

И. А. Соболев



КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО

Курс лекций

ИСТОЧНИКИ
ПРАВА

СТРАХОВАНИЕ

ТОРГОВЫЕ
ДОГОВОРЫ

СУБЪЕКТЫ
И ОБЪЕКТЫ

КОНТРОЛЬ
ЗА ОРГАНИЗАЦИЕЙ



• ПРОСПЕКТ •

Игорь Соболев

**Коммерческое право. Курс
лекций. Учебное пособие**

«Проспект»

Соболь И. А.

Коммерческое право. Курс лекций. Учебное пособие /
И. А. Соболь — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-218620-4

В данном учебном пособии курс коммерческого права изложен в соответствии с требованиями государственного образовательного стандарта по специальности 030900 «Юриспруденция». Помимо теоретических положений и догматического анализа действующего законодательства, автором освещены практические вопросы коммерческой деятельности и сложившиеся в правоприменительной практике правовые позиции по многим принципиальным аспектам действующего законодательства о торговой деятельности. Законодательство приведено по состоянию на декабрь 2014 г. Издание ориентировано на студентов и преподавателей высших учебных заведений, а также практикующих юристов, предпринимателей и государственных служащих.

ISBN 978-5-39-218620-4

© Соболь И. А.

© Проспект

Содержание

И. А. Соболев	5
Предисловие	6
Часть 1	8
Конец ознакомительного фрагмента.	39

И. А. Соболев
КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО
КУРС ЛЕКЦИЙ
Учебное пособие



[битая ссылка] ebooks@prospekt.org

Предисловие

Коммерческое право – учебная дисциплина крайне актуальная для современной действительности, хотя бы потому, что целью своей ставит изучение теоретических и практических вопросов правового регулирования торговли (от лат. *commercium* – торговля), приобретшей в наши дни значение одного из флагманов формирования российского ВВП.

Торговля – одно из древнейших направлений предпринимательства, существо которого в течение всей истории становления и развития вплоть до наших дней определялось целью систематического получения прибыли от продажи товаров. Торговля, как отрасль генерации прибыли, с одной стороны, и сфера активной конкуренции, с другой, всегда находилась под пристальным вниманием государства. Одновременно именно в сфере торговли возникли такие важнейшие демократические институты, как саморегулирование и самоуправление, а также идеи корпоративного права. Правовое регулирование различных аспектов торговли шло по двум направлениям: «сверху» – путем установления правил государством, и «снизу» – путем выработки торговым сообществом обычаев и корпоративных (цеховых, гильдейских) норм. Все это делает коммерческое право одним из интереснейших предметов для изучения.

Читателям этого пособия оно может показаться в чем-то не похожим на другие издания по коммерческому праву. При разработке курса лекций, положенного в основу этого издания, мы исходили из представления о коммерческом праве в объективном смысле, как об элементе системы права, нацеленном на нормирование деятельности по приобретению и продаже товаров на их пути от изготовителя к потребителю, и в этом смысле коммерческое право, без сомнений, – комплексное явление. Такой подход потребовал положительно определить сферу правового регулирования коммерческого права и, в частности, обозначить наше мнение о том, включаются ли в предмет коммерческого права вопросы организации посредничества в торговле, аспекты внешней торговли, отношения в сфере розничной торговли товарами с гражданами-потребителями.

Нам представляется, что внешнеторговая деятельность является неотъемлемой частью коммерческой деятельности. Их объединяет настолько значительное количество общих черт, что соотнести их друг с другом можно как общее (коммерческая деятельность) и частное (внешнеторговая деятельность). Особенности внешнеторговой деятельности обусловлены нахождением коммерческих предприятий сторон внешнеторговых сделок в различных государствах и для юристов сводятся к проблеме преодоления коллизий между правопорядками различных стран, применимыми к отношениям сторон. Эту задачу призвано решать международное частное право. В свою очередь коммерческое право, по нашему убеждению, нацелено изучать торговлю, как систему общественных отношений, с содержательной стороны, и в этом смысле не имеет столь существенного значения, находятся ли коммерческие предприятия сторон в одном государстве или в разных.

Коммерческое право традиционно рассматривается как «право оптовой торговли» или право «торговых лиц», и из его предмета исключаются потребительские отношения в узком смысле этого слова (потребители – физические лица, приобретающие товары для личного, семейного, домашнего и иного подобно использования, не связанного с осуществлением предпринимательской деятельности). Между тем потребителями в широком смысле слова (лицо, приобретающее товар для использования, потребления его полезных свойств) являются и предприниматели, приобретающие широкий спектр товаров от сырья и топлива до канцелярских товаров и бытовой химии. Получается, что предприниматели, приобретающие товары для целей их использования в предпринимательской деятельности, вовлекаются в сферу изучения коммерческого права, а граждане-потребители остаются за пределами этой сферы.

В целом признавая обоснованность такого подхода, поскольку правовое положение граждан-потребителей отличается значительными особенностями, обусловленными необходимостью защиты их интересов, как «слабой стороны», мы все же обращаемся к некоторым аспектам регулирования розничной торговли, но не с целью запутать читателя, а лишь для того, чтобы сформировать у него завершённое представление о цепочке движения товаров от изготовителей к потребителям (например, в теме 10).

В вопросе о посредничестве мы заняли позицию, по которой посредники, предлагающие к продаже те или иные товары, для покупателей выступают в качестве продавцов и в этом своем статусе безусловно осуществляют коммерческую деятельность и заключают торговые сделки. Основы правового статуса посредников-продавцов отражены в пособии (вопросы 5 и 6 темы 4).

Между тем вопросы организации посредничества, содержание «вертикальных соглашений» между изготовителем (его представителем) и посредником определяются общегражданскими договорами поручения, комиссии, агентирования и поставки (при условии, что покупатель приобретает товар для дальнейшей продажи, а не использования), и не обладают, на наш взгляд, значительной спецификой, по сравнению с посредничеством в иных сферах предпринимательства (а мы не имеем намерения дублировать вопросы, входящие в предмет предпринимательского права). Кроме того, в вопросе о критерии отнесения тех или иных договоров к числу посреднических до сих пор нет определенности, а углубляться в этот спор в пособии нам показалось не соответствующим его целям. Правда, отдельные аспекты вертикальных торговых соглашений все же были включены в этот курс: это вопросы определения границ товарного рынка (вопрос 4 темы 5) и характерное для вертикальных торговых соглашений условие об эксклюзивности (вопрос 2 темы 9).

При подготовке этого пособия, мы исходили из необходимости, во-первых, создать у читателя представление о разнообразии субъектов коммерческой деятельности и широчайшем круге источников правового регулирования коммерческих отношений, в системе которых роль судебной практики, обычаев и даже обыкновений (по сути не являющихся источниками права) как минимум сравнима со значением нормативных правовых актов. Во-вторых, мы надеемся, что ориентация нашего пособия на практические аспекты правового регулирования коммерческой деятельности будет оценена не только юристами, настоящими и будущими, но и всеми теми, кто интересуется проблемами правового регулирования торговли. В-третьих, мы старались излагать учебный материал, избегая излишней пространности, направляя читателя к более глубокому самостоятельному изучению отдельных вопросов регулирования коммерческой деятельности.

Часть 1

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ КОММЕРЧЕСКОГО ПРАВА

Тема 1. Понятие коммерческого права

1. Понятие и место коммерческого права в системе российского права

Со времен римского частного права существует представление о делении всего массива правовых норм, в зависимости от того, к чьей пользе (интересу) они обращены, на сферы частного и публичного права. В Дигестах Юстиниана приводится суждение римского юриста Ульпиана: «Изучение права распадается на две части: публичное и частное (право). Публичное право, которое (относится) к положению римского государства, частное, которое (относится) к пользе отдельных лиц»¹.

В последнее время область частного права, как сфера регулирования отношений между равноправными субъектами (частными лицами) путем согласования их интересов, все чаще противопоставляется области права публичного. Сфера публично-правового регулирования отношений строится на неравенстве субъектов по принципу субординации или власти-подчинения. Со времен римского права известна фраза «*Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*» (публичное право не может быть изменено соглашением частных лиц).

Сложившийся в теории права дуалистический подход исходит из разделения частного права на гражданское и торговое. Сторонники монистических воззрений, напротив, исходят из единства частного права, образованного сложно структурированным, регулирующим все многообразие частных отношений, гражданским правом.

Напомним, что дуалистический подход к частному праву, возникший в первую очередь для обоснования необходимости самостоятельных кодификаций торгового законодательства, в настоящее время в российском законодательстве не воплощен. В то же время в немецкой юридической теории, воспринявшей дуалистическую модель, торговое право рассматривается именно как часть частного права: или как специальное частное право торговых лиц и лиц, занимающихся доходным промыслом (К. В. Канарис²), или как специальное частное право предпринимательского оборота, внешнее частное право предприятий (К. Шмидт)³. Так, К. Шмидт отмечает: «Торговое право традиционно определяется как особенное частное право коммерсантов. Об этом необходимо сказать две вещи: во-первых, торговое право является частью частного права... Во-вторых, торговое право это особенное частное право»⁴.

Коммерческое право хотя и обязано своим названием латинскому слову *commercium* (торговля), тем не менее не должно рассматриваться как синоним торгового права. Здесь свою роль сыграла история развития торгового права, возникшего как право торговцев, но впоследствии включавшего в свой предмет и прочие сферы предпринимательства. Торговому праву в большей степени соответствует современное понятие «предпринимательское право» или «хозяйственное право», если пользоваться терминологией советских юристов. В свою очередь коммерческое право имеет своей целью регулирование отношений в рамках лишь одного из направлений предпринимательства – торгово-посреднической деятельности.

Определяя место коммерческого права в системе права следует иметь в виду, что деление ее на области частного и публичного права и деление на отрасли (подотрасли, институты) суть разные попытки классификации всего многообразия правовых явлений. В их основе лежат разные критерии. Для частного и публичного права архаичный ульпиановский подход до сих пор остается предметом дискуссий: корректируется, дополняется или ставится под сомнение⁵.

Поэтому деление системы права на отрасли не совпадает с условными границами частного и публичного права.

Это обстоятельство по-разному оценивается в юридической литературе. В. Ф. Попондопуло, например, предположил, что отраслей права, включающих однородные нормы, всего две – это частное и публичное право, все остальное – это отрасли законодательства, которые «всегда носят комплексный характер, поскольку нормативные правовые акты, составляющие ее, включают в себя нормы разных отраслей права... Отраслей законодательства может быть сколько угодно много, вплоть до банно-прачечного законодательства, но такой отрасли права не существует»⁶. Это обстоятельство, учитывая усиление тенденции к конвергенции норм частного и публичного права, не способствует созданию определенности в вопросе о месте коммерческого права в системе российского права. Во многом именно поэтому в традиционной для стран романо-германской правовой семьи системе отраслей права, коммерческое право играет несколько чуждую роль, а некоторыми учеными отмечается его межотраслевой, или комплексный, характер (М. Ю. Челышев⁷). При этом отмечается, что комплексный характер коммерческого права обусловлен тем, что оно является частью другого межотраслевого явления – предпринимательского права (Л. В. Андреева⁸, В. С. Белых⁹), как мы уже отмечали выше, наиболее соответствующего по предмету традиционному представлению о торговом праве.

Такая точка зрения становится доминирующей в российской юридической литературе, хотя есть и иные позиции. В частности, известна точка зрения Б. И. Пугинского, рассматривающего коммерческое право как «подотрасль гражданского права, ведь торговый оборот – это часть имущественного оборота, регулируемого гражданским правом»¹⁰. По мнению ряда исследователей, такой подход необоснованно сужает предмет коммерческого права, исключая из него отношения публично-правового характера, вследствие чего коммерческое право становится лишь повторением гражданского в части, связанной с торговлей. Сторонником отнесения коммерческого права к числу подотраслей гражданского права является и В. Ф. Попондопуло, который, наполняя понятие «коммерческое право» несколько иным содержанием, полагает возможным рассматривать его в качестве синонима понятия «предпринимательское право»¹¹.

Поскольку в наши дни сфера регулирования коммерческого права испытывает значительное воздействие со стороны публичного права, нам представляется обоснованным понимать под *коммерческим правом* систему правовых норм, регулирующих общественные отношения, связанные с организацией и осуществлением коммерческой деятельности, а также государственным регулированием и контролем за организацией и осуществлением коммерческой деятельности.

2. Предмет и метод коммерческого права

Предмет коммерческого права образуют общественные отношения, которые можно для целей условно объединить в следующие группы.

1. *Общественные отношения, связанные с осуществлением коммерческой деятельности.* Коммерческая деятельность является одним из древнейших направлений предпринимательской деятельности, объединяющим на современном этапе деятельность не только купцов (торговцев, коммерсантов), но и промышленников, аграрных товаропроизводителей и любых других лиц, предпринимательская либо профессиональная доходоприносящая деятельность которых включает в себя приобретение и/или продажу произведенного либо приобретенного товара. Исходя из понятия предпринимательской деятельности (ст. 2 ГК РФ) *коммерческую деятельность* можно определить как самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от продажи товаров лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Этот подход следует логике рассмотрения коммерческой и торговой деятельности в качестве синонимов и исключает из сферы коммерческой деятельности довольно большие группы частноправовых отношений, связанных с организацией посредничества в торговле (речь идет именно об отношениях по построению структуры связей между товаропроизводителем и посредником, имеющих организационную природу, а не о деятельности по продаже и приобретению товаров с участием посредников, которая, без сомнения, является торговой, а посредники – торговцами в отношениях с покупателем) и оказанием услуг, непосредственно содействующих торговле (перевозка, экспедиторские услуги, страхование, осуществление расчетов и др.). Такое представление о торговой деятельности разделяет Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», определяя ее как «вид предпринимательской деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров». Нам представляется, что именно такой подход является наиболее верным с позиций догмы права.

Однако в юридической литературе встречаются и иные точки зрения. Так, Б. И. Пугинский предлагает понимать торговую деятельность в широком смысле как «совокупность действий людей по продвижению товаров от изготовителей к потребителям»¹². Е. А. Абросимова, также широко толкуя понятие торговой деятельности, предлагает понимать под ней «деятельность по реализации товара, предполагающая изменение принадлежащего собственнику капитала с товарной формы на денежную и, наоборот, переход права собственности на товар, которая включает в себя следующие процессы: 1) исследование рынка; 2) сбыт изготовителем производимого товара и приобретения его потребителем; 3) посредническую деятельность»¹³.

Отношения, связанные с осуществлением коммерческой деятельности, имеют частноправовую природу, характеризуются равенством юридических возможностей сторон, автономией их воли и соответственно диспозитивностью правового регулирования.

2. *Общественные отношения, связанные с оказанием услуг, непосредственно содействующих торговле* (перевозка, хранение, страхование и др.). Эти отношения имеют преимущественно частноправовую природу, однако нормы императивного характера встречаются здесь довольно часто. С ними, например, можно столкнуться в транспортных уставах и кодексах при определении размера ответственности перевозчика, в различных нормативных актах, регулирующих расчеты и др.

3. *Общественные отношения, возникающие в связи с охраной нематериальных благ субъектов коммерческой и посреднической деятельности.* Для регулирования этих отношений используется как диспозитивный, так и императивный методы.

4. *Общественные отношения, связанные с организацией коммерческой деятельности.* Обращаем внимание на то обстоятельство, что в отличие от предпринимательского права в эту группу не включаются так называемые корпоративные отношения, по крайней мере в традиционном понимании. Сюда можно отнести отношения в сфере организации торгов, учреждения организаторов торговли (товарных бирж, рынков, ярмарок и пр.). Для регулирования этих отношений также используется как диспозитивный, так и императивный методы.

5. *Общественные отношения, связанные с государственным регулированием и контролем за организацией и осуществлением коммерческой, посреднической деятельности и непосредственно связанных с ними услуг.*

Государственное регулирование коммерческой деятельности – это целенаправленное воздействие исполняющих государственные функции органов государства на общественные отношения, связанные с осуществлением торгово-посреднической деятельности путем установления правил ее организации и осуществления, а также контроля за их соблюдением в целях обеспечения стабильности торгового оборота и баланса интересов его участников.

Методы (основные направления) государственного регулирования отличаются разнообразием, поскольку государство в исторической ретроспективе всегда стремилось контролиро-

вать торговлю, а торговцы, в свою очередь, старались скрывать ее от государства. Все методы государственного регулирования в зависимости от типа воздействия можно разделить на прямые и косвенные, по сфере действия – на внутренние и внешние, по способу ограничения входа на рынок – на транспарентные и скрытые и др. Федеральный закон «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» выделяет метод тарифного (метод государственного регулирования торговли товарами, состоящий в применении сборов и пошлин) регулирования и метод нетарифного регулирования (метод государственного регулирования торговли товарами, осуществляемый путем введения количественных ограничений и иных запретов и ограничений экономического характера). Мерами тарифного регулирования выступают налогообложение, установление сборов, установление и применение ввозных и вывозных таможенных пошлин, специальных защитных и антидемпинговых пошлин и т. д. Мерами нетарифного регулирования являются режимы статуса иностранных коммерсантов (национальный режим и режим наибольшего благоприятствования); запрет применения трансфертных цен и иных способов получения необоснованной налоговой выгоды; лицензирование; техническое регулирование; квотирование импорта; моратории и эмбарго; государственные преференции; государственное субсидирование процентных ставок по кредитам и др.

Контроль и надзор за осуществлением коммерческой деятельности осуществляется в соответствии с Федеральным законом от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» и специальным законодательством об отдельных видах контроля (налоговым, таможенным, валютным и др.) посредством организации и проведения проверок юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, принятия предусмотренных законодательством Российской Федерации мер по пресечению и (или) устранению последствий выявленных нарушений, а также путем систематического наблюдения за исполнением обязательных требований, анализу и прогнозированию состояния исполнения обязательных требований при осуществлении деятельности юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями.

Для регулирования этих отношений применяется императивный метод, использование дозволений ограничено отдельными редкими случаями.

3. Принципы коммерческого права

Принципы коммерческого права можно определить как основополагающие правовые идеи, закрепленные в нормах права наиболее общего характера, определяющие основы регулирования входящих в предмет коммерческого права общественных отношений, оказывающие решающее воздействие на подходы и направления такого регулирования.

Не умаляя значение важнейших межотраслевых принципов права, таких как принцип верховенства закона, равенства всех перед законом и судом и др; ключевых принципов частного права, таких как принцип автономии воли, недопустимости произвольного вмешательства в частные дела, надлежащего исполнения обязательств, неприкосновенности собственности и др., полагаем за лучшее не повторяться и остановиться на специальных принципах коммерческого права.

1. *Принцип свободы торгового договора* (п. 1.1 Принципов УНИДРУА, ст. 426 ГК РФ) вытекает из важнейшего частноправового принципа автономии воли участников гражданского оборота. Это важнейший принцип торговли, уважаемый подавляющим большинством правовых порядков. В целом его можно охарактеризовать как гарантированную законом незыблемую свободу коммерсанта выбирать контрагента, вступать или не вступать с ним в соглашение, а также определять исходя из собственных разумно понимаемых интересов условия такого соглашения.

При этом свобода договора может быть ограничена на товарных рынках с монопольной структурой (независимо от того, носит ли такая монополия естественный характер) пра-

новыми режимами для иностранных коммерсантов и императивными нормами. Как отмечает К. Осаке, «в контексте договорного права свобода договора, будучи субъективным правом, предполагает возможность делать все, что не наносит вред другой стороне в договоре, основам правопорядка и нравственности или публичным интересам в целом»¹⁴.

Так, режим наибольшего благоприятствования (РНБ), нацеленный на защиту интересов национальных коммерсантов, предполагает, что любому иностранному коммерсанту предоставляется объем прав и обязанностей не меньший и не больший, чем любому другому иностранному коммерсанту. В частности, п. 1 ст. 1 ГАТТ ВТО устанавливает, что «в отношении таможенных пошлин и сборов всякого рода, налагаемых на ввоз и вывоз, или в связи с ними, или налагаемых на международный перевод платежей за импорт или экспорт, и в отношении метода взимания таких пошлин и сборов, и в отношении всех правил и формальностей в связи с ввозом и вывозом, и в отношении всех вопросов, указанных в пунктах 2 и 4 статьи III*, любое преимущество, благоприятствование, привилегия или иммунитет, предоставляемые любой договаривающейся стороной любому товару, происходящему из или предназначенному для любой другой страны, должны немедленно и безусловно предоставляться аналогичному товару, происходящему из, или предназначенному для территорий всех других договаривающихся сторон». Режим наибольшего благоприятствования служит обеспечению приоритета интересов национальных субъектов торгово-посреднической деятельности. В противовес РНБ существует национальный, наиболее лояльный для иностранных коммерсантов, поскольку он предполагает, что им предоставляются права и обязанности в объеме, сопоставимом с предоставляемым национальным коммерсантам. Эти ограничения справедливы не только для сферы международной торговли, но и, например, для поставок импортных товаров для государственных или муниципальных нужд.

Императивные нормы по общему правилу имеют приоритет перед соглашением сторон, поэтому ограничивают его свободу (ст. 1.4 Принципов УНИДРУА). Важно, что ограничения свободы договора допускаются в исключительных случаях и должны быть соразмерны целям таких ограничений. Излишние ограничения будут противоречить другому фундаментальному принципу частного права – принципу недопустимости произвольного вмешательства в частные дела (о свободе торгового договора см. вопрос 3 темы 6).

2. *Принцип недопустимости вмешательства в частные дела коммерсантов.* Сфера отношений коммерсантов с их покупателями и иными контрагентами в процессе осуществления торгово-посреднической деятельности, как мы уже говорили, относится к *jus privatum*. По общему правилу, органы государственной власти и местного самоуправления, их должностные лица а также частные физические и юридические лица не вправе вмешиваться в частные дела коммерсантов, при условии соответствия их деятельности закону. Лишь в исключительных случаях такое вмешательство будет считаться оправданным: (1) оно должно быть основано на действующем законе, (2) этот закон ограничивает права коммерсантов лишь в целях, указанных в п. 3 ст. 55 Конституции РФ (в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства). Как справедливо отмечается, «не допускается только произвольное вмешательство в частные дела. В тех случаях, когда частные интересы входят в противоречие с публичным интересом, гражданское законодательство допускает вмешательство в частные дела граждан и юридических лиц»¹⁵. В этих случаях в гражданское законодательство вкрапливаются публично-правовые элементы, без которых не может обойтись ни одно гражданское общество»¹⁶.

3. *Принцип обязательности договора* (п. 1.3 Принципов УНИДРУА) включает в себя сразу два важнейших «подпринципа»: во-первых, это принцип *pacta sunt servanda* (договор должен исполняться), предполагающий обязательность договора для его сторон. Этот прин-

цип воплощен в ст. 309 ГК РФ, в соответствии с которой обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Во-вторых, это принцип обязательности договора для всех третьих лиц. Из презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений следует, что, пока не доказано иное, условия заключенного договора считаются выражающими действительную волю сторон и достоверными. Например, для целей налогообложения всегда учитывается условие договора о цене, за исключением случаев намеренного завышения или занижения цены для уклонения от исполнения обязанностей налогоплательщика, в частности при трансфертном ценообразовании.

4. *Принцип добросовестности и честной деловой практики* (ст. 7 Венской Конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» 1980 г., п. 1.7 Принципов УНИДРУА, п. 1.106 Принципов Европейского договорного права). Принцип добросовестности следует из древнеримских *obligationes bonae fidei* и впервые был легально закреплен в ФГК Наполеона 1804 г., ст. 1134 которого провозглашала, что «соглашения должны исполняться добросовестно». Принцип добросовестности был не чужд и социалистической системе хозяйствования (ст. 61, 152, 154, 155 ГК РСФСР 1964 г.). Впоследствии категория добросовестности проникла во все правовые семьи и была включена в источники международной унификации частного права и сборники обычаев.

Принцип добросовестности является одним из ключевых принципов регулирования отношений между коммерсантами. Как отмечает С. В. Сарбаш, «идея добросовестности и честной деловой практики превращается не просто в принцип, а в «принцип принципов», что, несмотря на известную степень тавтологичности, не снижает важное значение самой правовой мысли, а, напротив, скорее свидетельствует о более общем значении данного положения»¹⁷. Однако, поскольку категория доброй совести относится к морально-этической сфере и лишена требуемого правом формализма, не существует (да наверное и не может существовать) сколько-нибудь объективных критериев добросовестности.

В то же время и чистого субъективизма здесь быть не может. Критерии добросовестности опираются на поведение в сопоставимых условиях среднего профессионального торговца с положительной деловой репутацией. Отчасти неопределенность преодолевается законодательным закреплением презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений и разумности их действий (п. 5 ст. 10 ГК РФ).

В самом общем виде добросовестность представляет собой использование субъектом предоставленных законом дозволений таким образом, чтобы кроме ожидаемых правовых последствий порождаемые им юридические факты не влекли бы при должной степени внимательности и осмотрительности с его стороны таких прямых или рефлексивных правовых эффектов для контрагента или третьих лиц, которые не соответствовали бы их юридически значимым интересам, а также запрет на злоупотребление правом. Мы не будем пытаться определить и объяснить добросовестность исчерпывающим образом, поскольку проявлений этого принципа в источниках коммерческого права и практике заключения и исполнения торговых договоров может встретиться бесчисленное количество. Одним из проявлений этого принципа можно, например, считать право покупателя получить достоверную информацию о товаре (Определение ВАС РФ от 1 августа 2013 г. № ВАС-2211/13 по делу № А65–15106/2012).

5. *Принцип связанности сторон торгового договора обычаем и деловой практикой* (ч. 1 ст. 9 Венской Конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров», п. 1.9 Принципов УНИДРУА, п. 1.103 Принципов Европейского договорного права). Все фиксирующие этот принцип источники, практически копируя друг друга, устанавливают, что:

- стороны связаны практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях;
- стороны связаны обычаем, относительно которого они договорились;

– стороны связаны обычаем, который широко известен и постоянно соблюдается в международной торговле сторонами в соответствующей области торговли, кроме случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным.

В российской юридической литературе «практика, которую стороны установили в своих взаимоотношениях» именуется *заведенным порядком*. Так, Е. А. Суханов определяет его как «практику взаимоотношений сторон конкретного договора, сложившуюся между ними в предшествующих взаимосвязях и хотя прямо и не закрепленную где-либо, но подразумеваемую в силу отсутствия каких-либо возражений по этому поводу»¹⁸. Заведенный порядок не обладает всеми признаками источника права, в частности не закрепляет норму права как общеобязательное правило поведения, сохраняя значение лишь при толковании договора (п. 2 ст. 431 ГК РФ).

Обычай, относительно которого стороны договорились, в российской цивилистике называется *обыкновением*. Различия в терминологии направлены на то, чтобы не приходило смешения с понятием обычая, как источника права. *Обычай*, как источник права, представляет собой форму выражения общеобязательных правил поведения, вошедших в привычку в силу их многократного повторения и широкого применения. В отличие от обычая обыкновение не устанавливает общеобязательных правил поведения. Для того чтобы оно стало обязательным для сторон, им следует прийти к соглашению о применении соответствующего обыкновения к сделке. Отличия между обычаем и обыкновением весьма точно отметил Е. А. Суханов: «Обыкновение восполняет пробел в договоре, а обычай – пробел в законе». Именно поэтому стороны по общему правилу связаны применимым к их отношениям обычаем, независимо от того, пришли ли они к соглашению об этом или нет (об обычаях, обыкновениях и заведенном порядке см. вопросы 4 и 5 темы 3). Однако в немецкой литературе можно встретить противоположную позицию¹⁹.

Правовое значение принципов коммерческого права, кроме отмеченного выше, состоит в том, что при пробелах правового регулирования, которые невозможно восполнить применением по аналогии закона, регулирующего сходные отношения, для определения прав и обязанностей сторон частного правоотношения применяется аналогия права (п. 2 ст. 6 ГК РФ), исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (то есть этих самых принципов). Таким образом, в исключительных случаях, наступление которых возможно хотя бы потому, что нормотворчество всегда минимум на шаг отстает от изменений общественных отношений, принципы коммерческого права могут играть роль квазиисточника права для регулирования частных отношений, входящих в его предмет.

Тема 2. Возникновение и развитие коммерческого права

1. Основные этапы развития коммерческого законодательства

Следуя мнению Г. Ф. Шершеневича, в истории становления коммерческого права можно выделить четыре основных этапа: римский, итальянский, французский и германский.

1. *Римский период*. Традиционно считается, что торговое право возникло в средневековье, поскольку «римляне по характеру своему не были склонны к торговым занятиям, их симпатии были на стороне земледелия первоначально, а потом путем постоянных победоносных войн они приобрели склонность грабить покоренные народы и расплачиваться за ввозимые предметы роскоши данью последних, но не продуктами собственного труда»²⁰. Однако именно римское право создало предпосылки для его возникновения. Среди них, согласно мнению Г. Ф. Шершеневича, можно выделить:

1) предоставление иностранным купцам права совершать торговые сделки, не связанные с политическими и семейными правами, приобретением земельных участков (*commercium*), и системы процессуальной защиты возникших из таких сделок прав (*recuperatio*);

2) учреждение должности *praetor perigrinus* и формулярного процесса;

3) рецепция новых видов торговых сделок из права римских колоний: «таков греческий обычай давать задатки при заключении купли-продажи и других договоров (*arrha*), родосский закон о выбрасываемых во время бури вещах (*lex Rhodia de jactu*), страхование товаров при перевозке морем (*foenus nauticum*)», – пишет Г. Ф. Шершеневич²¹; (4) появление консенсуальных договоров: «торговый оборот нуждается в быстроте, в доверии – одного согласия достаточно для заключения договора», – отмечает автор²²; (5) появление первой системы права международной торговли, которым по сути стало право народов – *jus gentium*.

2. *Итальянский период*. Именно в средневековой Италии формировались основы торгового права. Города-государства Амальфи, Палермо, Мессина, а чуть позже Венеция, Генуя и Пиза вели весьма масштабную торговлю, используя все преимущества расположения на Средиземном море. Эта деятельность требовала нормирования, и уже в 12 веке стали появляться первые сборники обычаев, наиболее ранним из которых считается пизанский *Ordo maris*, а одним из наиболее распространенных и авторитетных в средневековом Средиземноморье стал *Consulato del mare* (Морской судебник).

Развитию торговли способствовали крестовые походы, позволившие итальянским государствам зарабатывать на перевозке и снабжении войск, и, кроме того, открывшие доступ к ремеслам и богатствам востока. Все это привело к тому, что практически все жители торговых городов стали заниматься торговлей. Впоследствии купцы стали объединяться в корпорации и со временем не осталось купцов, которые бы не состояли в какой-нибудь из них.

С появлением корпораций связан новый этап развития коммерческого права. Корпорация влияла на всю жизнь конкретного купца, оказывала ему поддержку, делила неудачи, играя, по замечанию Г. Ф. Шершеневича, роль «семьи». Поскольку все возникавшие споры в основном были связаны с торговлей, они также решались внутри «семьи». Разрешение таких споров осуществлялось консулами, которые избирались из числа членов корпорации не более чем на год, вследствие чего само разбирательство не отличалось формализмом и происходило в самые краткие сроки. Наиболее удачные решения записывались в книги (*statuti de mercanti*), которые периодически пересматривались с целью устранения повторов и внутренних противоречий. Эти книги стали основой формирования обычного права корпораций.

В дальнейшем корпорации стали объединяться, формируя купеческое сословие торгового города. Различия сглаживались и из сборников обычаев и практики корпораций стало возникать общее для каждого торгового города право. Как отмечает Г. Ф. Шершеневич, «право это отличалось от общего, которым руководились вообще все жители города, не тем, что оно регулировало отношения, вытекающие из торговых сделок в противоположность другим отношениям, а тем, что ему подчинялись купцы в противоположность остальному населению»²³, называя это «правом купцов» (*jus mercatorum*), но не торговым правом (*jus mercaturae*). На этом развитие торгового права в итальянских государствах остановилось, дальнейшим своим совершенствованием оно обязано иным государствам Европы, которые, впрочем, во многом заимствовали итальянские обычаи и учреждения. Роль средневековой Италии была окончательно подорвана к концу XV века. Это было связано со взятием турками Константинополя, обнаружением новых путей в Индию и великими географическими открытиями, вследствие которых на первый план вышли другие страны Европы.

3. *Французский период*. Абсолютизация государственной власти, приведшая к ослаблению роли феодалов и усилению роли церкви, значительно повлияла на дальнейшее регулирование торговли. Дороги стали безопаснее, города свободнее. Географический фактор (Франция

располагалась между наиболее развитыми странами своего времени: Испанией и Итальянскими государствами на юге, Англией и Голландией на западе), а также централизация власти обусловили ее роль в дальнейшем развитии торгового права. При этом рецепция римского права, которому власть импонировала с идеологических позиций, усиление влияния канонического права привело к многочисленным противоречиям с торговым правом. В такой ситуации оно продолжало свое развитие. При этом, в отличие от Италии, заботу о торговле проявляла королевская власть. В 1533 был учрежден первый постоянный коммерческий суд в Париже, а в 1673 году был принят первый кодекс торгового права, получивший название *Edit servant de reglement pour le commerce negocians et marchands, tant en gros, qu'en detail*, или, короче, *Ordonnance de commerce*, ставший вместе с кодексом торгового права (*Ordonnance de la marine*), принятым в 1681 году, образцом на много лет.

Великая французская революция, окончательно утвердившая буржуазные ценности, предопределила необходимость изменений. Был разработан и в 1807 г. окончательно принят Французский торговый кодекс (торговый кодекс Наполеона), ставший самым совершенным и прогрессивным для своего времени. Его идеи в той или иной мере распространились по Европе, во-первых, из-за Наполеоновских войн, а во-вторых, из-за моды на все французское. При этом в самой Франции он действовал вплоть до конца двадцатого века.

4. *Германский период*. После революции 1848 года, объединения Германии в 1860 году было принято в 1860 году Германское торговое уложение (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*)²⁴, которое по Постановлению 22 апреля 1871 года стало общим законом для всей Германской империи. В Германии произошло разделение гражданского и торгового права. Как отмечает Г. Ф. Шершеневич, «несомненные достоинства первого германского торгового уложения, к числу которых следует причислить возможно полное выделение частного торгового права от публичного, отделение материального права от формального, склонили тотчас общую симпатию на его сторону. Силой нравственного давления оно начало вытеснять влияние французского права»²⁵.

5. *Россия*. Единство российского средневекового общества, отсутствие ожесточенной борьбы сословий за свободы и привилегии, неприятие торговли со стороны церкви, крепостничество, удаленность от морских берегов и географические условия вообще не способствовали развитию торговли и, следовательно, купеческого права. Российское общество объединялось против агрессии извне, и скорее это в большей степени обуславливало политику государства. Именно поэтому особые относящиеся к торговому промыслу правила, возникавшие в отдельных местностях, включались в общие законодательные памятники (Русскую правду, Псковскую судную грамоту). Торговлей занимались не только купцы, но и представители различных сословий, поэтому отдельное торговое законодательство не возникло. Новоторговый устав 1667 года не содержал собственно частноправовых норм, а предписания административно-финансового характера.

Идея единства частного права сохранилась в Своде законов Российской Империи, в законодательстве социалистического периода и в наше время. В Гражданском кодексе РФ не воплощена идея разделения частного права. Однако следует отметить, что, даже учитывая некоторую осторожность в отношении к России со стороны иностранных производителей, происходит стремительное развитие торговли. Преодоление советского запрета спекуляций, включение России в правовую сферу международной торговли (22 августа 2013 года Россия стала официальным членом ВТО, с 2001 года является членом ЕврАзЭС) лишь способствовало этому. Так, по результатам исследований рекрутинговых агентств, «специалист по продажам» в 2014 году признана самой популярной профессией в России.

2. Конвергенция частного и публичного права как тенденция новейшего периода развития коммерческого права

Слово «конвергенция», происшедшее от лат. *convergo* («сближаю»), принято понимать как процесс сближения. Такое сближение имеет место и между традиционно противопоставленными друг другу областями частного и публичного права, как реакция на происходящие изменения общественных отношений в сфере коммерции и развитие коммерческого оборота. Как отмечает Н. М. Коршунов, «определяющей и все более усиливающейся тенденцией мирового развития обоснованно признается конвергенция частного и публичного права, состоящая в проникновении частного права в сферу публичных отношений, а публичного права в сферу частных отношений»²⁶.

Направления конвергенции весьма многообразны, их даже перечислить исчерпывающим образом крайне трудно. Это и установление императивных предписаний, повышающих степень правовой защищенности потребителей, и установление размеров ответственности перевозчиков за порчу или уничтожение груза, и установление пределов расчетов наличными по торговым договорам, и многое другое.

Как отмечают исследователи, конвергенция частного и публичного права не означает утрату их специфики, но служит их взаимному обогащению и повышению эффективности правового регулирования. Процесс конвергенции частного и публичного права носит объективный, исторически закономерный характер.

3. Расширение договорной диспозитивности в коммерческом праве

Термин «диспозитивность» произошел от лат. слова *dispositivus* – распоряжающийся. О. А. Красавчиков предлагает понимать диспозитивность как юридическую свободу (возможность) субъектов гражданских правоотношений осуществлять свою правосубъектность и свои субъективные права по собственному усмотрению²⁷. М. А. Знак полагает, что диспозитивность «можно определить как обеспеченную законом и осуществляемую в пределах права свободу лица выбирать разумный и соответствующий его интересам правомерный вариант поведения»²⁸. Е. В. Князева считает, что «диспозитивность... есть законодательно закрепленная возможность участников... правоотношений осуществлять правосубъектность; самостоятельно, по своему усмотрению и в соответствии со своими интересами выбирать варианты соответствующего поведения, совершать определенные юридические действия в процессе осуществления субъективных прав, предусмотренных... законодательством»²⁹. Т. Н. Прохорко утверждает, что «диспозитивность следует определять как внутренне сформированную, заинтересованную направленность субъектов гражданских правоотношений инициативно приобретать и осуществлять по своему усмотрению гражданские права и обязанности»³⁰. В договорном праве диспозитивность прежде всего воплощается в принципе свободы договора.

Диспозитивность российского договорного права давно подвергается критике, в особенности со стороны практикующих юристов. Так, А. Городисский отмечает, что «чрезмерно императивный подход к отношениям между предпринимателями и связанный с этим высокий риск признания сделок недействительными, а также отсутствие возможностей для реализации достигнутых договоренностей и эффективной защиты интересов сторон в случае их нарушения сегодня составляют, пожалуй, одну из самых серьезных проблем российского гражданского права»³¹. Отмечаемая несвобода российского договорного права ведет к нестабильности гражданского оборота. Как пишет А. Г. Карапетов, «одна из основных проблем отечественного гражданского права – патологическая нестабильность гражданского договорного оборота. Огромное количество сделок признается недействительными и незаключенными. Очень часто суды отказываются признавать действительность отдельных условий заключенных контрактов. Эта категория споров стала едва ли не самой распространенной. Более того, ответчики, к которым предъявляются иски за нарушение договора, зачастую не без успеха используют тактику оспаривания договора как основания иска, тем самым абсолютно недобросовестно уклоняясь от ответственности и освобождаясь от взятых на себя обязательств. Установка судей на стро-

гий формальный контроль над сделками, воспринятая еще из советского права, только способствовала этой тенденции. Это абсолютно нехарактерно для развитых зарубежных правовых систем, максимально уважительно относящихся к свободе договора и силе заключенных контрактов. Между тем отсутствие уверенности в том, что суд придаст контракту принудительную силу, стало отличительной чертой российского права»³².

Вопрос об усилении диспозитивности предпринимательских договоров в последнее время остро встал в связи со вступившими в силу осенью 2013 и 2014 года и планируемыми далее изменениями Гражданского кодекса РФ. В п. 1 § 1 раздела V проекта Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – Проект), утвержденного Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации, указывается следующее: «К сожалению, сложившаяся практика применения института недействительности сделок в настоящее время свидетельствует о том, что правовое регулирование этого института в ГК РФ неудовлетворительно. Несовершенство законодательного регулирования недействительных сделок дает возможность недобросовестным лицам оспаривать в суде практически любую сделку, что по сути означает применение института недействительных сделок в противоречии с его подлинным назначением.

Чтобы не допустить дальнейшего разрушения стабильности гражданского оборота, законодательные реформы... должны быть направлены на сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность... является неоправданной и явно несоразмерной характеру и последствиям допущенных при совершении сделки нарушений. При этом в первую очередь должны защищаться права и интересы добросовестных участников гражданских правоотношений»³³.

Тем не менее изменения гражданского законодательства и судебной практики³⁴, происходящие и планируемые, свидетельствуют о попытках расширения договорной диспозитивности, особенно в коммерческих отношениях. В качестве шагов в этом направлении можно назвать отмену максимального срока действия доверенности, требования о простой письменной форме внешнеторговой сделки, разрешение залога всего имущества субъекта предпринимательской деятельности и др.

Тема 3. Источники (формы) коммерческого права

1. Конституция РФ в системе источников коммерческого права. Конституционные гарантии коммерческой деятельности

Конституция РФ, принятая относительно недавно, 12 декабря 1993 г., и закрепившая в качестве высшей ценности права и свободы человека и гражданина, включая экономические и социальные, гарантии рыночной экономики, стала настоящей политико-правовой основой для развития торговли. Ее значение для регулирования общественных отношений, входящих в предмет коммерческого права, состоит в закреплении следующих важнейших гарантий коммерческой деятельности.

1. Единство экономического пространства РФ, свободы перемещения товаров, услуг, финансовых средств и рабочей силы (ч. 1 ст. 8, 27, 37 Конституции РФ).

2. Свобода экономической деятельности, в том числе права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ч. 1 ст. 8, ч. 1 ст. 34 Конституции РФ).

3. Поддержка конкуренции, запрещение монополизации и недобросовестной конкуренции (ч. 1 ст. 8, ч. 2 ст. 34 Конституции РФ).

4. Неприкосновенность и равенство возможностей правовой защиты частной собственности по сравнению с иными формами собственности (ч. 2 ст. 8, ст. 35, ст. 36 Конституции РФ).

5. Обязанность платить законно установленные налоги, включая запрет обратной силы закона, ухудшающего положение налогоплательщика (ст. 57 Конституции РФ).

6. Обязанность сохранять природу и окружающую среду, бережно относиться к природным богатствам (ст. 58 Конституции РФ), заботиться о сохранении исторического и культурного наследия (ч. 3 ст. 44 Конституции РФ).

7. Отнесение гражданского законодательства к ведению Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ).

Кроме этого, Конституция РФ и конституционные законы закрепляют такие важные средства обеспечения указанных гарантий, как разделение властей (ст. 10 Конституции РФ), независимость судебной власти (ст. 10, 120 Конституции РФ), а также учреждает судебную систему и виды судопроизводства (ст. 118–128 Конституции РФ, ФКЗ «О судебной системе», ФКЗ «О Конституционном суде РФ», ФКЗ «О судах общей юрисдикции», Закон РФ «О статусе судей»), в том числе конституционное судопроизводство, обеспечивающее непосредственное действие Конституции.

2. Международные договоры и общепризнанные нормы международного права в системе источников коммерческого права

В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ч. 1 ст. 5 ФЗ «О международных договорах РФ» и ч. 1 ст. 7 ГК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы.

Общепризнанные принципы (*jus cogens*) международного права, под которыми следует понимать «основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо» (абз. 4 п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»), являются источником международного публичного права и касаются коммерческого права опосредованно.

Общепризнанные нормы международного права, каждая из которых понимается как «правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного» (абз. 6 п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда РФ «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»), обретают признание международного сообщества либо в силу их многократного повторения (обычные нормы), либо в силу соглашения об этом (нормы международных договоров).

В соответствии с подп. «а» п. 1 ст. 2 Венской Конвенции «О праве международных договоров» (1969) *международный договор* означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования. Согласно п. «а» ст. 2 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» под международным договором Российской Федерации надлежит понимать международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством (или государствами), с международной организацией либо с иным образованием, обладающим правом заключать международные договоры, в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких, связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (например, конвенция, пакт, соглашение и т. п.).

По поводу того, являются ли международные договоры формами собственно коммерческого права, также нет единства во мнениях. Представители «теории двойственности» исходят из того, что международный договор является таким же источником, регулирующим установление, изменение или прекращение прав и обязанностей частных лиц, как обычай и нормативный правовой акт постольку, поскольку он признается частью национальной правовой системы. Представители «теории трансформации» полагают, что создавать права и обязанности участников частноправовых отношений непосредственно международные договоры не могут, для этого необходимо сначала их «признать» – трансформировать в российскую правовую среду, например, путем его ратификации. В соответствии со ст. 6 ФЗ «О международных договорах РФ» согласие Российской Федерации на обязательность для нее международного договора может выражаться путем: (1) подписания договора; (2) обмена документами, образующими договор; (3) ратификации договора; (4) утверждения договора; (5) принятия договора; (6) присоединения к договору; (7) применения любого другого способа выражения согласия, о котором условились договаривающиеся стороны. При этом трансформация договора путем его ратификации требуется лишь в случаях, указанных в п. 1 ст. 15 ФЗ «О международных договорах РФ», а именно ратификации подлежат международные договоры РФ: (1) исполнение которых требует изменения действующих или принятия новых федеральных законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотренные законом; (2) предметом которых являются основные права и свободы человека и гражданина; (3) о территориальном разграничении Российской Федерации с другими государствами, включая договоры о прохождении Государственной границы Российской Федерации, а также о разграничении исключительной экономической зоны и континентального шельфа Российской Федерации; (4) об основах межгосударственных отношений, по вопросам, затрагивающим обороноспособность Российской Федерации, по вопросам разоружения или международного контроля над вооружениями, по вопросам обеспечения международного мира и безопасности, а также мирные договоры и договоры о коллективной безопасности; (5) об участии Российской Федерации в межгосударственных союзах, международных организациях и иных межгосударственных объединениях, если такие договоры предусматривают передачу им осуществления части полномочий Российской Федерации или устанавливают юридическую обязательность решений их органов для Российской Федерации.

1. Международные договоры универсального действия

Генеральное соглашение по тарифам и торговле (англ. *General Agreement on Tariffs and Trade, GATT*, ГАТТ), являясь одним из базовых соглашений ВТО, было принято задолго до образования ВТО в 1947 г. в Женеве. ГАТТ регулирует не столько частноправовые отношения торговцев, сколько вопросы создания государствами-участниками рыночных условий для коммерсантов из других государств-участников. К числу провозглашаемых ГАТТ норм относятся: (1) предоставление режима наибольшего благоприятствования в отношении всех правил регулирования и формальностей в связи с ввозом и вывозом для всех государств-участников (ч. 1 ст. 1 ГАТТ); (2) предоставление режима наибольшего благоприятствования в отношении таможенных пошлин и сборов, налагаемых на ввоз и вывоз, а также на перевод за границу платежей за импорт и экспорт (ч. 2 ст. 1, ч. 2 ст. 3, ст. 8 ГАТТ); (3) отказ от мер количественного регулирования и протекционизма (ч. 1, 5 ст. 3, ст. 11–14 ГАТТ); (4) отказ от политики субсидирования экспорта, демпинга и установление правил применения антидемпинговых и компенсационных пошлин (ст. 6, 16 ГАТТ); (5) свобода грузового транзита (ст. 5 ГАТТ); (6) доступность торговых правил для иностранных правительств и коммерсантов (ст. 10 ГАТТ).

Международная конвенция ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (также известна как Венская Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров), была принята в 1980 г. в Вене и стала, пожалуй, самым важным и авторитетным источником унифицированных норм в сфере международной торговли. Это притом, что Вен-

ская конвенция не претендует на исчерпывающее регулирование вопросов, связанных с международной куплей-продажей товаров. В частности, Конвенцией не регулируются вопросы о гарантии качества товаров, о неустойке, об основаниях и последствиях недействительности договора и некоторые другие. Сделано это сознательно с целью обеспечить гибкость Конвенции и, как следствие, универсальность. Как отмечает А. Г. Аксенов, «одна из причин широкого применения Конвенции... заключается в ее гибкости. Для этой цели разработчики Конвенции использовали различные средства, в частности применяли нейтральную терминологию, стремились обеспечить всеобщее соблюдение принципа добросовестности в международной торговле, установили правило, согласно которому следует использовать общие принципы, лежащие в основе Конвенции, для устранения любых пробелов в своде правил, устанавливаемых Конвенцией (ст. 7), а также признали обязательный характер согласованных или подразумеваемых обычаев и установившейся практики (ст. 9 Конвенции)»³⁵.

Другим средством обеспечения гибкости Конвенции стало правило о применимости Конвенции к отношениям сторон того или иного договора купли-продажи. Подпункты «а», «b», п. 1, ст. 1 Конвенции устанавливают, что она применяется, когда коммерческие предприятия сторон договора находятся в разных государствах-участниках Конвенции, или когда коммерческие предприятия одного или обоих контрагентов расположены в государствах, не участвующих в Конвенции, но коллизионные нормы отсылают к праву государства-участника Конвенции.

При этом, как отмечают исследователи, «под коммерческим предприятием подразумевается не субъект права, а постоянное место осуществления деловых операций (основное место деятельности) как юридическим, так и физическим лицом. Таковым не всегда может являться место нахождения головной конторы юридического лица. Им также может быть признано место ведения предпринимательской деятельности его представительством или филиалом... Национальная принадлежность стороны не имеет значения для решения вопроса о применимости Конвенции (п. 3 ст. 1)»³⁶.

Содержание Конвенции образует четыре части, при этом вторая и третья посвящены собственно договору купли-продажи. Вторая – порядку его заключения, третья – содержанию. Третья часть регулирует обязанность продавца по передаче товаров и документов, вопросы соответствия переданного товара договору и защиты прав покупателя при ненадлежащем исполнении продавцом своих обязательств, а также такие обязательства покупателя, как принятие товара и уплаты цены, вопросы защиты прав покупателя при ненадлежащем исполнении обязательств продавцом. Также конвенция освещает вопросы перехода рисков на товары, убытков и процентов, а также вопросы, связанные с освобождением от ответственности и последствиями расторжения договора.

Круг международных договоров, регулирующих те или иные вопросы коммерческого права, крайне многообразен. Так, в отношении расчетов известны Женевские вексельные конвенции 1930 г., Женевские чековые конвенции 1931 г., довольно многообразны соглашения в сфере перевозки. Вообще трудно себе представить сферу торговой или сопутствующей ей деятельности, лишенную конвенционного регулирования. Появление в рамках унификации коллизионных и материальных норм частного права такого количества международных соглашений, сборников обычаев и обыкновений сформировало концепцию *lex mercatoria*, исходящую из достаточности круга международных источников для непосредственного регулирования отношений участников международной торговли.

2. Международные договоры регионального действия

Соглашение стран СНГ «Об общих условиях поставок товаров между организациями государств – участников Содружества Независимых Государств» пример региональной унификации норм, регулирующих отношения в сфере купли-продажи товаров. Это относительно небольшой документ, состоящий из двух частей.

Первая часть закрепляет принцип свободы договора, подчеркивает его основополагающую роль при определении прав и обязанностей сторон при поставке товаров. Первая часть определяет, что Соглашение распространяется на отношения между субъектами хозяйствования (независимо от форм собственности) государств – участников Содружества по межгосударственным экономическим связям.

Вторая часть посвящена вопросам заключения, изменения и расторжения договоров. В соглашении отсутствуют диспозитивные нормы, определяющие обязанности сторон по договору, положения об исполнении обязательств, ответственности за их неисполнение и некоторые другие.

Из Соглашения следует, что оно носит временный характер и рассчитано на период перехода стран СНГ к рыночной системе хозяйствования. Исследователи отмечают слабую пригодность Соглашения к практическому применению (Б. И. Пугинский, А. Г. Аксенов).

В рамках Содружества Независимых Государств применяется **Минская (Кишиневская) конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам**. Она была принята в 1993 году в Минске и пересмотрена в 2002 году в Кишиневе. Для участников Кишиневской конвенции Минская прекратила действие. Однако для государств – участников Минской конвенции, не подписавших Кишиневскую (Туркменистан, Узбекистан), Минская конвенция 1993 г. и Протокол к ней 1997 г. сохраняют силу. Эта конвенция унифицировала коллизионные нормы международного частного права, причем имущественным отношениям посвящены всего 5 статей, а к торговым отношениям применимы положения статей 40 (о праве применимом к форме доверенности) и 41 (о праве, применимом к сделке).

Договор СНГ о зоне свободной торговли, подписанный в Санкт-Петербурге 18 октября 2011 г., установил весьма важные рамки торговли на постсоветском пространстве, в частности провозгласил отмену количественных ограничений во взаимной торговле стран СНГ (ст. 3), в том числе при государственных закупках (ст. 6), национальный режим (ст. 5), свободу транзита товаров и транспортных средств по территории стран СНГ (ст. 7), а также право применения во взаимной торговле специальных защитных (ст. 8), компенсационных и антидемпинговых (ст. 9) мер и обязанность соблюдать технические (ст. 11) и санитарные требования (ст. 12). Кроме того, договор не исключает право любой из договаривающихся стран участвовать в таможенных союзах.

Договор о Евразийском экономическом союзе был заключен 29 мая 2014 г. в г. Астане. Этот договор учредил Евразийский экономический союз, утвердил систему его органов, наднациональное право, но для коммерческого права самым важным является провозглашение свободы перемещения товаров, работ, услуг и рабочей силы на едином таможенном пространстве, а также координацию политики государств-членов в сфере экономики. На момент подписания государствами – членами ЕАЭС стали Российская Федерация, Республика Беларусь и Республика Казахстан.

3. Нормативные правовые акты как источник коммерческого права

Нормативный правовой акт – это письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм (Приказ Министерства юстиции Российской Федерации от 14 июля 1999 г. № 217 «Об утверждении разъяснений о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации»).

По юридической силе нормативные правовые акты классифицируются на законы, которые принимаются представительным органом власти – парламентом и имеют высшую юридическую силу, и подзаконные акты, принимаемые органами исполнительной власти на основании и во исполнение законов.

Поскольку предмет коммерческого права охватывает области частного и публичного права, система нормативных правовых актов, являющихся его источниками, отличается многообразием. В. Ф. Попондопуло определяет *коммерческое законодательство* как «совокупность нормативных правовых актов, содержащих нормы разных отраслей права (частного и публичного), регулирующих предпринимательскую деятельность в части как ее осуществления, так и публичной организации»³⁷. Ссылаясь на немецкую доктрину, автор предлагает выделять частное коммерческое право, которое составляют нормы права, регулирующие частные отношения, возникающие в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, и публичное коммерческое право, которое составляют нормы права, регулирующие отношения, возникающие в связи с государственным регулированием и контролем предпринимательской деятельности. При этом нужно иметь в виду, что Конституцией РФ гражданское законодательство относится к исключительному ведению РФ, а вопросы законодательства, относящегося к области публичного коммерческого права, – предмет исключительного ведения РФ или совместного ведения РФ и субъектов РФ.

Стержнем коммерческого законодательства является *Гражданский кодекс РФ*, состоящий из четырех частей. Его часто называют экономической конституцией, поскольку его положения получают развитие в специальных законах и подзаконных нормативных правовых актов, которые должны ему соответствовать (п. 2 ст. 3 ГК РФ), тем самым преодолевается доктринальное правило о приоритете специальной нормы перед общей при толковании, а ГК РФ приобретает чуть большую юридическую силу, чем специальные законы³⁸.

Первая часть ГК РФ была принята в 1994 году и посвящена общим вопросам гражданского права. В ней нашли отражение понятие предпринимательской деятельности, положения о субъектах коммерческой деятельности (индивидуальных предпринимателях, коммерческих и некоммерческих организациях), о сделках и коммерческом представительстве, о правах на вещи, особенностях заключения, изменения и прекращения договоров, исполнения, обеспечения исполнения обязательств с участием коммерсантов, а также ответственности за их неисполнение и др. Вторая часть, принятая в 1996 году, посвящена отдельным видам обязательств и устанавливает диспозитивные правила определения прав и обязанностей сторон торговых договоров, императивные запреты и предписания, подлежащие учету при согласовании условий договоров. Третья часть, принятая в 2001 году, содержит положения о международном частном праве, в первую очередь коллизионные нормы, имеющие непреложное значение для международной торговли. Четвертая часть, принятая в 2006 году, закрепляет правила создания и использования результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, в том числе в коммерческой деятельности.

К числу ключевых для коммерческого права законов можно отнести Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности», Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», Федеральный закон от 30 декабря 2006 г. № 271-ФЗ «О розничных рынках и о внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации», Федеральный закон от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля», Федеральный закон от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», Федеральный закон от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах», Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», и некоторые другие.

Кроме того, сохраняют силу некоторые нормативные правовые акты СССР и РСФСР, регулирующие общественные отношения, входящие в предмет коммерческого права: письмо

Минторга РСФСР от 21 мая 1987 г. № 085 «О нормах естественной убыли продовольственных товаров в торговле», приказ Минторга РСФСР от 22 февраля 1988 г. № 45 «Об утверждении норм естественной убыли свежих картофеля, овощей и плодов в городской и сельской розничной торговой сети и Инструкции по их применению» и некоторые другие.

4. Обычай как источник коммерческого права

На понятиях обычая, обыкновения и заведенного порядка мы в рамках данного вопроса останавливаться не будем, поскольку уже рассматривали их (см. вопрос 3 темы 1). Напомним только, что всеми признаками источника права обладает только обычай. Обычаи, регулирующие коммерческие отношения, именуется *обычаями делового оборота*. К признакам обычая делового оборота относятся следующие.

1. *Совершенная ясность.*

2. *Единообразность.* Обычай должен быть единственным признаваемым и широко применяемым на данной территории по данному вопросу.

3. *Постоянный характер применения.* Это правило поведения, сложившееся в силу многократности его повторения.

4. *Общезвестность.* Обычай – правило широко применяемое. В соответствии с абз. 3 п. 3 ст. 15 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» Торгово-промышленная палата РФ свидетельствует торговые обычаи, принятые в Российской Федерации.

5. *Обязательность.* Он связывает участников частнопрововых отношений, даже если они не договорились об этом.

6. *Независимость силы обычая от формы выражения.* Обычай может быть задокументирован, так и не закреплён документально.

7. *Применяется исключительно к сфере предпринимательской деятельности.*

Пожалуй, наиболее известный обычай в рассматриваемой сфере – **Принципы международных коммерческих договоров** (более известные как Принципы УНИДРУА) 2010 г., которые в своей действующей редакции были утверждены Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) в 2011 году. Принципы УНИДРУА применяются к отношениям сторон независимо от соглашения об этом. Суды и арбитражи применяют Принципы УНИДРУА непосредственно. Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ неоднократно указывал, что характер обычаев делового оборота приобретают широко применяемые в международном коммерческом обороте правила толкования договоров, содержащиеся в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА. Сами принципы мы уже рассматривали в вопросе 3 темы 1 и останавливаться на них повторно полагаем излишним.

Наибольший интерес представляют неписанные обычаи. В. А. Белов на основании собственного опыта описал и систематизировал ряд таких обычаев. Все обычаи он объединил в группы: (1) торговые обычаи о форме сделки, (2) обычаи о цене товара, его количестве, качестве, таре и упаковке, (3) обычаи в области отгрузки (сдачи) и выгрузки (приемки) товара, (4) бремя исполнения обязательств, (5) последствия нарушения обязательств, (6) обычаи о сделках с участием посредников, (7) обычаи об уплате цены, (8) обычаи в сфере международных расчетов и кредитования. С обычаями, описанными В. А. Беловым, можно ознакомиться в его учебнике по международному торговому (коммерческому) праву и праву ВТО³⁹.

5. Обыкновения в системе источников коммерческого права

В российской юридической литературе к числу обычаев также относят **Международные правила толкования торговых терминов** (ИНКОТЕРМС), изданные Международной торговой палатой и пересматриваемые каждые 10 лет. В настоящее время действует ИНКОТЕРМС в редакции 2010 года. ИНКОТЕРМС содержит 4 группы торговых терминов: E (EXW), F (FCA, FAS, FOB), C (CPT, CIP, CIF, CFR), D (DAF, DAT, DDP), распределяющих между продавцом и покупателем такие обязательства, как очистка товара для экспорта (вывоза),

заключение договора с перевозчиком, погрузка товара на транспорт, страхование, таможенная очистка товара для импорта (ввоза), выгрузка, а также определяет момент исполнения обязанности передать товар. При этом согласно термину «Е» на продавца возлагаются минимальные обязанности: он должен лишь предоставить товар в распоряжение покупателя в согласованном месте – обычно в помещении продавца. Термины группы «F» предписывают продавцу передать товар для перевозки в соответствии с указаниями покупателя. Термины группы «С» возлагают на продавца обязанность за свой счет заключить договор перевозки на обычных условиях. Термины группы «D» по своей природе отличаются от терминов группы «С», так как согласно терминам группы «D» продавец несет ответственность за прибытие товара в согласованное место или пункт назначения на границе или в стране импорта. На продавца возлагаются все риски и расходы по доставке товара до указанного места. Поэтому термины группы «D» означают договоры прибытия, а термины группы «С» – договоры отгрузки.

Следует отметить, что ИНКОТЕРМС применим только к договорам купли-продажи и только в том случае, если стороны об этом договорились, причем соглашение это должно содержать указание на конкретный торговый термин, место исполнения и редакцию ИНКОТЕРМС, применимую к договору. Из этого следует, что ИНКОТЕРМС собственно обычаем не является, а скорее может рассматриваться как обыкновение, восполняя пробелы соглашения продавца и покупателя. Несмотря на то, что ИНКОТЕРМС 2010 признаны обычаем Постановлением Правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28 июня 2012 г. № 54-5, Президиум ВАС РФ подчеркнул, что арбитражный суд при разрешении спора, вытекающего из внешнеэкономической сделки, применяет обычаи делового оборота в сфере международной торговли в редакции ИНКОТЕРМС в том случае, если участники сделки договорились об их применении или изменили предусмотренные ими в договоре базисные условия в письменной форме (п. 2 Обзора судебной арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц, утвержденного Информационным письмом от 16 февраля 1998 г. № 29; см. также Постановление ФАС Московского округа от 14 сентября 2009 г. № КГ-А40/8830-09).

Многие документы Международной торговой палаты являются обыкновениями, так же, как ИНКОТЕРМС, не имея обязательной силы. Например, в сфере международных расчетов известны **Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Правила для электронных аккредитивов, Унифицированные правила для межбанковского рэбурсирования по документарным аккредитивам, Правила международной практики резервных аккредитивов и др.** Так, например, в Унифицированных правилах и обычаях для документарных аккредитивов (Публикация МТП № 600, 2007 г.) установлено, что они применяются, лишь когда «...в тексте аккредитива прямо указано, что он подчиняется настоящим Правилам» и, если «...аккредитив прямо не изменяет или не исключает их положений».

Российскими примерами обыкновений являются два известных документа советского периода – **Инструкция о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по количеству** (ред. от 14 ноября 1974 г., с изм. от 22 октября 1997 г.) и **Инструкция о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по качеству** (утв. Постановлением Госарбитража СССР от 25 апреля 1966 г. № П-7). Они применяются также к отношениям сторон, когда это предусмотрено договором поставки (Постановление Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18).

6. Судебный прецедент в системе источников коммерческого права

В самом широком смысле прецедентом (от лат. *praecedentis* – предшествующий) считается то, что произошло в той или иной ситуации раньше и что воспринимается как своего рода пример, подсказывающий, как следует поступать в схожей ситуации, если она возникнет вновь. Если прецедент касается судебных дел, то он рассматривается как судебный прецедент.

Таким образом, судебный прецедент – это такое решение суда по конкретному делу, которое подсказывает другим судьям, какое решение следует принять при разрешении аналогичных дел в будущем.

Прецедент как источник права известен с древнейших времен. В Древнем Риме в качестве прецедентов выступали устные заявления (эдикты) или решения по конкретным делам преторов и других магистратов. Первоначально они имели обязательную силу при рассмотрении аналогичных дел лишь для самих магистратов, их принявших, и лишь в течение определенного срока, однако постепенно наиболее удачные эдикты приобрели устойчивый характер и постепенно сложились в систему общеобязательных норм под названием преторского права. Однако классическое представление о прецеденте возникло в Англии. После захвата Англии в 1066 году Вильгельмом I Завоевателем на смену разрозненным местным актам приходит общее для всей страны право. В этот период создаются королевские разъездные суды, которые решают дела с выездом на места и от имени Короны. Выработываемые судьями решения брались за основу другими судебными инстанциями при рассмотрении аналогичных дел. Так стала складываться единая система прецедентов, общая для всей Англии, получившая название *common law* (общее право).

Любой прецедент содержит две части: *ratio decidendi* («суть решения») и *obiter dictum* («попутно сказанное»). *Ratio decidendi* содержит правовое обоснование наделения той или иной стороны соответствующим правом или возложения обязанности и, следовательно, имеет нормативную природу. *Obiter dictum* включает все попутные рассуждения, которые не касаются установления, изменения или прекращения прав и обязанностей субъектов права.

В настоящее время судебный прецедент является одним из основных источников права в странах англо-саксонской правовой семьи. Хотя Россия принадлежит к романо-германской правовой семье, и у нас многие судебные акты имеют руководящее значение. Таким образом, отмечается своего рода проникновение и частичное смешение двух правовых систем.

Анализ российской правовой системы позволяет сделать вывод о том, что судебная практика уже давно является источником коммерческого права. Причем не только правовые нормы, но даже целые институты стали открытием судебной практики. К ним, в частности, относятся институт налоговой выгоды, признания права собственности отсутствующим и некоторые другие.

К числу судебных актов, содержащих нормативные предписания, могут быть отнесены следующие:

1. *Судебные акты Конституционного Суда РФ*. При всем многообразии рычагов обеспечения верховенства Конституции РФ и федерального законодательства особое место в этом занимают решения Конституционного Суда РФ. Их нормативный характер, непосредственное действие, общеобязательность и юридическая сила, позволяющая интерпретировать конституционные нормы и отменять действие актов федерального и регионального законодательства, а также косвенным образом давать оценку правоприменительной практике, придают этим решениям высокий авторитет. Фактически решения Конституционного Суда – это конституционные нормы в их динамике.

Правовая природа решений Конституционного Суда РФ определяет их свойство выступать в качестве источника права. Негативное правотворчество проявляется в решениях о неконституционности нормативных актов либо их отдельных положений. Признание правового предписания неконституционным влечет утрату им юридической силы (ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»). Отменяя норму права, Конституционный Суд РФ осуществляет, по сути, правовое регулирование и создает новую норму. Позитивная правотворческая функция связана с выработкой Конституционным Судом РФ правовых позиций. Правовые позиции Конституционного Суда РФ представляют собой его отношение к определенным правовым проблемам, закрепленное в решениях. Это некие выводы, ставшие результатом анализа

аргументов, толкования конституционных норм и норм отраслевого законодательства. Таким образом, это понятие крайне близко *ratio decidendi*.

Понятие «правовая позиция» законом не раскрывается, но упоминается, в частности в ст. 73 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ». Это понятие не совпадает по объему с решением суда, поскольку в нем могут быть высказаны правовые позиции как по одной, так и по нескольким значимым проблемам. Причем правовые позиции могут содержаться как в резолютивной части, так и в мотивировочной, а также не только в решениях, но и определениях суда. Так, в Определении от 7 октября 1997 г. № 88-О указано: «Правовые позиции, содержащие толкование конституционных норм либо выявляющее конституционный смысл закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда РФ в резолютивной части его решений, обязательны для всех государственных органов и должностных лиц». Мотивировочная часть образует неразрывное единство с резолютивной, раскрывая конституционное содержание правовой нормы и сопоставляя ее с позицией законодателя. Поскольку источником таких позиций названы вообще решения Суда, обязательные правовые позиции могут содержаться в любых его постановлениях и определениях.

2. *Нормативное толкование Пленумов и Президиумов Высшего арбитражного и Верховного Судов РФ.* Высший арбитражный суд РФ, являясь высшим судебным органом, осуществлявшим правосудие путем разрешения экономических споров. Пленум ВАС РФ в соответствии с подп. 1 п. 1 ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах в РФ» был вправе давать разъяснения по вопросам судебной практики, причем постановления Пленума ВАС РФ являются обязательными для всех арбитражных судов РФ (п. 2 ст. 13 ФКЗ «Об арбитражных судах РФ»). Аналогичное значение приобрели постановления Президиума ВАС РФ, хотя ФКЗ «Об арбитражных судах в РФ» об этом умалчивает. Однако в подп. 5 п. 3 ст. 311 АПК РФ в качестве одного из оснований пересмотра вступивших в законную силу судебных по новым обстоятельствам называет «определение либо изменение в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации практики применения правовой нормы, если в соответствующем акте Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации содержится указание на возможность пересмотра вступивших в законную силу судебных актов в силу данного обстоятельства». Таким образом, изменение правовой позиции Президиума ВАС РФ порождает обязанность судов принимать ее во внимание. Так, решение судей, игнорирующее сформулированное правило, может быть отменено вышестоящим судом, и в итоге дело так или иначе будет рассмотрено в соответствии с указанием высшей судебной инстанции.

Однако в соответствии с Законом РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации», вступившим в силу со дня его официального опубликования 6 февраля 2014 г., Высший арбитражный суд РФ упразднен и функции по выработке единообразной судебной практики по экономическим спорам будут переданы объединенному Верховному Суду РФ.

3. *Негативную и позитивную правотворческую деятельность осуществляют и суды нижестоящих инстанций.* Негативное правотворчество выражается в компетенции судов признавать недействующими полностью или в части нормативные правовые акты, при условии, что оспариваемый нормативный правовой акт или отдельные его положения не соответствуют закону или иному нормативному правовому акту, имеющим большую юридическую силу, и нарушают их права и законные интересы в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, незаконно возлагают на них какие-либо обязанности или создают иные препятствия для осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности (гл. 23 АПК РФ). Позитивное – связано с принятием судебного решения по аналогии закона или на

основании оценочных понятий права, содержание которых не раскрывается в иных источниках права. Во всех указанных случаях судья создает новую норму права.

7. Иные источники коммерческого права

В. Ф. Попондопуло обращает внимание, что при определенных условиях источником коммерческого права может являться доктрина, «т. е. общепризнанный научный взгляд по поводу решения какого-либо правового вопроса»⁴⁰. Исследователь ссылается на п. 1 ст. 14 АПК РФ, в соответствии с которым при применении норм иностранного права арбитражный суд устанавливает содержание этих норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Позиция В. Ф. Попондопуло представляется спорной, поскольку в данной норме доктрина используется для установления содержания иностранного права, то есть толкования уже существующих норм, но не установления новых предписаний.

Тема 4. Субъекты коммерческого права

1. Понятие и виды субъектов коммерческого права

Субъекты коммерческого права – это организационно и имущественно самостоятельные лица, которые в силу присущих им признаков способны участвовать в отношениях, регулируемых коммерческим правом.

Среди субъектов коммерческого права по функциональному критерию можно выделить группы

- 1) субъектов торгово-посреднической деятельности,
- 2) субъектов деятельности, сопутствующей торговле,
- 3) субъектов регулирования коммерческой деятельности,
- 4) потребителей товаров.

Среди субъектов торгово-посреднической деятельности можно определить группы: (1) субъектов, обладающих правом собственности на реализуемые ими товары и (2) субъектов, не обладающих правом собственности на реализуемые ими товары. К субъектам деятельности, сопутствующей торговой, относятся: (1) организаторы торговли; (2) субъекты транспортной деятельности (перевозчики, фрахтовщики, экспедиторы); (3) страховщики; (4) кредитные организации (при расчетах); (5) хранители. К числу субъектов регулятивно-контрольной деятельности можно отнести государственные органы, органы местного самоуправления и их должностных лиц. Группу потребителей в широком смысле этого слова составляют: (1) потребители для коммерческих нужд; (2) потребители для государственных нужд; (3) потребители для личных, семейных и иных подобных нужд.

Все эти лица так или иначе участвуют в отношениях, регулируемых коммерческим правом. Тем не менее коммерческое право как «право торговых лиц»⁴¹ требует рассмотрения вопросов правового положения главным образом субъектов торгово-посреднической деятельности.

2. Правоспособность субъектов торгово-посреднической деятельности

Способность иметь права и обязанности, необходимые для участия в коммерческом обороте и возможность их осуществлять и исполнять для субъектов торгово-посреднической деятельности не существуют по отдельности. Можно говорить о единой коммерческой правоспособности (правосубъектности). Подтверждает это и одновременность возникновения право- и дееспособности коммерсантов и одновременность их прекращения. В соответствии с законом возникает она с момента государственной регистрации юридического лица либо физического лица в качестве индивидуального предпринимателя. Прекращается – в момент внесения в указанный реестр сведений о прекращении юридического лица (п. 3 ст. 49 ГК) либо

о прекращении физическим лицом деятельности в качестве индивидуального предпринимателя (ст. 22.3 ФЗ от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ).

При этом объем право- и дееспособности коммерсантов остается неизменным⁴². В частности, ГК РФ содержит нормы об ограничении дееспособности только в отношении физических лиц и опять же не в связи с осуществлением коммерческой деятельности. Недееспособность или ограничение дееспособности коммерсанта – лишь проявление его недееспособности (ограниченной дееспособности) как физического лица. Специального закона, который бы определял объем правоспособности индивидуальных предпринимателей, в РФ нет. Но в силу п. 3 ст. 23 ГК РФ к предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно применяются правила настоящего Кодекса, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения.

Коммерческая правосубъектность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, по общему правилу носит *общий* характер. В соответствии с п. 1 ст. 49 ГК РФ коммерческие организации, за исключением унитарных предприятий и иных видов организаций, предусмотренных законом, могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом. Но не все коммерческие юридические лица обладают общей коммерческой правосубъектностью. Так, например, организации, занимающиеся видами торговли, на основании специального разрешения (лицензии) обладают *специальной* правосубъектностью (см. абз. 3 п. 1 ст. 49 ГК РФ), а кредитным организациям и страховым обществам специальным законодательством заниматься торговой деятельностью вообще запрещено.

Коммерческая правосубъектность некоммерческих организаций имеет *ограниченный* характер. Заниматься коммерческой деятельностью (как, впрочем, и любым иным видом предпринимательской деятельности) они вправе при соблюдении ряда условий:

- 1) можно осуществлять коммерческую деятельность, если это предусмотрено уставом;
- 2) коммерческую деятельность можно осуществлять лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и соответствующую этим целям;
- 3) для осуществления коммерческой деятельности организация должна иметь достаточное для осуществления указанной деятельности имущество рыночной стоимостью не менее минимального размера уставного капитала, предусмотренного для обществ с ограниченной ответственностью;
- 4) извлечение прибыли не является основной целью деятельности некоммерческой организации;
- 5) доходы от такой деятельности не распределяются между участниками даже корпоративной некоммерческой организации (п. 4 и 5 ст. 50, ст. 123.1 ГК).

Кроме того, некоторые виды некоммерческих организаций не обладают коммерческой правоспособностью вообще. К ним относятся объединения юридических лиц – ассоциации и союзы (ст. 123.8 ГК РФ).

К отношениям по осуществлению основной деятельности некоммерческих организаций, а также к другим отношениям с их участием, не относящимся к предмету гражданского законодательства, правила ГК не применяются, если законом или уставом некоммерческой организации не предусмотрено иное (п. 6 ст. 50 ГК). Однако помимо собственно участия в коммерции некоммерческие организации осуществляют деятельность, существенно влияющую на развитие экономики. Так, Е. А. Абросимова отмечает, что «такие некоммерческие организации, как биржи, торгово-промышленные палаты, ассоциации промышленников и предпринимателей, выполняют очень важную функцию формирования и развития товарного рынка в стране. Именно благодаря некоммерческим организациям в торговом обороте происходит становление цивилизованной структуры товарного рынка»⁴³.

Вопрос о наличии коммерческой правосубъектности у публично-правовых образований иногда обсуждается в юридической литературе. Хотя доминирующей вполне обоснованно можно считать точку зрения о том, что обладать ей государство и подобные ему публично-правовые образования не могут⁴⁴, встречаются и иные мнения⁴⁵.

3. Разрешительный порядок осуществления коммерческой деятельности

Субъект коммерческой деятельности вправе осуществлять отдельные ее виды только после получения специального разрешения (лицензии) уполномоченного государственного органа, вступления в саморегулируемую организацию либо получения допуска к определенному виду деятельности.

Правовая основа лицензирования отдельных видов предпринимательской деятельности отличается разнообразием. Общие вопросы лицензирования определены ГК РФ и Федеральным законом от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности», который, впрочем, распространяется далеко не на все виды деятельности, подлежащие лицензированию. Требования о лицензировании отдельных видов деятельности устанавливаются также Федеральным законом от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции», Законом РФ от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности», Федеральным законом от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах», Законом РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» и др. Порядок лицензирования определяется Правительством РФ, так же как и требования к лицензиатам. Лицензирование отдельных видов деятельности возложено на органы власти субъектов РФ, а следовательно, и их нормативные правовые акты в этой сфере составляют правовую основу лицензирования.

В соответствии со ст. 2 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» лицензирование осуществляется в целях предотвращения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности. Осуществление лицензирования отдельных видов деятельности в иных целях не допускается.

К числу видов коммерческой деятельности, для осуществления которых требуется получение лицензии, относятся: реализация и приобретение в целях продажи специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации (подп. 2 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); реализация защищенной от подделок полиграфической продукции (подп. 6 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); реализация вооружения и военной техники (подп. 8 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); торговля гражданским и служебным оружием и основными частями огнестрельного оружия (подп. 9 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); реализация боеприпасов (в том числе патронов к гражданскому и служебному оружию и составных частей патронов), пиротехнических изделий IV и V классов в соответствии с национальным стандартом (подп. 10 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); оборот наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров (подп. 18 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); оборот спиртосодержащей продукции (ст. 18 ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции») и др.

К числу лицензируемых видов деятельности, сопутствующих коммерческой, относятся деятельность по перевозке грузов воздушным транспортом (подп. 23 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); по перевозке, погрузке и выгрузке опасных грузов

(подп. 21, 26–28 п. 1 ст. 12 ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности»); открытие и ведение банковских счетов, осуществление переводов денежных средств по поручению физических и юридических лиц, выдача банковских гарантий (подп. 3, 4, 8, 9 ч. 2 ст. 5 и ст. 13 ФЗ «О банках и банковской деятельности»); биржевая деятельность (ст. 26 ФЗ «Об организованных торгах») и др.

Правовыми последствиями признания того или иного вида деятельности подлежащим лицензированию являются:

1. Оценка факта осуществления такой деятельности без лицензии в качестве запрещенного правом (правонарушения) и применения мер публично-правовой ответственности: административной или уголовной (ст. 171 УК РФ – при условии причинения крупного ущерба либо извлечения крупного дохода от такой деятельности – более чем на один миллион рублей).

2. Оценка сделок, совершенных в рамках осуществления лицензируемого вида деятельности без лицензии, в качестве недействительных (оспоримых) в связи с превышением пределов правоспособности. В. С. Ем отмечает, что «такие и им подобные сделки по общему правилу оспоримы, ибо признание их ничтожными означало бы освобождение недобросовестных юридических лиц, действующих без лицензии, от обязательств перед добросовестной стороной»⁴⁶.

4. Уведомительный порядок осуществления коммерческой деятельности

Обязанность уведомить уполномоченный орган о начале осуществления отдельных видов деятельности возложена на коммерсантов ст. 8 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля». Порядок уведомления утвержден Постановлением Правительства РФ от 16 июля 2009 г. № 584 «Об уведомительном порядке начала осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности».

В соответствии с подп. 4 и 5 п. 2 ст. 8 № 294-ФЗ к числу видов деятельности, о начале осуществления которых требуется уведомить уполномоченный орган, относятся (1) розничная торговля (за исключением розничной торговли товарами, оборот которых ограничен в соответствии с федеральными законами); (2) оптовая торговля (за исключением оптовой торговли товарами, оборот которых ограничен в соответствии с федеральными законами), то есть, по сути, любая торговая деятельность на внутреннем рынке РФ.

Уведомление о начале осуществления этих видов деятельности составляется по форме, утвержденной Правительством РФ и представляется в уполномоченный государственный орган, которым является Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор) и ее территориальные органы, за исключением осуществления деятельности на территории, подлежащей обслуживанию Федеральным медико-биологическим агентством.

Уведомление предоставляется в уполномоченный орган государственного контроля (надзора) непосредственно либо через многофункциональный центр предоставления государственных и муниципальных услуг после государственной регистрации и постановки на учет в налоговом органе до начала фактического осуществления торговой деятельности. Указанное уведомление может быть представлено в форме электронного документа.

Нарушение юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем установленного порядка представления уведомлений влечет административную ответственность по ст. 19.7.5–1 КоАП РФ как за непредставление такого уведомления (ч. 1), так и за предоставление уведомления, содержащего недостоверные сведения (ч. 2). Однако нарушение указанного порядка не влечет оспоримости совершенных сделок, поскольку не имеет места превышения пределов специальной правоспособности. Это обстоятельство служит критерием отнесения данной процедуры к числу уведомительных.

5. Субъекты, обладающие правом собственности на реализуемые товары

Функциональный критерий среди субъектов торгово-посреднической деятельности позволяет выделить *группу субъектов, приобретающих право собственности на реализуемые ими товары*. Вступая в отношения с контрагентом, они всегда действуют от своего имени и за свой счет, как следствие самостоятельно несут юридическую ответственность. Все права и обязанности по договору, заключенному с покупателем, возникают непосредственно у них.

Для некоторых схем посредничества характерно предоставление франшизы (комплексной предпринимательской лицензии на использование в торговле объектов интеллектуальной собственности) по договору франчайзинга (коммерческой концессии). Так, в соответствии со ст. 1027 ГК РФ по такому договору одна сторона (правообладатель, франчайзер) обязуется предоставить другой стороне (пользователю, франчайзи) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау), а также деловой репутации или коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме. Таким образом, коммерческая концессия порождает сопутствующие обязательства при вертикально организованных посреднических цепочках на базе договора поставки или иных договоров.

Как отмечают С. Н. Сосна и Е. Н. Васильева, «для торгового франчайзинга характерны «вертикальные» отношения, когда франчайзер, сосредоточивший в своих руках изготовление продукции, выступает в поле верхнего звена технологической цепочки, а группа франчайзи, занимающихся распределением или сбытом продукции, образует нижние звенья цепочки»⁴⁷.

Весьма условные отличия между субъектами рассматриваемой категории можно свести к следующему:

Таблица 1

Критерий сравнения

Изготовитель

Производственно-коммерческая фирма

Торговый дом

Дистрибьютор

Дилер

Правосубъектность

Юридическое лицо или индивидуальный предприниматель

Юридическое лицо

Юридическое лицо или группа взаимосвязанных юридических лиц

Юридическое лицо

Юридическое лицо

Значение

Продажа произведенной продукции

Продажа произведенной продукции

Выполнение торговых операций, вследствие диверсификации торговой и производственной деятельности

Выполнение операций по поставке товаров представляемого изготовителя (предприятия изготовителя) на определенной территории (как правило, речь идет о государстве)

Выполнение операций по поставке товаров представляемого изготовителя (предприятия изготовителя) на определенной территории (как правило, в местности с определенным количеством покупателей)

Вид торговой деятельности

Оптовая торговля
Оптовая торговля/ розничная торговля
Оптовая торговля/ розничная торговля
Оптовая торговля
Розничная торговля

Структура коммерческих правоотношений

Могут быть осложнены иностранным элементом
Не осложнены иностранным элементом
Не осложнены иностранным элементом
Осложнены иностранным элементом (когда Д. действует как покупатель)
Не осложнены иностранным элементом

Основной поставщик

–
–
Изготовитель
Изготовитель
Дистрибьютор

Наличие обязательств франчайзи

–
–
–
Как правило, имеет место
Как правило, имеет место

Наличие вертикальных соглашений о распределении товарного рынка по территориальному принципу (условие об эксклюзивности)

–
–
–
Как правило, имеет место
Как правило, имеет место

Обязательство по предоставлению дополнительных услуг

–
–
Как правило, имеет место
Как правило,

не имеет места
Как правило, имеет место

Следует отметить, что представления об указанных в таблице субъектах сложились в практике торговой деятельности, но не получили нормативного закрепления в российском законодательстве. Поэтому все указанные отличия весьма относительны. Однако законом (ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ») установлены специальные нормы, касающиеся правового положения некоторых субъектов торговой деятельности.

Хозяйствующий субъект, осуществляющий торговую деятельность посредством организации торговой сети. Закон определяет торговую сеть как совокупность двух и более торговых объектов, которые находятся под общим управлением, или совокупность двух и более торговых объектов, которые используются под единым коммерческим обозначением или иным средством индивидуализации (п. 8 ст. 2 ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ»). Закон провозглашает гарантии свободы торговой деятельности (п. 2 ст. 8 ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ»), но устанавливает случаи ограничения такой свободы посредством государственного вмешательства: (1) ограничение свободы ценообразования в отношении отдельных видов товаров, для которых федеральным законом установлено государственное регулирование цен, торговых надбавок (наценок) на них (п. 4 ст. 8 ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ»); (2) ограничение свободы ценообразования путем предоставления Правительству РФ права устанавливать на срок до 90 дней предельно допустимые розничные цены на отдельные виды социально значимых продовольственных товаров первой необходимости при условии, что в течение 30 дней рост цен на них составит 30 и более процентов (п. 5 ст. 8 ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ»). Кроме того, на него возлагается обязанность «обеспечивать хозяйствующему субъекту, осуществляющему поставки продовольственных товаров, доступ к информации об условиях отбора контрагента для заключения договора поставки продовольственных товаров и о существенных условиях такого договора путем размещения соответствующей информации на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети Интернет или путем предоставления запрашиваемой информации безвозмездно в четырнадцатидневный срок со дня получения соответствующего запроса» (п. 1 ст. 9 ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ»).

Такая же обязанность возложена и на *хозяйствующего субъекта, осуществляющего поставки продовольственных товаров.* Правовое положение этого субъекта тоже затронуто специальными нормами ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в РФ». Так, законом ограничена свобода договора поставки продовольственных товаров в части: (1) срока предоставления кредита по договору (в случае если срок годности менее 10 дней, товары должны быть оплачены в течение 10 рабочих дней после поставки, если срок годности от 10 до 30 дней – в течение 30 календарных дней, а если срок годности свыше 30 дней – товары должны быть оплачены в течение 45 дней со дня поставки), при этом при просрочке в передаче документов на товар срок платежа отодвигается соразмерно времени просрочки поставщика; (2) ценообразования: законом установлен запрет на включение в цену договора поставки вознаграждений хозяйствующего субъекта – организатора торговой сети, за исключением указанных в законе (например, допускается включение в цену вознаграждения за приобретение определенного количества продовольственных товаров, не являющихся социально значимыми товарами первой необходимости); (3) перемены лиц в обязательстве путем уступки требования: законом установлен запрет включения в договор условия, допускающего перемену лиц в обязательстве, а также ответственность за несоблюдение такого запрета; (4) включения в договор поставки условий о совершении хозяйствующим субъектом, осуществляющим торговую деятельность, в отношении поставленных продовольственных товаров определенных действий, об оказании услуг по рекламированию товаров, маркетингу и подобных услуг, направ-

ленных на продвижение продовольственных товаров, а также заключение договора поставки продовольственных товаров путем понуждения к заключению договора возмездного оказания услуг, направленных на продвижение продовольственных товаров: включать такие условия в договор поставки не допускается.

Как видим, государственное регулирование в данной сфере направлено на обеспечение стабильности цен на продовольственные товары.

6. Субъекты торгово-посреднической деятельности, не обладающие правом собственности на реализуемые товары

Для группы субъектов торгово-посреднической деятельности, не обладающих правом собственности на реализуемые ими товары, наоборот, характерно, что в отношениях с контрагентом они всегда действуют за счет собственника товаров, а некоторые – и от его имени. К их числу относятся:

Представители (поверенные) – субъекты, которые на основании полномочий, следующих из договора поручения, агентирования или иного основания, заключают торговые договоры и совершают юридические действия от имени и за счет доверителя. При этом все права и обязанности по сделке возникают непосредственно у доверителя. Полномочия представителя могут быть определены договором поручения, выражены в доверенности либо явствовать из обстановки. Сделки, заключенные неуполномоченным лицом (не имеющим соответствующих полномочий или с превышением их пределов), не порождают для доверителя правовых последствий, если доверитель впоследствии не одобрит их.

Особое значение для торговли имеют коммерческие представители – это лица, постоянно и самостоятельно представляющие от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 184 ГК РФ). К числу таких представителей относятся брокеры, роль которых при участии в организованных торгах трудно переоценить. Для коммерческих представителей установлены специальные нормы, призванные обеспечить интересы представляемых ими лиц. Так, коммерческое представительство разных сторон в сделке допускается либо с согласия этих сторон, либо случаях, предусмотренных законом. Однако, если коммерческий представитель действует на организованных торгах, презюмируется, что представляемый согласен на одновременное представительство таким представителем другой стороны по сделке.

Комиссионеры – это субъекты, которые на основании договоров комиссии или агентирования заключают договоры от своего имени, но за счет комитента. При этом все права и обязанности по сделке возникают у комиссионера, даже если комитент был назван в сделке или совершил действия, направленные на ее исполнение.

Комиссионная торговля является одной из наиболее удобных форм освоения новых рынков сбыта, поскольку от комиссионера не требуется значительного капитала для приобретения товаров с целью их реализации. После реализации товаров комитенту возвращается их стоимость, за вычетом вознаграждения комиссионера.

В международной торговой практике широкое распространение получил такой вид комиссионного посредничества, как консигнация (от лат. *consuignatio* – подпись, письменное подтверждение), хотя в российском законодательстве он и не упоминается. По договору консигнации комитент (консигнант) передает товар на склад комиссионера (консигнатора), который обязан продать его от своего имени, но за счет консигнанта, к определенному сроку. Право собственности на товар на консигнационном складе остается за продавцом вплоть до продажи. По истечении срока не проданный консигнатором товар должен быть возвращен консигнанту, если договором не предусмотрено иное. Расчеты осуществляются по мере продажи товаров.

Агенты – это субъекты, которые совершают от своего имени или от имени принципала, но всегда за его счет, не только юридические, но фактические действия, что позволяет рассматривать агентирование в качестве наиболее универсальной формой посредничества. Г. Д.

Сафиуллина отмечает, что термин «агентирование», возникший в английском общем праве, на своей родине «служит для обозначения любого случая юридического посредничества, то есть охватывает все виды представительских отношений»⁴⁸. Статья 1 Конвенции «О праве, применимом к агентированию» (Гаага, 1978 г.) определяет, что в сферу ее действия включаются отношения международного характера, возникающие в случае, где лицо, агент, имеет полномочие действовать в интересах другого лица, принципала, при установлении отношений с третьим лицом. Таким образом, термином «агентирование» охватываются все известные формы посредничества. По этому же пути пошел российский законодатель. Глава 52 ГК РФ, урегулировавшая договор агентирования, предполагает возможность конструирования его по типу договора комиссии (если агент действует от своего имени) или по типу договора поручения (если агент действует от имени принципала). При этом к ним соответственно будут применяться положения ГК РФ о договоре комиссии либо о договоре поручения. Тем не менее исследователи (М. В. Кротов) отмечают, что «несмотря на использование моделей договоров поручения и комиссии, агентский договор является самостоятельным и не может рассматриваться в качестве разновидности указанных договоров. Предмет агентского договора составляет оказание посреднических услуг. Формулировка «юридические и иные действия» позволяет принципалу поручать агенту осуществление любых действий, в том числе по совершению сделки, принятию и передаче имущества, проверке условий выполнения договора и т. п.»⁴⁹ Типичным примером торгового агента являются коммивояжеры, осуществляющие розничную торговлю непродовольственными товарами по образцам.

*Маклеры*⁵⁰ – это субъекты, которые в интересах сторон договора (или потенциальных сторон будущего договора) совершают фактические, а не юридические действия, способствующие установлению, изменению или прекращению (в том числе исполнению) их обязательств. Такие фактические действия могут быть связаны с поиском потенциальных контрагентов, сбором и обработкой информации о сделке, организацией переговоров и т. п. В российской юридической литературе дореволюционного периода отмечалось, что «маклер посредничает в том смысле, что а) он устраивает встречу лиц, желающих заключить сделку – он «сводит»; б) в переговорах он передает решения одной стороны другой... Его посредничество не есть даровая услуга, за нее он получает плату – куртаж»⁵¹. Это самое вознаграждение всегда связано с конкретной сделкой.

В отличие от иных посредников (за исключением, пожалуй, агента, который при осуществлении фактических посреднических действий, по сути, действует как маклер) маклеру не требуется полномочие от сторон (или стороны) по сделке. Германское торговое уложение (§ 93) особо отмечает это обстоятельство, признавая торговым маклером того, «кто в виде промысла в интересах других лиц, не имея от них на то основанного на договоре постоянного полномочия, берет на себя посредничество в договорах о приобретении либо отчуждении товаров или ценных бумаг, страхования, перевозке грузов, аренде судов либо прочих предметов торгового оборота»⁵².

7. Роль торговых служащих в коммерческой деятельности

Торговые служащие – это лица, находящиеся в трудовых отношениях с субъектами торгово-посреднической деятельности, трудовая функция которых связана с осуществлением такой деятельности. В отличие от российского гражданского законодательства, которое не содержит специальных норм о торговых служащих, Германское торговое уложение (§ 59) определяет их как «тех, кого в торговом промысле нанимают для выполнения торговых услуг за вознаграждение»⁵³, при этом в отсутствие специального соглашения вид и объем таких услуг и размер вознаграждения определяются местным обычаем, а при его отсутствии – на основании принципа разумности. Г. Ф. Шершеневич в «Учебнике торгового права» предлагал понимать под ними (он использует термин «вспомогательный персонал») «всю совокупность лиц, кото-

рые под руководством предпринимателя посвящают свой труд данному торговому предприятию... Отсюда вытекает, что к вспомогательному персоналу не должны быть причисляемы те, кто хотя и содействует успеху предприятия, но не посвящают ему всецело своего труда, разделяя его с другими предприятиями...⁵⁴ те сотрудники, чья деятельность не имеет коммерческого характера⁵⁵... те, кто служит купцу не по предприятию⁵⁶»⁵⁷. Торговые служащие сами по себе не являются субъектами коммерческого права, поскольку в торговые отношения вступают не они, а те лица, с которыми они состоят в трудовых отношениях⁵⁸. Несмотря на то что российское гражданское законодательство не содержит специальных положений о торговых служащих, они играют весьма значительную роль в организации торговых отношений, заключении и исполнении договора и т. д., проявляющуюся как минимум в следующем.

1. Даже в отсутствие доверенности полномочия отдельных торговых служащих (закон указывает на продавца и кассира, впрочем, список не исчерпывающий) на заключение (а иногда и исполнение) торговых договоров следуют из обстановки (абз. 2 п. 1 ст. 182 ГК РФ).

2. Должник отвечает за действия своих работников, если они повлекли неисполнение (ненадлежащее исполнение) обязательства (ст. 402 ГК РФ).

Таким образом, действия (бездействия) торговых служащих при определенных условиях играют роль юридических фактов, с которыми связывается установление, прекращение или изменение прав и обязанностей их работодателя, а также возложение на него юридической ответственности.

Такое положение вещей создает для субъектов коммерческой деятельности риск имущественных потерь, который усугубляется императивной нормой трудового законодательства об ограничении размера материальной ответственности работника пределами среднего месячного заработка, а также перечня случаев полной материальной ответственности работника.

Тема 5. Объекты коммерческого права

1. Понятие объектов коммерческого права

Исследователи наполняют понятие «объекты коммерческого права» различным содержанием. Так, Б. И. Пугинский полагает, что оно равнозначно понятию «товары». В. Ф. Попондопуло занимает позицию, в соответствии с которой объектами коммерческого права являются объекты гражданских прав, относящиеся к имуществу. О. А. Беляева считает, что товар, безусловно, является основным объектом коммерческого права, но также нельзя игнорировать и такие объекты, как деньги, ценные бумаги, права на средства индивидуализации товаров.

Действительно, объектами коммерческого права являются объекты гражданских прав, относящиеся к имуществу. Но не только они и не все они. Вообще, вопрос об объектах коммерческого права не самый однозначный. По нашему мнению, под *объектами коммерческого права* в субъективном смысле следует понимать материальные и нематериальные блага, права и обязанности субъектов в отношении которых возникают, изменяются или прекращаются в связи с осуществлением торгово-посреднической деятельности. Специфику отнесения тех или иных объектов гражданских прав к числу объектов коммерческого права мы рассмотрим далее.

2. Понятие и признаки товара

Понятие товара – пожалуй, основной категории коммерческого права – отличается неопределенностью. Помимо многочисленных подходов, которые можно встретить в юридической литературе, имеется несколько легальных определений товара, которые, впрочем, не тождественны. Среди них встречаются понятия товаров в широком смысле слова, которые более близки экономистам и игнорируют юридическую методологию и терминологию, в частности о нетождественности вещей и иных объектов гражданских прав. Для экономистов, чтобы считаться товаром, некое благо должно обладать тремя свойствами:

- меновой стоимостью;
- потребительной ценностью;
- способностью к обособлению за конкретным лицом и, как следствие, недоступностью вне акта обмена тому, кто нуждается в нем.

Наиболее широкий подход восприняли Федеральный закон «О защите конкуренции» (*товар* – объект гражданских прав (в том числе работа, услуга, включая финансовую услугу), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот) и Федеральный закон «О рекламе» (*товар* – продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот), понимая под товаром любой объект гражданских прав, предназначенный для реализации. Чуть более узкий подход демонстрирует НК РФ, в соответствии с которым *товар*

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.