть спор, своего рода торг по достижению договоренности относительно ограничений (запретов, обязательств), возлагаемых на обвиняемого, с одной стороны, и дозволений (на допуск нотариуса, какой-либо активности обвиняемого и пр.) — с другой⁵.

¹ См.: Горюнов В.Ю. Частно-публичное обвинение как уголовно-процессуальная основа применения уголовного закона в сфере экономической деятельности // Научный вестник Омской академии МВД России. 2020. № 1. С. 43–48.

² См.: Александров А.С. Прекращение уголовного преследования по делам, связанным с нарушением законодательства о налогах и сборах (ст. 28¹ УПК) // Уголовное право. 2010. № 2. С. 97–102.

³ См.: Шерстнев В.Б. Прекращение уголовного преследования в связи с полным возмещением ущерба // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. 2020. № 1 (85). С. 136–143; Александров А.С., Александрова И.А. Особый порядок привлечения к уголовной ответственности предпринимателей и освобождения от нее // Уголовный процесс. 2017. № 6. С. 56–65.

⁴ Но также и подозреваемым и даже лицом, в отношении которого ведется следственная проверка в стадии возбуждения уголовного дела.

⁵ См.: Зайцев О.А. Тенденции развития договорных отношений в российском уголовно-процессуальном праве // Журнал российского права. 2019. № 1. С. 73–81; Александров А.С., Александрова И.А. Особый (частно-публичный) организационно-правовой механизм применения уголовного закона в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности // Журнал российского права. 2018. № 2 (254). С. 80–93.

Такого же рода диспозитивно-договорные черты усматриваются и в особенностях технологии уголовно-процессуального доказывания, ограничивающих обычный безоговорочно публичный, следственный характер доказывания, проводимого следователем, касающихся изъятия носителей (электронных) доказательственной информации (ст. 81¹, ч. 4¹ ст. 164, ст. 164¹ УПК РФ). В связи с этим не только допускается, но прямо предполагается достижение договоренности сторон относительно сроков, других условий, порядка возвращения этих носителей их собственнику¹.

Разумеется, по данной категории уголовных дел в полной мере применяются договорные механизмы, предусмотренные главами 40-40¹ УПК РФ, наполняясь только им присущими содержательными элементами (как правило, связанными с возмещением ущерба потерпевшему)².

Между тем сразу отметим, что никакого торга и соглашения относительно предмета обвинения, объема доказательств (исключения их из дела по договоренности), и тем более относительно основания уголовной ответственности (его изменения) не допускается, ибо это противоречит официальной правовой доктрине.

В науке уголовного процесса почти сложился консенсус относительно допустимости изъятий из общего — следственного порядка привлечения к уголовной ответственности — в пользу субъектов предпринимательской деятельности. Это касается и повышенных гарантий их личной неприкосновенности, а также большей свободы распоряжения своими процессуальными правами, в том числе относительно заключения соглашения с органом предварительного расследования по поводу прекращения уголовного преследования по ряду оснований³.

Научное сообщество в целом позитивно оценивает анализируемый нами правовой продукт партнерства государства и бизнеса. Впрочем, некоторыми учеными делается упрек в том, что «эконо-

¹ См.: Александров А.С., Александрова И.А. Особый (частно-публичный) организационно-правовой механизм применения уголовного закона в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. С. 80–93.

² См.: Зайцев О.А. Тенденции развития договорных отношений в российском уголовно-процессуальном праве. С. 79–80.

³ См.: Зайцев О.А. Защита прав и законных интересов предпринимателей по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности // Российское правосудие. 2021. № 3. С. 92–98; Макарова О.В. Согласительные (договорные) формы в уголовном праве и уголовном процессе: специфика и сфера действия // Договор как общеправовая ценность: монография / В.Р. Авхадеев, В.С. Астахова, Л.В. Андриченко и др.; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М., 2018. С. 346–356.

мическое уголовное судопроизводство» противоречит конституционному принципу о всеобщем равенстве перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ)¹.

Однако, если задуматься более глубоко, то нельзя не заключить, что этот институт входит в противоречие со всей уголовно-правовой и уголовно-процессуальной доктриной как системы представления о публично-правовой императивно-правовой, что практически равнозначно следственной, карательной деятельности правоохранительных органов по противодействию преступности.

Упрек в исключительности (привилегированности) «экономического уголовного судопроизводства» справедлив в контексте существующей парадигмы, и он снимается, если мы выходим из нее и освобождаемся от свойственных ей ограничений.

О каких доктринальных ограничениях идет речь? На наш взгляд, это аксиолого-догматические положения, на которых покоится российская система, относящаяся к романо-германской правовой семье. Само позиционирование российского права как части целого — континентальной правовой системы уже обязывает к определенному образу мысли².

Первой такой аксиомой является деление отраслей права на частные и публичные. Это первичное условие для определения предела и самой возможности использования диспозитивного, договорно-правового методов.

Процессуальные отрасли права более тяготеют к публичным отраслям права, в виду того, что правосудие отправляется судом — органом государственной власти. Процессуальное право — публичное право, хотя, разумеется, есть различие между уголовным и гражданским процессом по степени преобладания диспозитивного метода правового регулирования. Однако уголовное право — это уже бесспорно сфера господства императивного метода правового регулирования, где диспозитивность существует в виде исключения, еще более исключительного, чем в уголовном процессе. Проникновение частного момента в уголовно-правовую сферу под воздействием экономического фактора, в котором проявилась потребность управления рыночной экономикой, защита частной собственности, произошло объективно, и одновременно — в виду исключения. Это исключение не отрицает, а подтверждает общее правило: уголовно-

¹ См.: Рудич В.В. Организационно-правовой механизм применения мер пресечения в уголовном процессе. М., 2018. С. 351.

² Но как показывает, например, опыт Грузии, в правовой сфере все относительно. Грузинский уголовный процесс сделан по англо-американской модели, хотя исторически был частью советской правовой системы.

правовая система — это область господства публичного, государственного начала.

Второе — это постулирование применения диспозитивного метода правового регулирования, использования договорных механизмов лишь в частных отраслях права, прежде всего, гражданском, гражданском процессуальном праве.

Договорные, согласительные правовые механизмы, самый диспозитивный метод правового регулирования, предполагающий свободу выбора, распоряжения своими правами, правовую самозащиту субъектом своих интересов правовыми, процессуальными средствами (иском, правопритязанием) противоестественны «криминалистике».

Заметим, что в рамках существующей парадигмы есть учения, направленные на преодоление, если не снятие, этих границ. В первую очередь надо сказать о теории конвергенции, представители которой ратуют за смешение элементов частного и публично-императивного, а фактически выступают за проникновение частного-диспозитивного, договорного начала в публично-правовое, включая уголовно-правовое, пространство¹.

Подобный тренд прослеживается и в трудах представителей теории «искового права»², «процессуального права»³, некоторые из которых весьма близко подошли к идее процессуального детерминизма, о которой скажем далее.

Впрочем, все эти концепции не снимают системного ограничителя на использование диспозитивно-договорных механизмов в уголовном процессе, включая и его экономическую модификацию.

Есть еще более глубокие корни парадигмы современного правоведения, детерминирующие правосознание: во-первых — это пони-

¹ См., например: Зайцев О.А., Абшилава Г.В. Конвергенция частного и публично-го права и ее проявление в уголовном судопроизводстве // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24–25 октября 2014 г.): Избранные материалы. М., 2015. С. 350–361; Коршунов Н.М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практики. М., 2011. С. 228–231; Шестакова С.Д. Генезис метода российского уголовно-процессуального права в условиях конвергенции и дивергенции англосаксонской и континентальной правовых систем (теоретико-правовое исследование): дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004. С. 5–7, 12–13, 16 и след.

² См., например: Осокина Г.Л. Иск (Теория и практика). М., 2000; Гордон В.М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 44–47; Кулишер А.М. Защита субъективных публичных прав посредством иска. М.: Типография Г. Лисснера и Д. Собко, 1913.

³ См., например: Павлушина А.А. Юридический процесс: общее и особенное // Уголовное судопроизводство: теория и практика / под ред. Н.А. Колоколова. М., 2011.

мание права, а во-вторых, государства — во взаимоотношении с правом.

Так что третья доктринальная преграда для снятия препятствий к использованию договорных механизмов в уголовном процессе (экономическом) — это сложившаяся, устойчивая система представлений относительно «объективного права» — средства регулирования общественных отношений, и государства — как творца закона — формы (источника) права, которым оно (государство) воздействует на объект правового регулирования. Классическое правоведение постулирует, что государство посредством права (закона) оказывает регулятивное воздействие на объект регулирования: общественные отношения, включая их субъекта: человека и гражданина¹.

Эту глубинную черту отечественной правовой культуры можно назвать *материальным детерминизмом*. Он включает представления о том, что материя определяет сознание, социально-экономический базис — государственно-правовую надстройку, реальное событие (преступление) — правовое (уголовное, процессуальное) явление, материальное право — процессуальное. Для правовой организации противодействия преступности важнейшее значение имеет догмат о доминанте материального, уголовно-правового, а значит и карательного момента. Представление о примате материального, уголовно-правового над формальным, своего рода уголовно-процессуальный нигилизм господствует не только у законодателя, но и на уровне психологии, коллективного сознания.

Судебная реформа так и не доведена у нас до конца: предварительное расследование сохраняет советскую модель — это означает *следственный порядок привлечения к уголовной ответственности*. Именно в этом и состоит причина обвинительного уклона отечественного уголовного правосудия, зависимости судебной власти от обвинительно-следственной власти, а отсюда и вытекает неверие в справедливость уголовного судопроизводства населения и бизнеса.

Перестройку правовой организации, с нашей точки зрения, надо начинать на теоретико-методологическом, идеологическом, если

¹ Разумеется, есть теория естественного права, которая выводит право из-под зависимости государства и постулирует естественное, независимое от государства существование основных прав и свобод человека и гражданина. Однако в реальном правовом быту эти рассуждения не нашли закрепления в конкретных правовых (процессуальных) механизмах, оставшись декларациями. По крайней мере, в России наблюдаются строгое следование традиции в плане сохранения следственной формы и даже некий откат либеральной волны к консервативным берегам. Исключение опять же составляет экономическое уголовное судопроизводство, где плодами либеральных завоеваний 2009–2020 гг. пользуются субъекты предпринимательской деятельности.

угодно — мировоззренческом уровне, то есть совершить переход к новой парадигме, новой правовой доктрине. В нашем представлении это означает переход от детерминизма материального к процессуальному, от карательно-репрессивного к процессуальному — состязательному, справедливому устройству механизма противодействия преступности.

Некоторые положения процессуального детерминизма были нами ранее сформулированы¹ и развиты нашими единомышленниками. Тезисно изложим некоторые из них, которые наиболее близки к теме настоящей статьи.

1. Сведение сущности государства к некоему кибернетическому устройству, представляющему на цифровой платформе и оказывающему населению и бизнесу набор услуг, включая уголовное правосудие, также услуги (функции), связанные с выработкой и выдвижением обвинения, предварительным уголовным расследованием — по заказу потребителя. Такое видение государства предлагает концепция «государство-как-платформа», уже адаптированное некоторыми учеными при разработке концепции будущей правовой системы защиты от экономической преступности². При пересмотре роли государства и его положения в правоотношениях с лицом (уголовно-правовых отношениях) появляется возможность для партнерства гражданина, предпринимателя с прокурором, другим чиновником. Этим открывается совершенно новая перспектива для развития договорных механизмов в уголовно-правовой области.

2. Право в его регулятивном, рабочем состоянии процессуально. По нашему мнению, следует оперировать понятием «реальное право», которое является продуктом сотворчества автора текста закона и участников процесса друг с другом, а также с обучаемыми машинами, автоматизированными процессами.

Новый тип правового регулирования («wiki-правовое регулирование») ассоциируется с уголовным процессом в цифровой среде, в котором его участники онлайн генерируют новые правила на базе открытой платформы и акцептуют их для разрешения конкретного уголовного дела³. Государственное (статутное) право — текст закона — *становится средством правового воздействия в процессе*: интер-

¹ См., например: Александров А.С., Андреева О.И., Зайцев О.А. О перспективах развития российского уголовного судопроизводства в условиях цифровизации // Вестник Томского государственного университета. 2019. № 448. С. 199–207.

² См.: Власова С.В. Теоретическая концепция правовой (уголовно-процессуальной) организации противодействия преступности в сфере экономики: монография. М., 2020. С. 117–120.

³ Там же. С. 240–245.

претации, аргументации и определения смысла закона, т.е. превращения его в собственно актуальное правило, подлежащее применению в данном деле.

Из тезиса о правотворительности процесса вытекает снятие различия между «государственным правом», «общим правом», «прецедентным правом», «объективным правом» и пр. понятиями, которыми оперирует классическое правоведение. Само различие между континентальной и англо-американской правовыми системами также снимается, если исходить из того, что реальное право создается в процессе. Значит, будет снято и самое важное препятствие для применения договорных механизмов в уголовном судопроизводстве: если право (средство правового воздействия) есть результат договора участников процесса, заинтересованных в разрешении спора, то предметом договора может быть любой процессуальный, а вместе с ним и уголовно-правовой вопрос.

3. Процесс постулируется не только как право-производство, но и *факто-производство*. Уголовно-процессуальное доказывание творит факты, которые, в свою очередь, позволяют установить основание решения по делу, включая приговор суда. Не материальное уголовно-правовое явление — преступление, но фактически процессуальное — предмет обвинения и обосновывающие его доказательства, подтвердившиеся в состязательном суде, первичны в плане онтогенеза основания уголовной ответственности.

Доказанное в суде обвинение порождает «состав преступления» как юридический факт, описанный в уголовном кодексе, дающий основание для привлечения к уголовной ответственности¹. В плане использования договорных механизмов открывается перспектива заключения соглашения истца и ответчика относительно предмета спора (иска/обвинения) и его доказательств. Стороны, участники уголовно-процессуального доказывания должны признаваться субъектами формальной диспозитивности, хозяевами своих доказательств, полномочными распоряжаться ими.

4. Если согласиться с утверждением, что «производство» основания уголовной ответственности происходит в уголовном процессе через механизм обвинения — исковой, процессуальный механизм², то допускается принципиальная возможность выбора потерпевшим наиболее приемлемого для себя искового средства защиты своих интересов, то есть гражданского иска или обвинения. Когда постулируется свобода усмотрения лица в выборе средств самозащиты

¹ См.: Власова С.В. Указ. соч. С. 316–317.

² Там же. С. 320.

своих прав, нарушенных противоправными действиями иных лиц, то возможно соглашение сторон об определении юрисдикции: уголовной или гражданской.

5. Вырисовывается новый аспект обвинения, а именно: *называние* уголовно-правовым языком преступным некоего события, трансформация спора из гражданской в уголовно-правовую область¹. Мы приходим к принципиальной допустимости *торга, соглашения* сторон относительно как уголовно-правовых вопросов через определение *предмета обвинения*, а *отсюда и основания уголовной ответственности*, так собственно процессуальных: относительно *средств доказывания* основания уголовной ответственности. В самое понятие экономического преступления полагаем возможным внести аспект правоусмотрения потерпевшего: при назывании преступным, квалификации и определении меры наказания должно учитываться мнение потерпевшего.

6. Если исковое средство защиты лицом своих нарушенных прав отнесено к сфере свободы усмотрения, то право на выдвижение обвинения делается общедоступным. Через механизм субсидиарного обвинения возможны различные сочетания публичного и частного обвинения в конкретном процессе о разрешении спора относительно применения средства уголовно-правового воздействия.

В заключение следует отметить, что цифровая революция порождает революцию в правопонимании, что означает пересмотр всех догматических основ классического правоведения. Это снимает границы для применения договорных механизмов в первую очередь в *экономическом уголовном судопроизводстве*, но в перспективе — во всем уголовно-процессуальном пространстве. То, что немислимо в рамках классической парадигмы, становится реальным при смене парадигмы. Договор, как сущностное определение права, становится основой партнерского разрешения любых правовых конфликтов с применением меры уголовно-правового воздействия, возникающих в сфере экономической деятельности между представителями бизнеса, населением и государством².

¹ См.: Фелстинер Уильям Л.Ф., Абель Р., Сарат О. Возникновение и трансформация споров: название, обвинение, требование // Социология власти. 2015. Т. 27. № 2. С. 207–238.

² См.: Зайцев О.А. Особая роль договора в сфере уголовного судопроизводства // Договор как общеправовая ценность: монография / В.Р. Авхадеев, В.С. Асташова, Л.В. Андрющенко и др.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М., 2018. С. 338–346.

VII. ЗАРУБЕЖНАЯ ДОКТРИНА

*Добровольский Павел Павлович,
аспирант кафедры теории права
и сравнительного правоведения
Международно-правового факультета
МГИМО МИД России*

НОВЕЙШИЕ ТЕОРИИ И МОДЕЛИ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ПРАВА И СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ В ЗАПАДНОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Во второй половине прошлого века в западной юридической науке (главным образом в США) зародилась доктрина «право и развитие», изучающая взаимодействия права и социально-экономического развития. Первоначальные теории и идеи, положенные в основу этой доктрины, были направлены на достижение целей экономического роста в странах третьего мира посредством переноса в развивающиеся страны западных институтов. В основу доктрины положена теория модернизации, которая исходила из того, что все государства проходят через одинаковые стадии развития. Внедрение практик в области развития со стороны западных агентств и правительств в развивающихся странах не принесло существенных положительных результатов, в результате чего доктрина оказалась в кризисе. Реакцией на попытки имплементировать западные институты в правовые культуры Африки, Азии и Латинской Америки стала теория внешней зависимости, которая объясняла неудачи данной политики скованностью государств институциональными, политическими, экономическими и правовыми ограничениями, а также их подчиненным положением по отношению к западу.

В 1980-е годы вместе с установлением неолиберальной экономической теории возникает новая парадигма международного развития, основанная на Вашингтонском консенсусе. Данная политика была принята ведущими мировыми институтами, работающими в области развития, такими как Всемирный банк, Международный валютный фонд, Всемирная торговая организация и их дочерними организа-

циями. Уже в 1990-е годы практика внедрения неолиберальных рецептов достижения экономического роста в развивающихся странах показала свою неустойчивость и уязвимость к провалам рынка. В конце 1990-х гг. в странах Азии, Восточной Европы и Латинской Америки произошел экономический кризис, который пошатнул основы неоклассической экономической теории. На рубеже веков произошло расширение концепции развития неэкономическими параметрами, такими как сохранение и охрана окружающей среды и развитие человеческого капитала.

В начале XXI в. новой парадигмой международного развития становится концепция устойчивого социально-экономического развития. Если имплементация целей развития тысячелетия была направлена на развивающиеся страны, то новая программа целей в области устойчивого развития распространилась на все страны мира. В начале XXI в. продолжают процессы институционализации доктрины «право и развитие», идет поиск адекватных инструментов и механизмов регулирующего воздействия, появляются новые теории и модели, объясняющие отношения между правом и социально-экономическим развитием общества. В данной статье анализируются основные современные идеи в рамках доктрины «право и развитие», возникшие в западной юридической науке.

В 2008 году в немецком издательстве «Walter de Gruyter», специализирующемся на издании академической литературы, начал выходить специализированный научный журнал «Law and Development Review». Главным редактором данного журнала является директор Института права и развития Ионг-Шик (Стив) Ли (Yong-Shik Lee), который вскоре представил аналитическую модель, теорию и парадигму права и развития, представленные далее.

Аналитическая модель права и развития была разработана с целью определения границ влияния правовых институтов на процессы развития¹. Необходимость определения данных границ возникла задолго до появления модели. В первую очередь указанная потребность была связана с тем, что с момента возникновения доктрины ученые не определили ее границы. Это затруднение можно объяснить, в том числе, сложностью в представлении исчерпывающего определения самого понятия развития, которое не имеет универсальной дефиниции. В последней трети прошлого века произошло расширение теории развития неэкономическими параметрами, такими как защита прав человека и окружающей среды, развитие

¹ Lee Y.S. Call for a New Analytical Model for Law and Development. Law and Development Review. Vol. 8. No.2 (2015). 1-67.

человеческого потенциала и т.д. Тем не менее эти параметры с трудом поддаются измерениям, которые могли бы быть имплементированы в теорию.

В качестве главного критерия аналитической модели права и развития был выбран традиционный параметр экономического роста, под которым автор модели понимает структурную трансформацию экономики, основанной на производстве первичного продукта с низкой добавленной стоимостью в сторону приращения добавленной стоимости за счет использования различных современных технологий. В рамках аналитической модели оценивается влияние законов, нормативно-правовой структуры и правовых институтов. Целью модели являлась разработка теоретического аппарата, позволяющего изучить влияние компонентов модели на процессы экономического роста.

Для получения наиболее эффективной оценки свода законов конкретного государства, по мнению автора модели, необходимо включить в анализ не только писанные законы и прецеденты, но и неформальные нормы, которые являются частью правовой культуры конкретного общества. Такие эмпирические исследования должны помочь в определении оптимального набора компонентов модели экономического развития в ключевых областях хозяйственного развития, а также выявлении социально-экономических условий, которые будут способствовать их успешному применению на практике.

Процедура анализа в рамках данной модели включает в себя два этапа. Первоначально создается общая аналитическая структура, применимая ко всем областям права. На данном этапе происходит определение институтов, в которых нуждается та или иная правовая система для достижения целей экономического роста. Для выполнения этой задачи производится анализ существующей нормативно-правовой базы, который помогает выявлять недостающие правовые институты.

На втором этапе анализируются социально-экономические условия конкретной правовой среды, которая помогает адаптировать внедряемые институты в конкретные правовые области. Для проведения второго этапа важно обращаться к местным экспертам, которые могут оценить возможности конкретной правовой культуры для внедрения той или иной новации. Аналитическая модель предполагает проведение двухэтапного анализа для каждой ключевой области права, включающего в себя несколько сценариев в зависимости от стадии экономического развития того или иного общества.

Методология аналитической модели права и развития включает в себя методы моделирования, количественные и качественные

исследования, методы экономического и эконометрического анализа, а также оценку регулирующего воздействия. Методы моделирования могут осуществить измерения влияния компонентов модели на экономическое развитие. Эконометрические модели измерения экономического роста, связанные с соответствующими изменениями компонентов модели, могут помочь в определении существенных взаимосвязей между правом и развитием в исследуемых областях. При выявлении положительных корреляций между правом и развитием необходимо провести дополнительное исследование социально-экономических факторов, способствующих или препятствующих реализации нормативных правовых актов. В этом отношении может быть полезен количественный и качественный анализ воздействия факторов развития.

Методология аналитической модели права и развития использует междисциплинарный подход и требует участия как теоретиков, так и практиков из различных областей знаний: права, экономики, социологии, политологии и т.д. Важным является участие в исследованиях права и развития местных экспертов, которые помогут правильно понять и оценить локальные контексты. Наконец, оценка регулирующего воздействия может быть одним из основных методов в рамках аналитической модели права и развития.

Аналитическая модель права и развития стала составной частью общей теории права и развития, которая была представлена в Корнельском журнале международного права в 2017 г.¹ Общая теория явилась попыткой установить систематическую взаимосвязь между правом и развитием посредством определения их дисциплинарных параметров и объяснения работы механизмов регулирующего воздействия. Общая теория включает в себя две части: первая часть устанавливает дисциплинарные параметры права и развития, вторая часть показывает связи, с помощью которых право оказывает влияние на развитие с учетом существующих институциональных рамок в конкретных социально-экономических условиях.

Необходимость разработки данной теории объясняется тем, что без существования теории невозможны согласованное и развитие данной академической области. Многочисленные проекты в области развития зачастую реализуются без четкого понимания того, каким образом право влияет на развитие в разных институциональных, экономических, социальных и политических контекстах. В общей

¹ Lee Y.S. General Theory of Law and Development. Cornell International Law Journal. Vol. 50. No. 3 (2017). 415–472.

теории права и развития применяется описательно-аналитический, а не нормативно-предписывающий подход.

Первая часть общей теории права и развития сводится к обсуждению дисциплинарных параметров права, его конфигурации и правовых институтов. В контексте общей теории предполагается широкое понимание права, включающее как писаное право, судебные прецеденты, так и иные неформальные нормы обычного права, которые соблюдаются по принципу *opinio juris*. Включение в теорию всевозможных источников права является расширением традиционного исследовательского поля «права и развития», что призвано предоставить возможность задействовать в правовых реформах развивающихся стран местные правовые нормы в попытке избежать отторжения и неэффективности заимствованных правовых актов.

Нормативно-правовая база в теории права и развития рассматривается в качестве организующей структуры, которая определяет механизмы регулирующего воздействия. Здесь важным является вопрос выбора формы правового воздействия, которое может иметь различное влияние в зависимости от того, будет этот механизм оформлен в рамках отдельного закона или являться частью свода законов более высокого уровня. В анализе нормативно-правовой базы также необходимо учитывать особенности местной правовой культуры.

Рассмотрение правовых институтов в контексте общей теории права и развития включает в себя анализ деятельности организации, конкретных норм и практик, влияющих на принятие, исполнение и применение законов. Оценка влияния законодательных актов должна происходить совместно с анализом правовых институтов, которые соотносятся с данным законом. Например, необходимо рассматривать определенный закон в связке с существующими правовыми институтами. По мнению автора общей теории, в настоящее время утверждается консенсус в отношении того, что наличие эффективных правовых институтов играет ключевую роль в процессах экономического развития. Однако трудность заключается в определении того, какие именно институты будут иметь большее значение в различных социально-экономических условиях.

Механизмы регулирующего воздействия в общей теории содержат три концептуально различных, но взаимосвязанных и влияющих друг на друга элемента: нормативная структура, соответствие нормативным требованиям и оценка качества внедрения правовых институтов. В свою очередь, каждый элемент также содержит несколько составляющих. Анализ нормативной структуры проводится в отношении конкретной цели развития по трем категориям: ожидаемые результаты, определение правовой конфигурации, анализ

нормативно-правовой базы и правовых институтов (которые являлись составной частью аналитической модели) и адаптационных механизмов к конкретным социально-экономическим условиям.

Второй частью механизма регулирующего воздействия общей теории является соблюдение законов. Без соблюдения обществом законов, введение нормативных актов не будет иметь ожидаемых результатов. Анализ соответствия нормативным требованиям проходит по двум уровням: общая и специальная (относится к конкретным законам) оценка соблюдения законодательства. Соблюдение законов в контексте теории права и развития означает не только отсутствие нарушений, но участие в процессах, которые санкционированы законом. В целом соблюдение закона является необходимым предварительным условием успеха правовых реформ, без которого любые усилия в этом направлении могут носить лишь декларативный характер.

Третьим элементом механизма регулирующего воздействия в общей теории является качество исполнения, которое оценивает степень государственного участия с точки зрения его потенциала и наличия политической воли у руководства страны. Оценка государственного потенциала при определении качества исполнения законов включает в себя анализ финансовых, технологических и административных ресурсов. Развивающиеся страны зачастую имеют недостаточно ресурсов для обеспечения эффективного исполнения законов.

Еще одним элементом, влияющим на осуществление закона, является наличие политической воли, которая определяется в качестве приверженности руководства страны исполнению законов. В 2020 г. автор пересмотрел некоторые аспекты, дополнил и расширил общую теорию права и развития. В статье, посвященной новой общей теории экономического развития, профессор Ли представил три основополагающих элемента развития: экономический рост, распределение доходов и технологические инновации. По мнению ученого, механизмы экономического развития как для развитых, так и для развивающихся стран остаются расплывчатыми, а существующие теории не дают должного объяснения происходящим процессам.

Рассмотрев недостатки общей теории, в ее новой версии автор предпринимает попытку заполнить обнаруженные пробелы и предлагает более последовательное объяснение процессов экономического развития¹. Новая теория объясняет процессы экономическо-

¹ Lee Y.S. New General Theory of Economic Development: Innovative Growth and Distribution. Review of Economic Development. Vol. 24. No. 2 (2020).

го развития в два этапа: на первом этапе происходит инициирование экономического развития, во время второго этапа уделяется внимание поддержанию данного процесса. Кроме того, новая теория уточняет условия, необходимые для того, чтобы инициировать и поддерживать экономическое развитие, которые не идентичны.

В настоящее время такой традиционный индикатор экономического развития, как экономический рост, сохраняет существенное значение, но не является единственным в своем роде. Существенными являются также неэкономические факторы, такие как борьба с бедностью, неравенством и безработицей, меры, направленные на улучшение качества образования, здравоохранения, питания, окружающей среды и на создание условий для большего равенства возможностей, расширения индивидуальных свобод и обогащения культурной жизни.

Новая общая теория права и развития устанавливает взаимосвязь между политикой роста и политикой распределения. Два типа политики не являются взаимоисключающими. Политика экономического роста присущих ей рыночных механизмов и распределительная эгалитарная политика выступают составляющими элементами политики экономического развития и должны быть сбалансированы для удовлетворения потребностей государства в сфере развития. Кроме того, новая теория развития вслед за практикой экономической политики указывает на то, что государственный режим не обязательно является определяющим фактором в процессах экономического развития.

Экономическая история также демонстрирует, что наличие рыночной системы не является необходимым условием инициирования экономического развития. Основные элементы общей теории права и развития, такие как механизмы регулирующего воздействия, потенциал государства и политическая воля, по-прежнему являются важными факторами достижения целей в области развития. Инициирование экономического развития требует его поддержания на протяжении достаточно долгого периода времени. Истории успешного экономического развития демонстрируют, что для поддержания устойчивого экономического роста необходимыми элементами данного процесса становятся рыночные механизмы, соединяющие государственно-частные усилия в процессе внедрения инноваций в рыночных отношениях, которые обеспечивают эффективность транзакций, где государство играет роль регулятора рыночных отношений и осуществляет поддержку рынков во время его сбоев.

В 2019 году автор теории права и развития опубликовал статью «Право и экономическое развитие в США: навстречу новой

парадигме»¹, в которой предложил на основе общей теории права и развития подойти к решению экономических проблем в развитых странах, в частности в США. Автор статьи отметил экономические проблемы в США, которые появились в 1970-е гг. и остаются актуальными по сей день. Среди главных проблем в экономике США преобладают региональное неравенство, снижение промышленного производства, рост уровня безработицы, стагнация экономики и поляризация общества.

В названной статье утверждается новый правовой и институциональный подход, способствующий экономическому развитию депрессивных регионов, который направлен на стимулирование экономического роста и сокращение разрывов в доходах населения. Понятие экономическое развитие традиционно ассоциировалось с процессами, которые происходят в развивающихся странах. Ухудшение социально-экономических условий в развитых странах позволяет говорить о необходимости адаптации механизмов развития, изначально разработанных для стимулирования роста экономик развивающихся стран.

Использование новых подходов связано с выделением ресурсов, способствующих экономическому развитию депрессивных регионов. Но количество ресурсов в самих регионах ограничено, а предоставление траншей от федерального правительства зачастую входит в противоречие с традицией и практикой федерализма в США, в которых федеральное правительство напрямую не вовлечено в решение региональных экономических проблем. В решении этой проблемы прийти на помощь может принцип «право на развитие».

Профессор Ли предлагает пересмотреть подход США к принципу «право на развитие», который был принят в рамках ООН в 1986 г. США стали единственной страной, голосовавшей против принятия Декларации о праве на развитие. Принцип «право на развитие» может являться основанием для мандата федерального правительства в том, чтобы играть решающую роль в вопросах достижения целей экономического развития в различных штатах Америки. По мнению Ли, правовой и институциональный подход, сфокусированный на экономическом развитии (в части в определения полномочий федерального уровня государственной власти), может стать новым концептом в свете американской политической традиции, а присоединение США к Декларации будет иметь положительные последствия для имплементации данного принципа во всем мире.

¹ Lee Y.S. Law and Economic Development in the United States: Toward a New Paradigm. Catholic University Law Review. Vol. 68. No. 2 (2019). 1-62.

Декларация о праве на развитие предполагает наличие национальной политики в области развития, что подразумевает расширение сферы социального обеспечения. В связи с тем что на сегодняшний день в США отсутствует федеральная повестка развития, принятие принципа «право на развитие» позволило бы федеральному правительству установить правовые рамки в этой сфере. Расширение программ социального обеспечения может облегчить положение американского среднего класса, а также малообеспеченных слоев населения за счет сокращения расходов на социальное обеспечение (например, за счет отмены платы или уменьшения расходов на приобретение медицинской страховки).

Современный мир во многом отличается от того, в котором принималась Конституция США. С тех пор произошли фундаментальные изменения социально-экономической среды, возникли современные экономические проблемы. Решение этих экономических проблем, по мнению Ли, требует от правительства США предоставления экономической помощи отдельным лицам посредством расширения программ социального обеспечения и разработки государственной политики в сфере экономического развития. Например, доля государственного социального обеспечения в США значительно меньше, чем в других развитых странах. Победа представителя демократической партии США Дж. Байдена на президентских выборах 2020 г. с традиционно значительной социальной повесткой может способствовать реализации новой парадигмы экономического развития.

В Европе также происходят политико-правовые процессы трансформаций социально-экономической повестки. Так, в мае 2021 г. на проходившем в Порту (Португалия) неформальном саммите Европы лидеры глав государств и правительств ЕС выразили намерение отказаться от расчета благополучия стран мира, используя лишь показатель объема внутреннего валового продукта и его роста. В итоговой декларации саммита отмечается намерение использовать набор из 14 экологических и социальных критериев для измерения экономического, социального и экологического прогресса, которые дополняют ВВП в качестве меры измерения инклюзивного и устойчивого роста¹.

Анализ новейших моделей и теорий права и развития свидетельствует о новом этапе эволюции доктрины, направленной на институционализацию учения в юридической науке посредством утверж-

¹ Саммит ЕС намерен отказаться от ВВП как главного критерия благополучия государств // ТАСС 8 мая 2021. URL: <https://tass.ru/ekonomika/11328003>

дения общих принципов и механизмов взаимодействия права и процессов социально-экономического развития. Разнообразие представленных подходов отражает поиск наиболее адекватных форм активизации механизмов регулирующего воздействия необходимых для социально-экономического прогресса в государствах, находящихся на разных уровнях развития. Внимательный анализ рассмотренных теорий и моделей и их утверждение в юридической науке могут способствовать их эффективному применению на практике, приблизить страны к достижению целей устойчивого развития и установить более справедливые формы международного сотрудничества.

Научное издание

**УСТОЙЧИВЫЙ
ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
РОСТ
И ПРАВО**

Редакционная коллегия:

В.М. Жуйков, О.В. Гутников, С.А. Сеницын, М.Л. Шелютто

Сборник материалов к XVI Ежегодным научным чтениям
памяти профессора *С.Н. Братуся*

Подписано в печать 30.09.2021.
Формат 60×90/16. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 16,0.
Тираж 500 экз. (1-й з-д 1—250).
Заказ № .

ИД «Юриспруденция»
105066, Москва, ул. Спартаковская 6-50
www.jurisizdat.ru, e-mail: y-book@mail.ru
Тел. (495) 784-84-06

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

В предлагаемом читателю сборнике содержатся статьи по актуальным проблемам, отражающим юридические вопросы современных экономических процессов.

Материалы сборника охватывают проблематику правового регулирования предпринимательской деятельности, корпоративного права, цифровизации экономики, трудового законодательства, уголовного судопроизводства по экономическим преступлениям. Освещается общая теория права и развития (general theory of law and development), разработанная в зарубежной доктрине.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов, практикующих юристов, а также для всех, кто интересуется частным правом.

