##### Коммерческое право

|  |
| --- |
| НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ:  1. Дипломы, курсовые, рефераты...  2. Диссертации и научные работы  3. Школьные задания  Онлайн-консультации  Любая тематика, в том числе АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, экономика, техника, менеджмент, биология…  Приглашаем авторов  <http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>  УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ –  На сайте электронной библиотеки  [www.учебники.информ2000.рф](http://www.учебники.информ2000.рф) |

# Предисловие

Уважаемый читатель!

Вы открыли одну из замечательных книг, изданных в серии "Классический университетский учебник", посвященной 250-летию Московского университета. Серия включает свыше 150 учебников и учебных пособий, рекомендованных к изданию Учеными советами факультетов, редакционным советом серии и издаваемых к юбилею по решению Ученого совета МГУ.

Московский университет всегда славился своими профессорами и преподавателями, воспитавшими не одно поколение студентов, впоследствии внесших заметный вклад в развитие нашей страны, составивших гордость отечественной и мировой науки, культуры и образования.

Высокий уровень образования, которое дает Московский университет, в первую очередь обеспечивается высоким уровнем написанных выдающимися учеными и педагогами учебников и учебных пособий, в которых сочетаются как глубина, так и доступность излагаемого материала. В этих книгах аккумулируется бесценный опыт методики и методологии преподавания, который становится достоянием не только Московского университета, но и других университетов России и всего мира.

Издание серии "Классический университетский учебник" наглядно демонстрирует тот вклад, который вносит Московский университет в классическое университетское образование в нашей стране и, несомненно, служит его развитию.

Решение этой благородной задачи было бы невозможным без активной помощи со стороны издательств, принявших участие в издании книг серии "Классический университетский учебник". Мы расцениваем это как поддержку ими позиции, которую занимает Московский университет в вопросах науки и образования. Это служит также свидетельством того, что 250-летний юбилей Московского университета - выдающееся событие в жизни всей нашей страны, мирового образовательного сообщества.

|  |  |
| --- | --- |
| Ректор Московского университета  академик РАН, профессор | В.А. Садовничий |

# Введение

Коммерческое право - одна из новых дисциплин для современного российского правоведения. Одной из первых работ в этом направлении стал учебник "Коммерческое право России", опубликованный в 1999 г. Настоящая книга представляет собой новое издание названного учебника, дополненное и существенно переработанное с учетом изменений законодательства, наработок активно развивающейся теории коммерческого права и накопленного опыта преподавания.

Необходимо отметить, что в России обучение коммерческому праву велось уже с середины XIX в. В соответствии с императорским Уставом университетов 1884 г. в каждом университете были образованы кафедры торгового права. Эта мера резко усилила внимание правовой науки и образования к вопросам правового регулирования торгового оборота, способствовала расширению подготовки юридических кадров для этой сферы экономики.

**Менеджеру, студенту, преподавателю**

**БЕСПЛАТНО по экономике и менеджменту:**

[**Электронная библиотека учебников**](http://учебники.информ2000.рф/)

[**Материалы для самообразования и рефератов**](http://учебники.информ2000.рф/povyshenie-kvalifikacii-rukovoditelei.htm)

[**Готовые дипломы**](http://учебники.информ2000.рф/diplom.htm)

После революции 1917 г. преподавание торгового права было прекращено, а само понятие торгового права изъято из употребления. Сделано это было по идейным соображениям, поскольку марксистская доктрина провозглашала отказ от частной собственности, отвергала использование товарно-денежных отношений. Данная теория оказалась очередной утопией, которыми наполнена история политических учений.

В связи с изменением экономического строя в настоящий период возникла необходимость построения в России нормальных рыночных отношений. Этот важный процесс потребовал своего научного и кадрового обеспечения. В стране было возобновлено преподавание коммерческого права. Согласно утвержденному Министерством образования РФ стандарту изучение коммерческого права предусмотрено во всех юридических вузах и на факультетах.

Стали издаваться различные учебники по коммерческому праву. Не все они равноценны по качеству и полноте изложения материала. Однако уже можно говорить об обеспеченности студентов учебной литературой. Все чаще появляются научные труды по коммерческому праву. Чтение этой литературы полезно для освоения проблематики коммерческого права.

Что касается стран Запада, то там многие десятилетия, если не столетия, наряду с гражданским преподается коммерческое право. Существует мощное научное обеспечение торговой деятельности, в огромных количествах издается учебная и методическая литература. В последнее десятилетие на русский язык переведено несколько хороших, интересных книг, написанных коммерциалистами.

Затруднения, однако, в следующем. Западное торговое законодательство и правовая наука отражают особенности торговой деятельности в условиях развитого товарного рынка. В России товарный рынок только формируется. Поэтому переводная литература может использоваться нашими юристами с соответствующими коррективами.

Представленный курс по основным идеям, направленности и содержанию носит самостоятельный характер, является авторским. Это связано со следующими обстоятельствами. Нашим юристам приходится действовать в совершенно особой обстановке. Ее отличительными чертами служат: во-первых, разрушение единого народнохозяйственного комплекса, звенья которого были жестко связаны административно-плановыми регуляторами, и, во-вторых, мало успешные пока попытки создать рыночный уклад экономики. Это уникальная, не имеющая аналогов ситуация, причем, по-видимому, долгосрочная.

В силу названных обстоятельств коммерческое право в России - это не возобновление или реконструкция прежнего торгового права после 80-летнего перерыва. Это новая дисциплина, формирующаяся на новых принципах, с новым содержанием и даже с изменившимся названием. Причем имеется необходимость с учетом объективного процесса развития торговли и экономики в целом периодически вносить необходимые изменения в содержание излагаемого материала.

Хотелось бы отметить высокую значимость коммерческого права для решения стратегической задачи построения рыночных отношений в стране, определения целей и методов деятельности различных хозяйственных и управленческих структур в этом направлении. На обломках обнаружившей свою неэффективность социалистической системы хозяйства предстоит создать современный рыночный уклад, что невозможно без конкретных мер, которые должны осуществлять законодатель, органы управления и - главное - руководители и юридические службы фирм, чтобы производить необходимые товары и успешно сбывать их, эффективно налаживать договорно-хозяйственные связи. В настоящем курсе подробно разбираются эти вопросы.

Имеется также необходимость в систематизированном виде изложить правовое регулирование торгового оборота. Само по себе это не простое дело. Трудности здесь не только в традиционной для России множественности нормативных актов и низком их качестве. Основная беда - бессистемность, отсутствие единых подходов и целостной последовательно проводимой концепции. В курсе дается по мере возможности обобщенное представление об отечественном торговом праве.

Обращая внимание на просчеты в законодательстве, регулирующем торгово-предпринимательскую деятельность, а главное - на серьезнейшие их отрицательные последствия для страны, автор обосновывает необходимость комплексного решения соответствующих вопросов в кодифицированном акте типа Торгового кодекса России. Десятилетний период применения ГК РФ, на который возлагались большие надежды, наглядно выявил существенную неполноту и дефектность решения в нем многих первостепенных задач, начиная от способов заключения договоров и заканчивая мерами ответственности. На данном этапе представляется важным привлечь внимание общества к этим проблемам, инициировать их активную теоретическую разработку для достижения позитивных изменений в российской экономике, улучшения жизни населения.

Излагаемый курс предназначен решению еще одной немаловажной задачи. В настоящее время основное требование к юристу предъявляется на конкретное знание, на умение правовыми средствами решать практические проблемы. Поэтому в курсе наряду с изложением теории каждого вопроса, знание которой необходимо для квалифицированного подхода и принятия решений, предлагаются также практические рекомендации, освещается положительный опыт.

# Глава 1. Предмет и система курса коммерческого права

1. Следует начать с названия курса, поскольку уже здесь коренятся серьезные расхождения и возникают основания для недоразумений.

Наша дисциплина именуется коммерческим правом. Своим содержанием она имеет изучение правового регулирования коммерческой, или, что одно и то же, торговой, деятельности. Commercium (лат.) - это торговля. Именно коммерческим правом называется данная отрасль права во всех зарубежных странах.

В качестве отличительных признаков отрасли коммерческого права традиционно выделяют большую гибкость, приспосабливаемость к изменяющимся условиям и потребностям торговой деятельности, более полный учет обычаев торгового (делового) оборота, требование беспрепятственности совершения сделок, презумпцию возмездности сделок, более строгие условия ответственности (ответственность без вины). Наряду с этим особый состав участников регулируемой деятельности, собственный предмет регулирования и другие признаки выделяют коммерческое право в самостоятельную правовую отрасль.

В применении термина допускаются массовые ошибки. Прежде всего распространено смешение коммерции и предпринимательства. Коммерцией зачастую называют всякое предпринимательство. Говорят о коммерческих банках, коммерческих поликлиниках, коммерческих учебных заведениях и т.п. Эта неточность коренится в новом ГК РФ. Так, ст. 50 ГК РФ предлагает разделять все организации на коммерческие и некоммерческие, т.е. торгующие либо неторгующие.

Классификация юридических лиц по ГК РФ противоречит ст. 34 Конституции РФ, которая говорит о праве граждан заниматься предпринимательской деятельностью. В самом ГК РФ, в ст. 2, достаточно ясно пишется, что предпринимательство есть любая деятельность, направленная на систематическое получение прибыли. Предпринимательство гораздо шире коммерции, поскольку прибыль можно получать от выполнения работ, оказания услуг, от доходов на имущество, а не только от продажи товаров.

Итак, разработчики ГК РФ сознавали различие между коммерцией как торговлей и предпринимательством как любой деятельностью, нацеленной на регулярное получение прибыли. Поэтому, когда в гл. 4 ГК РФ все предпринимательские организации были названы коммерческими, подобное решение нельзя назвать приемлемым. Известный русский философ А.А. Зиновьев отмечает такой феномен. Создавая путаницу в простейших исходных понятиях, некоторые группы людей порождают непонимание и трудности у широких слоев общества, у тех, кому приходится пользоваться такими понятиями. Даже для отдельных ученых-юристов смешение предпринимательства и коммерции создало существенные затруднения.

2. Теперь о том, почему наш курс называется коммерческое, а не просто торговое право. Причина в следующем.

В последние полвека в обучении наряду с дисциплинами по отраслям права (уголовное, административное, трудовое и др.) получили распространение дисциплины, посвященные комплексному правовому регулированию той или иной отрасли либо подотрасли хозяйства. Например, в автодорожных вузах читается курс "Автотранспортное право". В нем скомпонован материал по регулированию деятельности автотранспорта: организационному построению, финансам и налогам, трудовым отношениям на транспорте. И на Западе, и в России читаются курсы страхового, гостиничного, банковского права.

Здесь скрывается серьезная проблема: как строить обучение? Нужно ли в юридическом образовании строго ограничиваться рамками отраслей права либо следует исходить из потребностей отдельных отраслей хозяйства? Можно изучать предмет, метод регулирования, содержание нормативного материала одной, изолированно взятой, отрасли права. Вместе с тем можно комплексно изучать правовые вопросы отрасли или подотрасли экономики, рассматривать порядок ее регулирования одновременно несколькими отраслями права: административным, гражданским, налоговым, трудовым и др.

Опыт показывает, что для обучения юристов целесообразнее изучать отдельные отрасли права: их предмет, метод, содержание. Лишь для подготовки к работе в определенных областях полезно, причем уже на старших курсах, изучать комплексные юридические дисциплины. А вот для обучения неюристов более удобен второй подход - разбор комплексного регулирования отрасли хозяйства нормами разных отраслей права.

Подобная проблема возникает и при изучении коммерческого права. В торговых вузах и техникумах много лет читался курс "Право советской торговли", ныне - "Торговое право". В нем всесторонне рассматривается правовое регулирование торговой отрасли: управление торговлей, особенности трудовых отношений, правила торговли и т.п. Так, в изданном в 2002 г. учебнике для студентов вузов, обучающихся по направлению "коммерция", "Коммерческое (торговое) право" наряду с вопросами собственно коммерческого права рассматриваются трудовые отношения в торговой сфере, гражданский и арбитражный процесс, административная и уголовная ответственность работников торговли.

В отличие от этого наш курс строится как отраслевая, а не как комплексная юридическая дисциплина. С целью отмежевания, отделения от комплексных разработок по торговле приходится использовать название "коммерческое право". Размежевание необходимо, поскольку коммерческое право имеет принципиально иное содержание, качественно отличается от того, что изучают в торговых вузах и колледжах.

Коммерческое право в содержательном отношении представляет собой обособленную, автономную область гражданского права, ведь торговый оборот может условно рассматриваться как часть имущественного оборота, регулируемого гражданским правом. Сразу же подчеркнем, что коммерческое право регулирует также ряд вопросов организации торговой деятельности, совершенно не относящихся к гражданскому праву.

Наряду с коммерческим правом как подотраслью гражданского права следует выделять и различать коммерческое право как науку и как учебную дисциплину. К сожалению, отличие науки от учебной дисциплины зачастую не отмечается. В чем их разница?

Наука представляет собой вид деятельности по выработке теоретических знаний об объектах, процессах и явлениях действительности. Теоретическое знание - это особое представление, которое добывается на основе использования научных методов и средств. Полученные наукой сведения порой резко отличаются от ненаучного, или, как говорят, обыденного взгляда на одни и те же объекты.

Коммерческому праву приходится решать множество новых и весьма сложных проблем, действовать в статусе науки. Так, учеными-коммерциалистами разработаны теоретические проблемы договоров маркетинга, торгового агентирования, создания и распространения рекламы, передачи и обработки коммерческой информации и многие другие. Ряд таких проблем будет отмечен в настоящей книге. А вот в системе юридического образования коммерческое право выступает уже в качестве учебной дисциплины.

Учебная дисциплина предназначена для целей обучения, подготовки специалистов к практической работе. Учебные дисциплины формируются путем отбора теоретических положений, выработанных соответствующими науками, а также путем обобщения практического опыта. Они не создают нового знания, а лишь обобщают уже имеющиеся знания в удобном для усвоения виде. Примером может служить любой учебник или пособие по обучению (в частности, учебники по стенографии, по автоделу).

История становления науки российского коммерческого права чрезвычайно интересна и поучительна. Начало систематических исследований по коммерческому праву было обусловлено необходимостью подготовки учебной литературы.

Одними из первых работ в этой области стали книга М.М. Михайлова "Торговое право" 1860 г., а также яркие и содержательные "Лекции по торговому праву" (1873 г.) П.П. Цитовича и его же "Учебник торгового права" (1891 г.). Как отмечалось исследователями, именно П.П. Цитович выстроил систему основных понятий теории торгового права, обозначил ее основные проблемы и наметил тем самым путь, по которому стало развиваться изучение русского торгового права. Его работы не потеряли актуальности и по сей день.

Известный российский коммерциалист Г.Ф. Шершеневич в своем "Курсе торгового права" (1888, 1894 гг.) и выдержавшем многочисленные переиздания "Учебнике торгового права" (1911 г.) охватил область торгового права в целом, систематизировал и расположил научный материал по четко координированному плану. Такая системность существенно способствовала развитию торгового права как самостоятельного направления правовой науки.

Заметный вклад в теорию торгового права внесли "Очерки торгового права" А.И. Каминки (1911 г.). Обосновывая самостоятельный характер торгового права, А.И. Каминка показал наличие в области торговли институтов и правовых норм, регламентирующих именно торговый оборот и совершенно не встречающихся в гражданском праве; самое широкое развитие самостоятельности и инициативы субъектов торговли, сочетающееся с мерами публичного контроля, отсутствующими в остальном имущественном обороте; необходимость обеспечения быстроты, устойчивости и определенности торгового оборота, достигаемых специальными способами правового регулирования. "Гражданское право разъединяет и противопоставляет людей, - писал А.И. Каминка, - торговое - их соединяет и подчиняет. Одно право индивидуально, другое - социально".

В трудах названных и других коммерциалистов очерчена система торговых действий, определены понятия торговой деятельности и торгового права, прослежен процесс становления российского торгового права, проведено углубленное исследование текстов законодательства, торговых обычаев и судебной практики, проанализировано соотношение торгового и гражданского права и др.

Научные произведения по русскому торговому праву дореволюционного периода составляют достаточно обширную библиографию. Работы современного периода указываются в тексте книги, в том числе в списках литературы к отдельным главам.

3. Каждая учебная дисциплина занимается своим определенным предметом. Для коммерческого права таким предметом является правовое регулирование коммерческой, т.е. торговой, деятельности.

Торговая деятельность, или, иначе говоря, товарное обращение, в самом общем виде представляет собой совокупность действий людей по продвижению товаров от изготовителей к потребителям. Сразу же возникают вопросы о начальном и конечном пунктах движения товара и об участниках торговой деятельности. Это один из узловых вопросов. Уже здесь коренится принципиальное расхождение позиций, взглядов на коммерческое право.

Коммерцию в дореволюционной литературе по торговому праву рассматривали исключительно как посредническую деятельность между производителем и потребителем материальных благ. Так, по мнению Г.Ф. Шершеневича, центральная фигура, основной субъект торговли - это торговец-посредник или посредническая торговая фирма. Применять ли к возникающим отношениям нормы гражданского или торгового права - это зависит от участия в отношениях коммерсанта.

На подобном понимании предмета в существенной степени основывается и современная теория коммерческого права западных стран. На деле, правда, коммерциалисты постоянно отходят от такого понимания, но на словах господствующей остается торгово-посредническая доктрина.

Данная концепция коммерческого права представляется совершенно неприемлемой. Она сформировалась в прошлом и не учитывает современных реальностей. В результате людям навязываются устаревшие представления, а юридическая наука и практика серьезно запаздывают в решении возникающих проблем.

Бесспорен тот факт, что товары продают и покупают не только посреднические фирмы. Продавать, причем возможно выгоднее, должна каждая организация, изготовившая товар, иначе она не сможет существовать.

Торговый оборот начинается не с акта покупки торговцем партии товара для последующих продаж, как утверждалось в прежней теории торгового права. Торговый оборот начинается с продажи изготовителем произведенного им продукта. Продажа созданного продукта представляет первый и необходимый этап продвижения его к потребителю. Продажа предшествует приобретению товара, а не наоборот. Не будет акта продажи созданных продуктов - не будет рыночных отношений.

Возникает вопрос: в чем практическое значение такой позиции? Дело в том, что посредник может и не закупить товар у отдельных изготовителей или закупить лишь часть товара. Между тем для каждого предприятия важно обеспечить сбыт своего товара. Кроме того, товар может быть реализован без участия посредников, а такие операции тоже образуют торговлю, товарное обращение.

Данный вид деятельности требует широких исследований. Без выработки рекомендаций и оказания методической помощи изготовителям они сами не в состоянии наладить успешный сбыт своего товара. Именно неразработанность указанных проблем, отсутствие у предпринимателей навыков такой работы ведет к массовым фактам, когда производственные организации попросту не знают, какой товар будет пользоваться спросом, кому и в каких количествах он может быть реализован. В результате в стране простаивают тысячи предприятий, не используется значительная часть производственных мощностей, не может проводиться конверсия оборонных заводов.

Таким образом, изучение товарного обращения должно начинаться с действий организаций-изготовителей, реализующих созданный товар, а не с действий торговых посредников.

В состав коммерческой деятельности также следует включать акты приобретения товара покупателями. Крупнейшая группа приобретателей товара - это розничные торговые организации. Наряду с ними потребителями выступают миллионы различных организаций, использующих материалы, оборудование, инвентарь для своих хозяйственных и предпринимательских целей. Потребителями являются не только производственные, но также многочисленные управленческие, учебные, медицинские, военные и иные организации.

Регулирование закупок материальных и товарных ресурсов образует огромный клубок проблем. Материальное и товарное снабжение служит условием нормальной деятельности любой организации. Без устойчивого, ритмичного снабжения экономика обречена на неэффективность и упадок. Здесь также требуются научно обоснованные правила и рекомендации.

Когда теория коммерческого права под влиянием вековой традиции замыкается на деятельности оптово-посреднических организаций, она автоматически исключает из своей сферы вопросы сбыта продукции, а также материального и товарного снабжения. В результате не получают разработки и внедрения в жизнь правила и приемы деятельности, отвечающие современным запросам, потребностям общества. Сотни тысяч предпринимателей действуют без четких установок и рекомендаций.

Итак, в качестве обязательных участков торгового оборота должны приниматься: 1) сбыт изготовителями своих товаров; 2) деятельность оптовых торговых и иных посреднических звеньев; 3) наконец, действия субъектов по приобретению товаров, обеспечению себя необходимыми ресурсами. Все эти участки, а не одни лишь действия оптовых торговцев составляют содержание торговой деятельности и предмет регулирования коммерческого права.

Характерно, что процесс розничной продажи товаров гражданам обычно не включается в предмет регулирования коммерческого права. Этот вовсе не свидетельствует о невнимании к гражданам. Оптовая торговля и снабжение по своим целям, содержанию и правилам существенно отличаются от розничных сделок. Кроме того, розничная торговля достаточно полно регламентируется гражданским законодательством и не нуждается в специальном регулировании в коммерческом праве.

4. Основное содержание курса коммерческого права составляет правовое регулирование торговых действий, совершаемых по поводу обращения товаров и имеющих целью извлечение прибыли. В тех случаях, когда товары используются непредпринимательскими организациями, их приобретение не создает прибыли. Однако оно служит необходимым условием обеспечения жизнедеятельности таких организаций и потому включается в сферу коммерческого права.

К собственно торговым действиям примыкает огромное число вспомогательных и побочных действий (доставка, хранение, привлечение агентов и др.), которые также признаются торговыми, поскольку служат увеличению торговой прибыли. Без большинства таких действий осуществление торговли в современных условиях просто невозможно, вне торговли эти действия утрачивают свое значение. Изучение правового регулирования такого рода действий составляет важную часть дисциплины коммерческого права.

Имеется еще одна совершенно особая теоретическая и практическая задача коммерческого права - правовое содействие становлению российского товарного рынка. Не построив рынок, не создав необходимые основные звенья рыночной системы, нечего пытаться регулировать рыночные отношения.

Формирование структуры и инфраструктуры товарного рынка, налаживание устойчивых торгово-хозяйственных связей имеют решающее значение для преодоления нынешнего бедственного состояния страны, для нормального развития экономики. Названные проблемы с необходимостью должны включаться в предмет науки коммерческого права и сферу регулирования торгового законодательства.

Таким образом, теория коммерческого права призвана изучать и подготавливать научно обоснованные предложения о законодательных мерах по совершенствованию организации субъектов торгового оборота, развитию структуры и инфраструктуры товарного рынка. Этот важный участок товарного обращения не может оставаться вне поля зрения коммерческого права, хотя он стоит достаточно обособленно к основному содержанию данной дисциплины.

Сходным образом, хотя процесс розничной торговли традиционно не рассматривается коммерческим правом, западные коммерциалисты в настоящее время активно занимаются законодательством о защите прав потребителей. Объективная необходимость рассмотрения этих вопросов обусловливается их пограничным положением с проблематикой коммерческого права, важностью учета прав потребителей не только на всех стадиях продвижения товара, но даже в процессе его производства.

К национальному коммерческому праву примыкает международное коммерческое право (право международной торговли), на объективный процесс формирования которого обращали внимание еще Г.Ф. Шершеневич и А.Ф. Федоров в начале ХХ в. В последние десятилетия в связи со значительным увеличением объемов нормативного материала по праву международной торговли, образованием нового lex mercatoria эта проблема актуализировалась. В настоящей книге по мере необходимости указываются нормативные акты международного коммерческого права.

5. Для правильного понимания предмета коммерческого права важно определение его соотношения со смежными юридическими и иными дисциплинами.

Прежде всего - о соотношении с правом гражданским. Коммерческое право представляет собой специальную область гражданского права. Оно берет из гражданского права готовыми многие понятия и целые институты, соответственно видоизменяя последние. Существующая взаимосвязь проявляется в субсидиарном применении к торговым отношениям норм гражданского законодательства при отсутствии специальных торговых законов и обычаев.

Вместе с тем торговая деятельность нуждается для своего успешного развития в особых правилах регулирования, учитывающих ее отличительный характер от имущественного оборота в целом. Выполнение функций в сфере торговли предполагает наличие у субъектов особых прав и вместе с тем налагает на них обязанности, не свойственные иным субъектам гражданского права. Обязательственные отношения в торговом обороте требуют применения особых договоров, не предусмотренных гражданским правом либо существенно видоизмененных по сравнению с последним.

По мере своего поступательного движения коммерческое право вырабатывает собственные принципы, правовые конструкции, правила, совершенно не известные гражданскому праву. Гораздо большее значение в коммерческом праве, чем в гражданском, имеют деловые обычаи, именуемые здесь обычаями торгового оборота.

Существующее стремление отдельных научных кругов к объединению коммерческого права с гражданским ведет, с одной стороны, к необходимости допускать в гражданском законодательстве множество исключений из общих положений, с другой - к оставлению нерешенными важных вопросов и созданию препятствий к развитию российского торгового оборота.

Теперь о соотношении коммерческого и предпринимательского права. Здесь следует подчеркнуть, что коммерция является одним из видов предпринимательства, однако коммерческое право не имеет отношения к праву предпринимательскому.

Как и всякая отрасль экономики, товарное обращение в существенной степени регулируется установлениями государственного, административного, налогового, уголовного и других отраслей публичного права. Однако под коммерческим правом в науке и законодательстве понимаются, прежде всего, частноправовые нормы. За рубежом коммерческим правом признается исключительно система норм частного права. Ни как отрасль публичного права, ни как смешение норм частного и публичного характера коммерческое право не могло бы иметь никаких оснований для самостоятельного существования.

Предпринимательское право называет себя комплексной отраслью, осуществляющей правовое регулирование предпринимательской деятельности нормами различных отраслей права. Однако предпринимательское право не выделяет и не учитывает отличий отраслевых методов правового регулирования. Не рассматриваются и способы обеспечения взаимосвязи между разноотраслевыми установлениями, относящимися к общему объекту. Таким образом, это более упрощенный, огрубленный подход, основанный на игнорировании различий отраслевых методов правового регулирования, способов установления взаимосогласованности между решениями по вопросам предпринимательства, принимаемыми в разных отраслях права.

По этим причинам коммерческое право пока не находит точек соприкосновения с предпринимательским правом.

Коммерческое право и менеджмент. Менеджмент может быть определен как управленческая деятельность фирмы по выработке целей и политики ведения бизнеса, предполагающая комплексный анализ факторов, влияющих на его эффективность.

При выработке долгосрочных установок и ориентиров по укреплению позиций на рынке, новых направлений производства и сбыта крайне важно принимать во внимание требования законодательства, возможности и порядок использования договора и других правовых средств. В России эффективность управленческих решений обычно снижается или не достигается вообще из-за игнорирования правовых аспектов соответствующей деятельности.

Коммерческое право ориентирует юристов фирм на непосредственное участие в подготовке управленческих решений с использованием положений, излагаемых в данной книге и других трудах коммерциалистов.

Коммерческое право и логистика. В сфере торговли осуществляются разнообразные операции с товаром, подразделяемые на два основных вида: коммерческие и технологические. Коммерческие операции связаны со сменой собственников и форм стоимости товара (потребительная и меновая). В отличие от них технологические операции связаны с движением товара как потребительной стоимости. Таковы перемещение, создание запасов, подсортировка, распределение и др.

Технологические процессы и операции являются предметом специальной дисциплины - логистики. Логистика занимается изучением и оптимизацией товародвижения в процессе доведения сырья и готовой продукции до потребителей. Знания логистики представляют совокупность способов организации перемещения товаров, их хранения и распределения, управления материальными потоками.

Вместе с тем логистика не предусматривает учета требований законодательства, применения таких правовых средств организации товарных операций, как договор, имущественная ответственность и др. Поэтому положения логистики должны согласовываться с правовыми установлениями, знаниями коммерческого права.

# Дополнительная литература

1. Актуальные проблемы коммерческого права: Сборник статей/Под ред. проф. Б.И. Пугинского. М., 2002.

2. Андреева Л.В. Коммерческое право России: проблемы правового регулирования. М., 2004.

3. Круглова Н.Ю. Коммерческое право: Учебник. М., 1999.

4. Осипова Л.В., Синяева И.М. Основы коммерческой деятельности: Учебник для вузов. М., 1997.

5. Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права (по изд. 1886 г.). М., 2001.

6. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изд. 1914 г.). М., 1994.

# Глава 2. Законодательное регулирование торговой деятельности

1. Торговое право, его история уходят в глубь тысячелетий. Властные установления о торговле, правила купеческой деятельности встречаются почти во всех правовых памятниках древности.

Достаточно полную разработку вопросы торгового оборота получают в римском праве. К. Маркс характеризовал римское частное право как отличающееся "непревзойденной по точности разработкой всех существенных правовых отношений простых товаровладельцев"[\*(1)](#sub_991). Для нормирования торговых отношений не было необходимости создавать особое торговое право, поскольку, по утверждениям исследователей, должная гибкость и применимость системы jus gentium к торговому быту обеспечивалась свободной преторской юрисдикцией.

Развитие торгового права в его подлинном значении связано со становлением капиталистических отношений.

В дореволюционной юридической литературе было принято различать три этапа в становлении и развитии торгового права. Эта периодизация содержится в старых российских учебниках, трудах западноевропейских коммерциалистов. К настоящему времени эта классификация устарела. В современной литературе она уже не используется в связи с радикальными изменениями системы торговли. Однако в познавательном отношении это прежнее разграничение весьма поучительно.

Первый период обычно именуют итальянским. Он знаменует зарождение европейского торгового права. В XI-XV вв. Италия была одним из наиболее экономически развитых регионов, являлась посредницей в торговых связях Средиземноморских стран. Это был наиболее мощный узел мировой торговли.

Именно в Италии получила развитие специальная торговая юрисдикция, сформировались морские обычаи. В 1494 г. в Италии была издана книга Луки Пачоли "Трактат о счетах и записях", которая положила начало бухгалтерскому учету в торговой и банковской сферах. Это была знаменитая итальянская бухгалтерия с воспринятыми во всем мире приемами и терминологией: учет по методу баланса и отражение операций путем двойной записи (дебет - кредит).

Второй период - французский - связывают с превращением Франции с XVI в. в одну из крупных торговых держав. Государственная власть проявила дальновидность и последовательно оказывала покровительство развитию торговли. При этом власть исходила из двух стратегических целей - обогащения казны и сплочения, консолидации государства вопреки сепаратистским действиям феодальной знати.

К этому периоду относятся первые опыты кодификации торгового законодательства. В 1673 г., с которого многие ученые и ведут начало собственно торгового права, принимается Торговый ордонанс. В 1807 г. издается наполеоновский Торговый кодекс. Исследователи отмечают его огромное влияние на другие страны.

Ясность редакции и относительная полнота его установлений, учитывавших обычаи торгового оборота, обеспечили французскому, а позднее - и германскому торговым кодексам значение образца для торгового законодательства Европы и других частей света.

Третий период именуют германским. Заметим, что в XVIII-XIX вв. крупнейшей торговой державой была Великобритания, на нее приходилась основная доля мирового товарооборота. Однако в силу особенностей правовой системы ее вклад в развитие торгового права был незначителен.

Германский период характеризуется принятием в 1861 г. Общегерманского торгового уложения. Уложение установило общие правила товарного обращения на территории страны. В этот период Германия представляла собой конгломерат из почти сотни разрозненных княжеств, герцогств, свободных городов. Общегерманское торговое уложение сыграло поистине выдающуюся роль в развитии торгово-хозяйственных связей в стране, в формировании единого немецкого рынка. Оно стало мощным инструментом консолидации страны.

Г.Ф. Шершеневич в своем учебнике отмечает любопытный факт, достойный нашего внимания. В 1896 г. уже в единой Германии было принято Гражданское уложение. С его изданием необходимость в существовании отдельного Торгового уложения ослабла, поскольку многие общегражданские положения были перенесены в Гражданское уложение. Однако с учетом того, какую огромную роль Торговое уложение 1861 г. сыграло в превращении страны в централизованное и мощное государство, в 1897 г. было осуществлено его переиздание. Это стал более современный и четкий акт.

Под влиянием успеха законодательных шагов в Германии, да и с учетом собственных потребностей, в конце XIX в. почти во всех европейских и многих других странах наряду с гражданскими были приняты самостоятельные торговые кодексы. Так, в 1899 г. Япония приняла Торговый кодекс, во многом позаимствовав германский опыт. Почти все эти кодексы продолжают действовать с соответствующими изменениями и поныне.

2. Рассмотренная периодизация истории торгового права имеет в основном познавательное значение. В настоящее время гораздо более важно понимание основных процессов, происходящих в сфере товарного обращения, и их отражение в праве. Здесь актуально следующее.

На протяжении тысячелетий торговая деятельность последовательно развивалась и совершенствовалась, но это развитие носило эволюционный характер. Однако в 60-е годы ХХ в. в США, а затем - в Западной Европе произошло то, что нередко обоснованно называется торговой революцией. Известны культурные революции, научно-технические, информационные - о них много написано. А вот свершившуюся торговую революцию наши управленцы и экономисты оставили без внимания, хотя по значимости она была ничуть не меньше указанных. Она произошла в США, ее результаты использовали также другие развитые страны, к сожалению, кроме России.

В чем выражалась эта революция? Во-первых, в резком и постоянном увеличении объемов продаж. За последние 30 лет объемы мировой торговли возросли в 5 раз, одновременно увеличились объемы внутренней торговли. Во-вторых, в изменении методов организации производства и сбыта товаров. Производство стало базироваться на предварительном изучении потребностей в товаре, прогнозировании возможностей его продажи. В результате производство начало целиком определяться запросами покупателей. Изготавливается только то и в таком количестве, что реально может быть продано.

Указанные меры позволили устранить кризисы перепроизводства. Рыночная экономика приобрела черты высокой организованности, динамичности. Более того, наше планирование, которым мы гордились в советский период, к сожалению, не могло обеспечить столь высокого уровня сбалансированности производства и потребления. Достаточно сказать, что, согласно статистическим данным, в 1990 г. излишние запасы сырья и материалов на складах предприятий равнялись трехгодовому объему внутреннего валового продукта.

Еще один аспект торговой революции - структурная перестройка сбыта и снабжения. Появились мощные посреднические звенья, занимающиеся продвижением товара. Такие звенья включают в себя головную сбытовую фирму и зависимую от нее сеть дилеров-распространителей. Сейчас в США существует более 300 тыс. оптовых фирм по сбыту различных товаров, ФРГ - 100 тыс., Италии - 90 тыс. (в России - около 20 тыс.). Многие предприятия-изготовители передали функции сбыта своих товаров этим посредническим звеньям, которые в силу специализации способны более эффективно вести торговую деятельность. Усилиями посредников сейчас обеспечивается оперативное и равномерное продвижение товаров во все точки страны и за рубеж.

Торговая революция привела и к другим замечательным результатам. Появление оптовых посредников в качестве мощной самостоятельной силы позволило сломить диктат производителей над потребителями, который даже на Западе сохранялся до 60-х годов. Оптовые посредники, исходя из целей увеличения собственной прибыли, обеспечили решающее влияние интересов потребителей на развитие производства. Они добились непрерывного совершенствования товаров, улучшения качества, расширения ассортимента для удовлетворения запросов покупателей. Потребитель, т.е. все население, получил наибольший выигрыш от происшедшей торговой революции.

В народном хозяйстве СССР диктат производителей в беспрецедентных формах существовал все 70 лет, не искоренен он и в современной России. Показательно, что если в нашей стране продолжают отмечаться профессиональные праздники, в том числе День работника торговли, то в США в период президентства Кеннеди был провозглашен День потребителя. Это действительно всеобщий праздник, поскольку потребителем является каждый житель страны, от бродяги до сенатора.

Среди позитивных перемен в стране одна из значимых - это издание Закона РФ от 07.02.92 N 2300-1 "О защите прав потребителей" (в ред. Федерального закона от 09.01.96 N 2-ФЗ)[\*(2)](#sub_992). Он предоставляет прежде небывалые возможности защиты прав и интересов граждан. Это позволяет человеку несколько "разогнуть спину", эффективнее бороться с постоянными унижениями в сфере торговли и услуг.

Торговая революция создала то, что называют новым качеством жизни людей на Западе. Эта категория включает в себя улучшение качества и структурного состава продуктов, потребляемых основной массой населения, а также увеличение объема свободного времени людей за счет ликвидации дефицитов и убыстрения торговых операций.

Торговая революция опиралась на мощное правовое обеспечение, сопровождалась бурным развитием торгового права. Это проявилось, прежде всего, в уточнении изданных много десятилетий назад торговых кодексов, во внесении в них изменений в соответствии с современными требованиями торгового оборота. Так, внесены существенные изменения в ряд разделов Германского торгового уложения. Во Франции в 1999 г. принят новый Торговый кодекс.

В качестве второго важного показателя развития торгового права надо отметить законодательные меры в государствах общей системы права. Например, в США в 60-е годы был принят Единообразный торговый кодекс, по своей сути являющийся модельным законом. На его основе в каждом штате изданы свои торговые кодексы. Единообразный торговый кодекс США регулярно дополняется и уточняется, что свидетельствует о его значимости и актуальности.

В Англии на рубеже 70-80-х годов принят ряд законов торгового права. Таковы Закон о справедливой торговле 1973 г., Закон о недобросовестных торговых условиях 1977 г., Закон о купле-продаже 1979 г., два закона об исковой давности 1980 г., Закон о передаче имущества 1982 г. и др. Издание названных законов в США и Англии знаменует слом так называемой общей системы права, причем необратимый. Вместо прецедентной она становится нормативно-прецедентной, причем дальнейшее ее развитие идет по пути увеличения доли законодательного регулирования (статутов).

В качестве важного направления развития торгового права следует назвать гармонизацию национального торгового законодательства. Этому способствует заключение международных соглашений, а также издание международными организациями большого числа актов по различным вопросам торговой деятельности.

Ряд соглашений принят в качестве конвенций ООН. Так, первоочередное значение имеет Конвенция о договорах международной купли-продажи (Вена, 1980 г.). По правилам Венской конвенции заключаются все внешнеторговые сделки, если только они не подпадают под действие других соглашений.

Большое число соглашений и других документов подготовлено комиссиями и организациями под эгидой ООН. Таковы, прежде всего, документы ЮНКТАД - Конференции ООН по торговле и развитию; ЮНСИТРАЛ - Комиссии ООН по праву международной торговли.

Международные соглашения унифицируют порядок применения цен и тарифов, стандартизации и сертификации товаров, закрепляют общие правила перевозок грузов. В результате товарное обращение в разных странах осуществляется по все более взаимосогласованным правилам.

Новым направлением развития торгового права явилось издание в документированном виде современных обычаев торгового оборота и рекомендательных правовых актов по вопросам торговых отношений.

Так, резко активизировалась в последние десятилетия деятельность Международной торговой палаты и других авторитетных общественных организаций по обобщению обычаев торгового оборота и их документированию в своих изданиях. они касаются определения условий торговых договоров, порядка расчетов за товары и других вопросов. Таковы, например, Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс), типовые дистрибьюторские и агентские соглашения, правила об аккредитивах, чеках, инкассо и др.

Римский институт УНИДРУА публикует обобщения обычаев международного торгового оборота. Основным подготовленным им документом являются Принципы международных коммерческих договоров 1994 г.[\*(3)](#sub_993), в которые регулярно вносятся дополнения. Документы Международной торговой палаты и Принципы УНИДРУА направлены на регулирование внешнеторговых отношений. Однако они все шире используются также во внутреннем торговом обороте, в том числе в России (в частности, Инкотермс) при наличии ссылок на них в заключаемых договорах.

Объединение разрозненных торговых обычаев и публикация их в официальных изданиях придали им новые регулирующие возможности. Они применяются как доказательства принятой всеобщей практики, выполняют также систематизирующую функцию. Документированные торговые обычаи оказывают существенное влияние на гармонизацию национального торгового права, определяют тенденции его развития.

Целям унификации и гармонизации торгового права служат Принципы европейского договорного права (ПЕДП), первоначально намечавшиеся как проект Европейского единообразного торгового кодекса. Комиссия по подготовке ПЕДП, созданная Институтом Европейского университета, завершила в 1999 г. разработку трех частей этого документа. Он характеризуется высокой степенью учета наиболее важных действующих положений международного и национального торгового права.

Существенной особенностью ПЕДП является отказ от детализации нормативного регулирования обязательственных отношений и переход к регулированию, прежде всего на основе сформулированных общих принципов торговой деятельности (добросовестность, взаимное содействие и др.). Такой подход позволяет при применении ПЕДП преодолевать расхождения национального торгового права. Принципы европейского договорного права получили одобрение руководящих органов Европейского союза. Они находят реализацию в торговой деятельности, практике зарубежных судов.

Сходное значение имеет Свод принципов, правил и стандартов lex mercatoria, сокращенно именуемый Принципами СЕНТРАЛ. Принципы СЕНТРАЛ в редакции 2003 г. подготовлены группой видных ученых-юристов Центра транснационального права (ФРГ)[\*(4)](#sub_994). Они являются тщательно разработанной системой принципов и норм торгового права, рассчитанных на широкое применение.

Документы Международной торговой палаты, Института УНИДРУА и других авторитетных общественных и научных организаций в совокупности образуют то, что называют новым lex mercatoria. В отличие от средневековой системы купеческих обычаев, носивших сословный характер, новый lex mercatoria предназначен для применения любыми участниками торгового оборота. Его положения активно внедряются в национальное законодательство, коммерческую и судебную практику. Совершенствование торгового права происходит под их непосредственным влиянием.

Еще один аспект развития торгового права - заключение региональных соглашений по вопросам торговли. Здесь необходимо назвать Римский договор 1957 г. об учреждении Европейского экономического сообщества. Договор предусмотрел создание общего рынка стран-участниц, снятие количественных ограничений на ввоз и вывоз товаров, отмену таможенных сборов. Становление общего рынка проходило в несколько этапов. Подписание в 1991 г. Маастрихтского договора о создании Европейского союза повлекло закрепление "единого внутреннего рынка" стран-участниц.

Некоторые из высших органов ЕС - Совет и Комиссия - наделены правом издавать нормативные правовые акты: регламенты, директивы, решения, рекомендации и заключения. Регламенты служат актами прямого действия и обязательны для каждого государства-члена ЕС. Директивы содержат обязательные положения для государств, которым они адресуются, и реализуются на основании правовых актов, издаваемых этими государствами. Решения обязательны лишь для субъектов, которым они адресованы. Рекомендации и заключения не носят императивно обязывающего характера.

Учредительные договоры в совокупности с актами руководящих органов ЕС образуют право Европейского союза. Значительное место в нем носят императивные установления и нормы прямого действия.

Россия также является участницей региональных соглашений. Так, имеется ряд соглашений, касающихся торговли, заключенных в рамках СНГ. Действуют межгосударственные соглашения по вопросам торговли с различными странами. Все это - акты торгового права.

Итак, можно говорить с уверенностью о чрезвычайно интенсивном, "взрывном" развитии торгового права в последние десятилетия. Оно было обусловлено потребностями развития мирового товарного рынка и национальной торговли.

3. Принятие в значительном числе стран наряду с гражданскими также торговых кодексов получило название дуализма частного права. Здесь слово "дуализм" означает всего лишь раздельное существование гражданского и торгового законодательства, сведенного в гражданский и торговый кодексы. Наряду с этим встречаются суждения о дуализме публичного и частного права.

Следует отметить неудачность использования термина "дуализм" по поводу одновременного существования гражданского и торгового кодексов. Дуализм представляет собой философскую концепцию, объясняющую бытие как состоящее из двух противоположных и несоединимых друг с другом начал: духа и материи. Это воззрение возникло более 2,5 тысячи лет назад у философской школы гностиков. В дальнейшем оно было развито Р. Декартом и И. Кантом, которые утверждали о существовании субстанций двух родов: материи и духа. Они существуют порознь и не совпадают друг с другом.

Суждения о дуализме гражданского и торгового права неприемлемы уже потому, что они являются отраслями частного права, имеют общие методы регулирования, системы правовых средств. Торговое право выступает специальной частью гражданского, составляя вместе с ним определенную целостность. Поэтому нет оснований для противопоставления их друг другу, как это предполагает дуалистическая концепция.

Требует рассмотрения вопрос о содержании торговых кодексов, действующих в других странах. Основная их цель и предмет - регулирование торгового оборота, установление правил коммерческой деятельности.

Вместе с тем приходится отмечать такое явление, которое можно назвать эклектикой кодексов. Оно выражается в том, что ни в одном кодексе не обеспечивается предметное единство, не соблюдается чистота очерчивания своего предмета. Помимо собственно коммерческой деятельности кодексы регулируют также иные вопросы, не относящиеся напрямую к продвижению товаров, даже вообще никак не касающиеся торговли.

Так, Германское торговое уложение наряду с торговлей регулирует перевозку грузов и даже пассажиров, экспедиционную деятельность. В Единообразном торговом кодексе США значительное место уделено обращению ценных бумаг, регулированию банковских операций, договору аренды. Торговый кодекс Португалии помимо торговых сделок регулирует обязательства займа, страхования, перевозки.

Таким образом, практически в каждом торговом кодексе содержатся нормы о торговом обороте, образующие ядро этого акта, и еще добавочные положения, косвенно касающиеся торговли или даже не относящиеся к ней. Данное обстоятельство порождает неверные представления о содержании торгового права и его соотношении с правом гражданским. В литературе по торговому праву зарубежных стран нередко можно встретить мнение об отнесенности к торговому праву всех институтов, которые включены в торговые кодексы.

Определяя сферу действия торгового законодательства, мы должны принять очевидное и неоспоримое положение, что торговое законодательство призвано регулировать торговлю и те операции, которые непосредственно ее обслуживают.

Чем же объяснить в таком случае, что торговые кодексы содержат отчасти нормы не о торговле? Для ответа на этот вопрос следует обратить внимание на тот важный факт, что в кодексах разных стран "неторговые разделы" являются совершенно различными. Именно здесь, в этом несовпадении, удается отыскать корни рассматриваемого феномена.

Причина весьма прозаична. Дело в том, что законодатели - и это общемировая практика - стремятся использовать издание торгового закона для попутного решения в нем вопросов, порой совершенно не относящихся к торговле, но назревших и требующих законодательного урегулирования. Указанное обстоятельство, однако, не должно служить основанием для размывания предмета, нарушения отраслевого единства и содержательной целостности торгового права. Поэтому те установления, которые содержатся в торговых кодексах, но не относятся к регулированию торговой деятельности, не должны включаться в предмет торгового права.

4. История российского торгового права характеризуется существенными особенностями. В нашей стране торговля переживала периоды активного роста и долговременных спадов. Торговое законодательство и наука торгового права развивались со значительным отставанием от потребностей общества.

Вопросы торгового оборота регулировались различными правовыми актами. Значение, придававшееся торговле, отразилось в законодательных памятниках древнего и средневекового периода. Так, статьи, посвященные вопросам торговли и торгового сословия, имеются в Русской Правде, Псковской судной грамоте, Соборном уложении 1649 г. В 1653 г. был принят Торговый устав, а в 1667 г. - Новоторговый устав, регулировавшие отдельные вопросы торговой и даже внешнеторговой деятельности. Принимались другие законодательные акты о торговле.

Развитие товарного производства в России сдерживалось существованием крепостничества. Следует, однако, отметить стремление властей с учетом успешного опыта Запада и собственных интересов к развитию торговли и промышленности. Энергичные меры по их поощрению проводились при Петре Великом, продолжались и при последующих императорах. С XIX в. интересы промышленности и торговли становятся одной из главнейших забот правительства.

Среди шагов по развитию торгового законодательства следует отметить указы Петра Великого об организации лиц, занимающихся торговлей, в особое сословие с сословной юрисдикцией. В 1755 г. издан Таможенный устав, касавшийся некоторых вопросов материального торгового права. Особенно много торговых законов было принято в первой половине XIX в. В 1832 г. издаются устав о торговом судопроизводстве и судоустройстве, устав о торговой несостоятельности и о векселях, именовавшихся нередко "купеческими бумажными деньгами". В 1834 г. принимается положение о купеческих книгах, а в 1836 г. - об акционерных товариществах. А.И. Каминка пишет, что в первой половине XIX в. "сознание необходимости особых торговых законов разделялось всеми"[\*(5)](#sub_995).

С развитием законодательства в России стала чувствоваться потребность в его кодификации. В 1766 г. указом Екатерины II была образована комиссия для подготовки проекта нового законодательного уложения, в котором предполагалось кодифицировать и нормы торгового права. Кодификационные работы были закончены, однако, лишь в 1832 г. и то не в виде уложения, а свода действовавших постановлений. В первых двух изданиях Свода законов (1836 и 1842 гг.) торговые законы помещены под названием "Учреждений и уставов торговых". Вместе с тем указанные законы совершенно отличаются от законов гражданских, с одной стороны, и от законов публичных, регулирующих торговый оборот, нося самостоятельный характер.

В издании Свода законов 1857 г. торговые законы получили название Устава торгового. В существенно переработанном виде Устав торговый был издан в 1887 г. (затем - в 1903 г.), одновременно из него выделен Устав судопроизводства торгового. Идея самостоятельности российского торгового права впервые получила четкое выражение в Уставе торговом 1887 г. Издание Устава отражало объективно существовавшую потребность российского хозяйства в специальном законодательном регулировании торговых отношений.

В юридической литературе отмечался крайне низкий уровень Устава торгового по сравнению с торговым законодательством Франции и Германии. Устав представлял собой механическое соединение законов, изданных в разные периоды; при наличии частых повторений, обилии непригодных к применению статей в нем отсутствовали положения по самым существенным вопросам торговой деятельности. Совершенствование Устава осуществлялось путем пересмотра отдельных разделов или норм.

Отставание развития российского торгового права в значительной степени порождалось непризнанием в качестве источника права торговых обычаев, которые играют исключительную роль в специализации и формировании этой отрасли права. Игнорирование торгового обычая было характерно для всего периода централизации государственной власти XVI-XIX вв. (вплоть до издания Устава торгового 1887 г.) и для судебной практики.

В числе прочих причин слабость российского торгового права обусловливалась недостаточной теоретической разработанностью многих проблем. В Западной Европе научная разработка торгового права в качестве особой отрасли правоведения началась уже в XVI веке. Отечественная литература по коммерческому праву появляется в последней трети XIX в., причем по преимуществу учебная. При этом немалую часть энергии ученые тратили на взаимные споры о том, имеет ли коммерческое право основания для самостоятельного существования, - странное и непродуктивное занятие. Следует констатировать, что представители юридической науки несут свою долю ответственности за неблагополучное состояние коммерческого права России.

5. В первые советские годы всплеск внимания к торговому праву был связан с нэпом. По постановлению СНК РСФСР начиная с 1923 г. велась работа по составлению проекта Торгового свода. Его предполагалось издать в качестве одной из частей ГК РСФСР. Комиссией под эгидой ВСНХ был составлен проект Торгового свода СССР. Он обсуждался ряд лет. Но после отказа от нэпа все работы над Торговым сводом были прекращены.

В современной России торговое право вновь начало развиваться. Закреплена его отраслевая специализация. Она постепенно проводится в законопроектной работе. Указом Президента РФ от 16.12.93 N 2173 (в ред. 1997 г.) был утвержден Общеотраслевой классификатор отраслей законодательства[\*(6)](#sub_996). В нем наряду с гражданским законодательством выделено законодательство о торговле. Указом Президента РФ от 15.03.2000 N 511 одобрен Классификатор правовых актов, сменивший Общеотраслевой классификатор 1997 г. В нем в рубрике "Хозяйственная деятельность" имеется специальный раздел "Торговля". Этим признается специфика торгового законодательства. Оно выделено из общего массива нормативных актов. Раздел "Торговля" разбит на несколько подразделов, которые весьма неполно и нечетко определяют круг отношений, относящихся к сфере торговли.

Правовой основой торгового законодательства служит Конституция РФ. В качестве конституционной основы экономического строя она закрепляет положения о единстве экономического пространства в Российской Федерации, свободном перемещении товаров, услуг и капиталов, свободе осуществления предпринимательской деятельности, поддержке конкуренции и ограничении монополистической деятельности, равной защите частной, государственной, муниципальной и иных форм собственности и др.

Согласно ст. 71 Конституции РФ установление правовых основ единого рынка относится к ведению Российской Федерации. Это означает, что нормативные правовые акты по вопросам, касающимся основ формирования рынка, могут приниматься исключительно соответствующими федеральными органами.

Главным законом, регулирующим торговую деятельность, в настоящее время является ГК РФ. Наряду с ним издан ряд законов торгового права. Таковы Закон РФ 1992 г. "О товарных биржах и биржевой торговле", Закон РФ от 22.03.91 (в ред. от 02.01.2000) N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках", Кодекс торгового мореплавания (Федеральный закон от 30.04.99 N 81-ФЗ), Федеральный закон от 02.01.2000 N 29-ФЗ "О качестве и безопасности пищевых продуктов", группа федеральных законов о регулировании закупок товаров для государственных нужд, федеральные законы о государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции, лекарственных средств и др.

Имеются важные федеральные законы, затрагивающие наряду с торговлей также интересы других предпринимателей или всего населения. Таковы, например, Федеральный закон от 27.12.02 N 184-ФЗ "О техническом регулировании", Закон РФ (в ред. Федерального закона от 17.12.99 N 212-ФЗ) "О защите прав потребителей" и др. Так, Закон РФ "О защите прав потребителей" предусматривает многочисленные важные требования, которые должны учитываться не только розничными торговыми организациями во взаимоотношениях с потребителями, но также оптовыми организациями и изготовителями товаров, чтобы не нарушать законные интересы граждан-потребителей.

В связи с намечаемым вступлением России в ВТО предусмотрено принятие пакета законов для приведения национального законодательства в соответствие с требованиями ВТО.

Правительство РФ на основании Федерального конституционного закона от 17.12.97 N 2-ФКЗ "О Правительстве Российской Федерации" осуществляет регулирование экономических процессов; обеспечивает единство экономического пространства и свободу экономической деятельности, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств; вырабатывает государственную структурную и инвестиционную политику и принимает меры к ее реализации; принимает меры по защите отечественных производителей товаров, исполнителей работ и услуг.

Указы Президента РФ и постановления Правительства РФ содержат не противоречащие законам акты коммерческого права.

Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры в силу п. 4 ст. 15 Конституции РФ признаются составной частью правовой системы России. Это важное положение относится и к коммерческому праву.

В качестве источника коммерческого права выступают торговые обычаи. На их формирование в России существенное влияние оказывают внешнеторговые обычаи, документированные в изданиях авторитетных общественных организаций.

Следует указать на метод правового регулирования, свойственный коммерческому праву. В силу непосредственной взаимосвязи с гражданским правом коммерческое право использует единый с ним общедозволительный метод регулирования.

Названный метод состоит в предоставлении участникам торгового оборота возможности самостоятельно создавать для себя субъективные права и юридические обязанности, совершать иные юридические действия. Субъекты торгового оборота приобретают права и осуществляют их своей волей и в своем интересе.

Общедозволительный метод обеспечивается в результате придания первостепенного значения в торговом и гражданском праве управомочивающим (дозволительным) нормам. Частным случаем дозволительности служит широкое применение диспозитивных установлений. Императивные обязывающие и запрещающие нормы наличествуют в торговом и гражданском законодательстве, однако они имеют вспомогательное значение. Так, правила о конкретных видах договоров предписывают сторонам согласовывать существенные условия, хотя непосредственное содержание таких условий определяется самими договорными контрагентами.

6. Важно понимать взаимовлияние торгового и гражданского права. Гражданское право своим происхождением и развитием обязано в первую очередь торговле. Потребности регулирования товарных рыночных отношений оказывают определяющее воздействие на развитие гражданского права, основных его институтов. По выражению известного английского ученого-юриста В. Ансона, "договорное право является детищем торговли". Это означает, что главное регулирующее средство гражданского права - договор - возникло и сформировалось под воздействием потребностей торгового оборота.

Процесс выделения из гражданского права в качестве самостоятельной отрасли права торгового обусловлен объективными закономерностями. Первая состоит в необходимости наличия системы специальных норм, регулирующих именно торговые отношения. Массив таких специальных норм является значительным. Великий философ древности Платон отмечал, что в торговых городах требуется вдвое больше гражданских законов, чем в городах, где торговля не ведется. Правильность этого положения уже для капиталистических отношений подтверждает французский энциклопедист Ш. Монтескье в книге "О духе законов"[\*(7)](#sub_997). В современных условиях с возрастанием объемов торговли данная закономерность сохраняется.

Сама специфика торгового законодательства обусловливается такими имманентными чертами торгового оборота, как высокая скорость торговых операций, их возмездный характер, легкость доказывания, широкое использование кредита. Как отмечал Ю.С. Гамбаров, самостоятельное развитие торгового права происходит потому, что торговля особенно нуждается в специальных нормах и учреждениях, способствующих быстроте заключения сделок, легкости их доказательства и др.[\*(8)](#sub_998)

Второе объективное основание обособления коммерческого права состоит в различии динамики развития торгового и гражданского законодательства. Немецкий юрист П. Шустер пишет, что "торговое право всегда действовало в качестве лидера гражданского права"[\*(9)](#sub_999). А.И. Каминка отмечал, что торговое право часто является пионером новых идей, оно "постоянно увеличивается новыми нормами, соответствующими вновь возникающим отношениям в области торгового оборота"[\*(10)](#sub_9910). В настоящее время лидирующая роль коммерческого права усилилась и объективно будет возрастать.

Сама неравномерность развития торгового и гражданского законодательства возникает в результате более высокой динамики роста торговли внутри имущественного оборота в целом. В рыночной экономике торговля является наиболее активно развивающимся видом деятельности с быстрой оборачиваемостью капитала. Достаточно напомнить, что за последние 30 лет объемы мировой торговли увеличились в 5 раз - никакой другой участок имущественного оборота, кроме информатики, так не вырос.

Понимание указанных обстоятельств важно для правильного решения вопроса о кодификации торгового законодательства. Издавать ли отдельный торговый кодекс или урегулировать вопросы торгового права внутри гражданского кодекса - это лишь на первый взгляд дело законодательной техники. Проблема, однако, в следующем. Разная интенсивность развития требует более частых изменений норм по вопросам торговли, тогда как общий консерватизм гражданского законодательства и сложность его изменений затрудняют это.

Кроме того, в силу ограниченности объемов гражданские кодексы никогда не позволяли с необходимой полнотой одновременно урегулировать торговую деятельность. В нынешнем ГК РФ, объемы обязательственной части которого втрое больше, чем у ГК РСФСР 1964 г., вообще не нашлось места для урегулирования жизненно важных видов договоров: оптовой купли-продажи, маркетинга, передачи и переработки информации, изготовления и распространения рекламы, дистрибьюторских обязательств, электронной торговли и др. Кодекс в данном отношении значительно отстает от условий деятельности и современных запросов общества и будет держать страну в состоянии отсталости.

Стремление урегулировать торговую деятельность в рамках ГК РФ порождает аномальные явления. Ряд видных ученых отмечают процесс "коммерциализации гражданского законодательства", т.е. все большую его подчиненность задачам регулирования торговли. Такая линия порочна, поскольку в результате не обеспечивается нормальное регулирование ни торговых, ни собственно гражданских отношений. Гражданское право, говоря словами Г.Ф. Шершеневича, "пока мало захвачено интересами торгового оборота". Да это, собственно, и не его задача, а требование развития торгового законодательства.

Отсюда настоятельная необходимость разработки Торгового кодекса России. Такой шаг будет соответствовать общемировым тенденциям развития законодательства. Ю.С. Гамбаров писал, что торговое право, как регулирующее исключительно торговые действия, - такое право не только продолжает свое самостоятельное существование, но не перестает развиваться и противополагаться особенностями своего объекта гражданскому праву[\*(11)](#sub_9911). Известный специалист по зарубежному праву М.И. Кулагин отмечает, что "сохранение самостоятельности торгового права в полной мере отвечает тенденции современного права"[\*(12)](#sub_9912).

Анализ соотношения торгового и гражданского законодательства в зарубежных странах свидетельствует о различных способах решения указанной проблемы. В подавляющем большинстве стран Западной Европы, Центральной и Южной Америки и Дальнего Востока наряду с гражданскими имеются самостоятельные торговые кодексы. Италия в 1942 г. и Нидерланды в 1992 г. отказались от ранее имевшихся торговых кодексов, инкорпорировав их в гражданские. В других странах отсутствие торговых кодексов обычно возмещается изданием специальных законов, как, например, в Швейцарии - Обязательственным законом. Вместе с тем ряд стран в последние полвека принял отдельные торговые кодексы: Турция - 1954 г., Корея - 1962 г. США - 1962 г., Чехия - 1991 г., Эстония - 1995 г. и др. Франция приняла в 1999 г. новый Торговый кодекс. Их успехи убедительно показывают, насколько важным и эффективным может быть принятие торгового кодекса для развития национальной экономики и торговли.

Изучение российского законодательства о торговой деятельности свидетельствует о его ненормальном состоянии. Во многом не закончено формирование законодательной основы товарного обращения. Имеющиеся нормативные акты носят разрозненный характер, содержат противоречия. Отсутствует единая направленность нормативных установлений, четкая и обоснованная система регулирования рыночных отношений. Недостаточность законодательной базы влечет массовое издание ведомственных и региональных актов.

Изменить подобную ситуацию можно путем издания Торгового кодекса России. Каким он должен быть? Очевидно, что он не может просто копировать законодательство западных стран. Исходя из конкретной экономической и правовой ситуации в стране Торговый кодекс должен служить формированию российского товарного рынка, созданию его структуры, налаживанию торгово-хозяйственных связей и их развитию.

В настоящее время подготовлено несколько концепций и примерных макетов Торгового кодекса, которые имеют значительное сходство. В кодексе намечается выделить три части. В первой предполагается закрепить специфику участников торгового оборота с учетом характера выполняемых ими функций. Специально должны быть закреплены особенности построения и порядка деятельности так называемых организаторов товарного рынка: товарных бирж, оптовых ярмарок, оптовых продовольственных рынков, организаторов коммерческих торгов и др. Определен порядок построения сбытовых и иных товаропроводящих сетей. Очевидно, что речь идет о регулировании особенностей, обусловленных участием лиц в торговом обороте, а совсем не о повторении положений ГК РФ о видах юридических лиц.

Во второй части имеется необходимость урегулировать особенности заключения торговых договоров. Анализ показывает, что способы установления договорных отношений в торговой сфере много разнообразнее, нежели предусмотренная ГК РФ общая схема "оферта-акцепт". Интересы развития торговли требуют закрепления таких особенностей.

Более полного и четкого урегулирования требуют торговые договоры, предусмотренные ГК РФ или отсутствующие в нем. Это договоры оптовой купли-продажи, поставки, закупки для государственных нужд и др. Решить с необходимой полнотой эти вопросы в рамках ГК РФ заведомо невозможно.

Здесь же должны найти урегулирование ряд важных видов договоров, которые вообще не упоминаются в ГК РФ, хотя играют значимую роль в организации рыночных отношений. Таковы, прежде всего, договоры на проведение маркетинговых исследований, на предоставление и переработку коммерческой информации, на изготовление и распространение рекламы, дистрибьюторские контракты и договоры на исключительную продажу товаров, договоры об электронной торговле и другие.

В третьей части намечается урегулировать основные послеторговые отношения, которые вообще не регламентируются законом, что создает серьезные затруднения в хозяйственной деятельности. Речь идет о порядке приемки товаров по количеству, об экспертизе качества, о гарантийном и сервисном обслуживании, о возврате многооборотной тары и о других важных вопросах.

Пока трудно сказать, удастся ли и в какой степени удастся реализовать эти идеи. Чтобы преодолеть нынешнее состояние упадка, надо наладить устойчивые торгово-хозяйственные связи между отечественными производителями и покупателями. Это невозможно без разработки вслед за Гражданским, которого явно недостаточно, также и Торгового кодекса. Опыт развитых стран убеждает в этом. Отставание России коренится в отсутствии нормально работающего товарного рынка, а этот рынок невозможно создать без правовой и иной поддержки государства, без установления четких законодательных правил коммерческой деятельности.

# Дополнительная литература

1. Актуальные проблемы коммерческого права: Сборник статей/Под ред. проф. Б.И. Пугинского М., 2002.

2. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть/Под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. М., 2003. Раздел II.

3. Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002.

4. Нерсесов Н.И. Конспективный курс лекций по торговому и вексельному праву. М., 1896. Перепечатка Юрид. научной библиотеки. 2003.

5. Петров И.В. Коммерческое право: Учебник. СПб., 2001.

6. Удинцев В.А. История обособления торгового права. Киев, 1900. Перепечатка Юрид. научной библиотеки. 2003.

# Глава 3. Субъекты коммерческой деятельности

1. По традиции, сложившейся столетия назад, в качестве основной фигуры, главного субъекта торгового оборота рассматриваются торговые общества либо отдельные торговцы. С учетом этого в зарубежных торговых кодексах и литературе по коммерческому праву в качестве центрального при характеристике субъектов торговых отношений выделялось понятие "коммерсант". Однако развитие товарного обращения потребовало пересмотра такого подхода.

В современном торговом обороте помимо собственно торговцев активно участвуют и играют значимую роль и другие группы лиц. Огромные масштабы и постоянное развитие торговли создали значительное разнообразие ее субъективного состава.

Так, участниками торговой деятельности являются все организации, изготавливающие товары для реализации. Еще в XIX в. К. Маркс писал: "Коммерческая деятельность, включая сбытовую, отнюдь не побочная операция изготовителя, а является теперь исключительной операцией особого рода"[\*(13)](#sub_9913). Увеличение объемов производства и насыщение рынка резко повысили значение сбытовой функции, повлекли подчинение производства задаче реализации товара. В результате организации-изготовители стали обязательными участниками торгового оборота.

Расширилось участие в торговой деятельности профессиональных торговых организаций и индивидуальных предпринимателей. Наш великий писатель А.И. Солженицын называет русское купечество "сгустком национальной энергии" - это очень высокая оценка. В развитых странах торговля относится к престижным видам деятельности, она имеет устойчиво высокий статус в шкале социальных оценок.

Торговля в настоящее время превратилась в один из ведущих секторов российской экономики. В 2003 г. более трети от общего числа зарегистрированных юридических лиц составляли торговые организации. Доля торговли в составе ВВП превышает 20%, тогда как в советский период она составляла 5 процентов. За последнее десятилетие торговля превратилась в одну из крупных бюджетообразующих отраслей.

С точки зрения отраслевой структуры товарного обращения в круг участников торговой деятельности входят организации оптовой торговли, розничной торговли, общественного питания, а также иные организации, участвующие в торговле или оказывающие услуги по продвижению товаров на рынке.

Как отмечалось ранее, участниками коммерческой деятельности признаются также все организации и индивидуальные предприниматели, приобретающие товары, материалы, комплектующие изделия для использования в производственном процессе или иного хозяйственного потребления.

Участие огромного круга субъектов в совершении торговых операций, различие выполняемых при этом функций сняло необходимость использования для обозначения участников торговой деятельности термина "коммерсант", закрепленного в зарубежных торговых кодексах. Этот термин приобретает новое назначение, стал служить иным целям. Коммерсантом может называться любое лицо, осуществляющее торговлю товарами в виде предпринимательства. Вместе с тем действия в качестве коммерсанта налагают на лицо определенные обязанности.

Так, например, согласно ст. 2-104 ЕТК США коммерсантом признается тот, кто совершает операции с товарами определенного рода или может рассматриваться как обладающий особыми знаниями и опытом в отношении предмета сделки по роду своих занятий, характеру поведения или использованию посредника. Следовательно, понятие "коммерсант" означает лицо, сведущее в отношении предмета сделки, в отличие от другой стороны (некоммерсанта), которая не обладает соответствующими знаниями и опытом. В отношениях с коммерсантом такое лицо (некоммерсант) в силу общеправовых требований равенства и справедливости подлежит повышенной защите со стороны закона.

В большинстве зарубежных торговых кодексов состав участников торгового оборота определен достаточно детально. Так, Германское торговое уложение закрепляет 4 вида своих субъектов. Это: 1) надлежащие коммерсанты, т.е. те, кто осуществляет торговую деятельность в виде промысла; 2) коммерсанты по форме - все акционерные и хозяйственные общества, независимо от содержания деятельности; 3) коммерсанты по необходимости; 4) так называемые "неполные купцы" - мелкие товаропроизводители и торговцы. Любое лицо для совершения торговых сделок должно быть зарегистрировано в торговом реестре.

Приведенная классификация чрезвычайно условна и мало применима. Важно, однако, другое. По германскому закону все лица, участвующие в торговле, руководствуются правилами деятельности коммерсантов, в том числе особыми правилами заключения и исполнения договоров. Они обязаны вести по единым требованиям документацию о торговых операциях. Такой порядок значительно упрощает доказывание при возникновении споров и контроль в фискальных целях.

2. Названные выше участники торговой деятельности одновременно являются участниками общегражданского оборота. Между тем для торгового права важно выявить и закрепить организационное и имущественное своеобразие лиц, обусловленное характером их участия в коммерческой деятельности. Такое своеобразие реально существует, оно имеет существенное значение. Однако четко выразить и законодательно закрепить эту специфику правоведение пока не сумело.

Обозначим вначале круг субъектов коммерческого права. Он не совпадает с общим составом субъектов гражданского права. Различной оказывается также торговая и гражданская правоспособность отдельных видов лиц.

Отличия начинаются с того, что в торговом обороте не могут участвовать любые субъекты гражданского права. Так, физические лица, граждане не являются субъектами торгового права.

Отдельный гражданин может стать участником коммерческой деятельности, лишь если он получит статус индивидуального предпринимателя. Для этого гражданин обязан: подать заявление по установленной форме в регистрационный орган; уплатить сбор; получить свидетельство о государственной регистрации как индивидуального предпринимателя; встать на учет в налоговом органе; при необходимости - получить лицензию на торговлю соответствующими видами товаров.

Глава крестьянского (фермерского) хозяйства, осуществляющего деятельность без образования юридического лица, признается предпринимателем с момента государственной регистрации крестьянского (фермерского) хозяйства.

К предпринимательской деятельности граждан, осуществляемой без образования юридического лица, соответственно, применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, являющихся коммерческими организациями, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношения (п. 3 ст. 23 ГК РФ).

За рубежом распространен порядок, согласно которому физическое лицо, желающее стать коммерсантом, должно зарегистрироваться в торговом реестре. Многими торговыми кодексами требование о специальной регистрации в торговом реестре предусмотрено и для организаций. В России действует общий для осуществления коммерческой и иной предпринимательской деятельности порядок государственной регистрации индивидуальных предпринимателей и крестьянских (фермерских) хозяйств. Предпринимательские и непредпринимательские организации вправе выступать субъектами коммерческого права с момента регистрации их в едином государственном реестре юридических лиц (ЕГРЮЛ).

Имеющийся опыт не свидетельствует о необходимости установления в России специальной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей для занятия торговой деятельностью.

Коммерческие организации образуются в основном в виде хозяйственных товариществ и обществ. Статья 50 ГК РФ устанавливает исчерпывающий перечень видов (организационно-правовых форм) коммерческих организаций. Виды (организационно-правовые формы) некоммерческих организаций определены в ГК РФ, Федеральном законе от 12.01.96 N 7-ФЗ "О некоммерческих организациях" и иных федеральных законах.

Возможности участия коммерческих и некоммерческих организаций в торговом обороте, т.е. их коммерческая правоспособность, является неодинаковой.

Коммерческие организации, а также индивидуальные предприниматели в полном объеме могут участвовать в торговом обороте.

Некоммерческие организации участвуют в товарном обращении ограниченно. Такие организации могут приобретать необходимые материальные ресурсы, вправе продавать производимые ими изделия. Однако они вправе продавать товары лишь в соответствии с уставными целями деятельности, а не вообще заниматься торговлей. Они не вправе заключать договоры поставки в качестве поставщиков и могут заключать при реализации товара лишь договоры купли-продажи. Существенные ограничения устанавливаются для таких организаций также при лицензировании для занятия специальными видами деятельности, получении экспортных лицензий и квот, заключении внешнеторговых контрактов и в других аспектах.

Юридические лица могут создавать филиалы и открывать представительства, что позволяет значительно расширять возможности участия в торговом обороте, ускоряет и облегчает продвижение товаров в различные точки страны. Филиалы и представительства не являются юридическими лицами, они наделяются имуществом создавшим их юридическим лицом. Филиалы западных компаний образуются преимущественно в зонах активной коммерческой деятельности и являются основным элементом производственной структуры фирм.

Коммерческие и некоммерческие организации могут создавать объединения в форме ассоциаций, союзов и др. Объединения являются некоммерческими организациями и содержатся за счет отчислений (взносов) их участников. Объединения образуются в целях координации деятельности их участников, для выполнения совместных программ, представительства в органах законодательной и исполнительной власти, содействия защите интересов участников.

Опыт показывает высокую эффективность таких объединений. Они могут заниматься разработкой конкурентной стратегии и анализом рынка, вопросами проведения рекламных кампаний, помогают улаживать конфликты с налоговыми и надзорными органами. Активная работа таких объединений позволяет предпринимателям вырваться из-под контроля криминальных "крыш".

Содействуя участникам в решении хозяйственных задач, сами союзы и ассоциации не вправе заниматься торговой и иной предпринимательской деятельностью. Исключение составляют союзы потребительских обществ, которые наряду с предпринимательской деятельностью могут выполнять также контрольные и распорядительные функции в отношении нижестоящих союзов и потребительских обществ (ст. 31 Закона РФ от 19.07.92 N 3085-1 "О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации").

Наряду с отечественными организациями в торговом обороте участвуют коммерческие организации с иностранными инвестициями, а также иностранные юридические лица и граждане. Для создания коммерческой организации с иностранными инвестициями необходимо приобретение иностранным инвестором не менее 10% доли (вклада) в уставном (складочном) капитале созданного на территории России хозяйственного товарищества или общества. Организации с иностранными инвестициями пользуются дополнительной правовой защитой, гарантиями и льготами, предусмотренными Федеральным законом от 09.07.99 N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации".

Наконец, в качестве самостоятельной группы надо выделить субъекты Российской Федерации, территориальные и муниципальные образования. Они участвуют в торговых отношениях через свои исполнительные органы. Причем они не просто приобретают определенные товары для нужд собственной деятельности. Возможности их влияния на развитие торгового оборота поистине огромны. Однако эти возможности пока не осознаны и потому почти не задействованы.

3. Среди организаций, участвующих в торговой деятельности, необходимо выделить особую группу лиц, называемых организаторами (специальными субъектами) товарного рынка. Их основная характеристика и назначение в сфере торгового оборота состоит не в совершении сделок, а в создании условий и возможностей для совершения торговых операций другими лицами. По-мимо формирования рынков такие субъекты осуществляют содействие развитию коммерции, торгово-хозяйственных связей и др.

Организациями, призванными формировать товарный рынок, являются товарные биржи. Согласно Закону РФ от 20.02.92 N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле" биржа организует и регулирует биржевую торговлю, осуществляемую в форме гласных и публичных торгов, производимых в заранее определенном месте и в определенное время по установленным правилам. В соответствии со ст. 3 названного закона биржа вправе осуществлять только деятельность, непосредственно связанную с организацией и регулированием биржевой торговли.

Товарная биржа создается юридическими лицами и (или) индивидуальными предпринимателями, число которых не может быть менее 10. Члены (учредители) биржи участвуют в формировании уставного капитала биржи либо вносят членские или иные целевые взносы в имущество биржи. Доля каждого учредителя или члена биржи в ее уставном капитале не может превышать 10 процентов.

Биржевые сделки не могут совершаться от имени и за счет биржи. Она не является участницей сделок, совершаемых в ходе биржевой торговли, и не несет ответственности за неисполнение обязательств по биржевым сделкам.

Из-за серьезных просчетов в правовом регулировании и организации деятельности товарные биржи в России не выполняют функции, свойственные биржам в мировой практике, и потому вообще не могут считаться биржами. В связи с этим нет смысла рассматривать вопросы построения бирж и совершения биржевых сделок, поскольку они не имеют отношения к российской действительности.

Оптовые ярмарки представляют важный инструмент организации оптовых продаж и закупок товаров. Ярмарка также не может ничем торговать от своего имени. Ее задача - создать условия для совершения торговых сделок посетителями (гостями) ярмарки, организовать проведение торгов.

Достоинством ярмарок является заключение на них в сжатые сроки большого числа договоров, возможность выбора товаров по выставленным образцам, одновременного решения вопросов сбыта и снабжения. Ярмарки обеспечивают установление как прямых связей между изготовителями и потребителями товаров, так и отношений с участием посредников. Они служат пунктами, узлами, где концентрируется установление множества договорно-хозяйственных связей, причем в краткие сроки, обычно не более 20-30 дней. Сроки заключения договоров на оптовых ярмарках в 4-5 раз быстрее, чем в обычных условиях.

Значительные организационные достоинства ярмарок обусловили широкое их распространение. В дооктябрьской России ежегодно проводилось до 18 тыс. ярмарок. Наши крупнейшие ярмарки Нижегородская (Макарьевская), Ильинская, Ирбитская и др. по объемам продаж превосходили годовые обороты западных бирж, влияли на определение цен на соответствующие товары во всей Европе. В советский период ярмарки стали возрождаться в 70-е годы. Однако ярмарочная торговля была подчинена системе планового распределения товаров и ее организационные функции не могли проявляться.

В настоящее время в стране ежегодно проводится 1500-1600 ярмарок на различном уровне - от районных до всероссийских. Ярмарочно-выставочную деятельность организуют около 100 фирм, объединенных в Союз выставок и ярмарок СНГ. Вместе с тем полностью отсутствует законодательная база деятельности оптовых ярмарок, что сдерживает их развитие.

Мировой опыт свидетельствует о жизненности оптовых ярмарок. Так, в ФРГ ежегодно проводится более 100 международных и общегосударственных ярмарок, не считая ярмарок в отдельных землях. В России также требуется регулярное проведение ярмарок, которые эффективно позволяют сводить отечественных производителей и потребителей.

Оптовые продовольственные рынки выполняют все более значимую роль в организации торговой деятельности. Их задача состоит в создании условий для продажи сельскохозяйственных товаров фермерами и иными производителями для оптовых покупателей: магазинов, организаций общественного питания и др.

В отличие от ярмарок оптовые рынки работают постоянно, круглогодично. Они обычно создаются за чертой или на границе городов, чтобы облегчить завоз сельхозпродуктов из прилегающих районов и областей. Порядок и время проведения торгов определяются правилами, разрабатываемыми администрацией рынка. Администрация обязана создать условия для торговли и обеспечить контроль за качеством продуктов, соответствием их санитарным требованиям.

Правовое регулирование деятельности оптовых рынков отсутствует. Имеются лишь ведомственные акты: Примерные правила торговли на оптовом продовольственном рынке, утвержденные приказом Минсельхозпрода России и Роскомторга от 01.12.94 N 292/95, и Временные правила торговли на оптовом продовольственном рынке национального значения, утвержденные Минсельхозпродом России 10.02.97. Отсутствие законодательной базы деятельности сдерживает процесс развития оптовых рынков и одновременно - самой торговли продуктами, производимыми сельскохозяйственными организациями.

Коммерческие торги выступают организаторами оптового оборота. Самые общие правила осуществления торгов предусмотрены ст. 447-449 ГК РФ.

В качестве организаторов торгов могут выступать специализированные организации, действующие на основании договора с собственником товаров, либо непосредственно собственники продаваемых товаров. Торги осуществляются в форме конкурса или аукциона. Торги все более широко применяются не только в общеторговой практике, но и для реализации имущества в процессе приватизации, при процедуре банкротства и в других сферах.

Торгово-промышленные выставки служат для организации продаж изготавливаемых или впервые освоенных в производстве товаров по выставляемым образцам. На выставках устанавливаются торгово-хозяйственные связи между изготовителями и различными покупателями, осуществляется рекламный показ изделий новых видов или с улучшенными свойствами для организации сбыта. Нормативная база организации торгово-промышленных выставок отсутствует.

Отдельного рассмотрения требуют такие организаторы торговой деятельности, как торгово-промышленные палаты (ТПП). Особенности их правового положения определяются Законом РФ от 07.07.93 N 5340-1 "О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации".

Согласно названному Закону ТПП являются некоммерческими общественными организациями, образуемыми на началах членства коммерческими и некоммерческими организациями и индивидуальными предпринимателями. ТПП могут образовываться на территории одного или нескольких субъектов Федерации, но на одной территории может быть образована только одна торгово-промышленная палата.

Целями деятельности ТПП являются содействие развитию экономики страны, ее интегрированию в мировую хозяйственную систему, всемерному развитию предпринимательства, торгово-экономических и научно-технических связей с предпринимателями других стран. Торгово-промышленная палата РФ и ТПП в регионах страны выполняют значительную разнообразную работу, содействуя формированию национального товарного рынка.

4. От организационно-правовой формы субъектов торговой деятельности, регламентируемой гражданским законодательством, следует отличать их функциональный вид, определяемый местом в торговом обороте и основным содержанием деятельности. Эти различения почти не разработаны юридической наукой, хотя они стали уже общепринятыми в практике. Итак, следует различать юридический вид (или, иначе говоря, организационно-правовую форму) и функциональный вид организации как субъекта торгового права.

Выше были показаны виды специальных участников рынка, являющихся организаторами торговой деятельности. Наряду с ними достаточно четко функциональные различия закрепились в оптовой торговой и посреднической деятельности. Это объяснимо, поскольку на посредников приходится 75% товарооборота, как внутреннего, так и внешнего.

Торгово-посреднические организации подразделяются на виды в зависимости от выполняемых ими на товарном рынке функций, характера совершаемых операций с товаром, основных видов используемых договоров и других оснований.

В зависимости от того, приобретает ли торгово-посредническое звено право собственности на товар, выделяют: 1) оптовые торговые и посреднические организации, приобретающие право собственности на реализуемый с их участием товар; 2) посреднические организации, не приобретающие прав собственности на товар, а оказывающие в качестве основного вида своей деятельности услуги по доведению товара от изготовителя к потребителю.

В группу независимых торгово-посреднических звеньев входят организации, приобретающие и реализующие товар от своего имени и за свой счет. С учетом характера совершаемых операций среди них различают: фирмы-дилеры, торговые дома, дистрибьюторов, трейдеров и ряд других. Прохождение через них товаров от изготовителей к потребителям оформляется цепочкой договоров.

Дилерами называются оптовые организации, специализирующиеся на торговле товарами определенных видов (товарных групп). При принятии на себя обязанностей продажи товаров какой-либо организации-изготовителя по соглашению с ней посредник становится дилером этой фирмы или, как чаще говорят, ее официальным дилером. Дилеры должны быть юридическими лицами. Другой их признак - самостоятельное, т.е. от своего имени и за собственный счет, совершение покупок и продаж товара. Они могут принимать на себя по договору с изготовителем сервисные обязанности, обеспечение покупателей сменными узлами и деталями к техническим изделиям.

Торговые дома представляют собой многофункциональные организации. Наряду с приобретением и последующей продажей товаров они осуществляют производственную деятельность по обработке, расфасовке, упаковке, подсортировке реализуемых товаров и др.

Торговые дома строятся как единое юридическое лицо либо в форме контрактных объединений, т.е. связанных договорами о совместной деятельности сообществ торговых, производственных, складских, транспортных и иных организаций.

Международными соглашениями с участием России и нормативными актами субъектов Российской Федерации предусматривается создание торговых домов для внешнеторговой деятельности. Такие торговые дома образуются для содействия выходу отечественных производителей на зарубежные рынки.

В качестве достоинств торговых домов в литературе отмечается оперативное реагирование на изменения конъюнктуры рынка, выполнение важных дополнительных функций в связи с производством и сбытом товаров, объединение мелких и средних оптовых организаций, достигаемое на этой основе снижение издержек обращения, стоимости маркетинговых исследований и рекламных мероприятий.

Трейдеры - специализированные посредники, они совершают сделки по поручению клиентов, но от своего имени и за свой счет. В отличие от дилеров трейдерами могут быть не только юридические лица, но и индивидуальные предприниматели. Другое важное отличие в том, что трейдеры специализируются на краткосрочных сделках, коротких операциях.

Дистрибьюторские фирмы являются участниками внешнеторгового оборота. Дистрибьюторы выступают реализаторами закупленного по импорту товара на территории своей страны. Для них показательным является долгосрочный характер отношений с иностранным поставщиком. Дистрибьюторы создают свою сбытовую сеть, формируют складские запасы товаров, занимаются изучением спроса и рекламой. Крупные производители и сбытовые фирмы нередко осуществляют реализацию своих товаров в других странах, подыскивая дистрибьюторов и заключая с ними дистрибьюторский контракт.

В коммерческой практике дистрибьюторов различают в зависимости от наличия складских площадей на: 1) имеющие склады (регулярные) и 2) арендующие склады либо не имеющие складских помещений. Регулярные дистрибьюторы выполняют функции накопления и хранения товаров, заключают договоры на поставку в будущих периодах, оказывают услуги по подсортировке и подбору ассортиментных групп товаров. Дистрибьюторы, не имеющие складов, в основном участвуют в транзитных поставках.

У нас в стране производители порой ошибочно заключают дистрибьюторские контракты с посредниками для сбыта товара здесь же, в России. В этих случаях дистрибьютор на самом деле является дилером, а вместо дистрибьюторского контракта с ним должен заключаться договор на исключительную продажу товара.

Организации перечисленных видов занимаются самостоятельной покупкой и последующей продажей товаров. От них следует отличать субъектов, не приобретающих прав собственности на товар, а лишь содействующих реализации товаров. Таковы комиссионеры, фирмы-стокисты, брокеры, торговые агенты и др.

Так, фирмы, действующие во внешнеторговом обороте, нередко выступают в качестве комиссионеров, совершая сделки от своего имени, но по поручению клиентов и за их счет.

Специализированными посредниками являются фирмы-стокисты. Они осуществляют по договору комиссии исключительную продажу товара определенного экспортера. Поступающий от иностранного комитента товар хранится на так называемом консигнационном складе. Но в отличие от товара, получаемого дистрибьютором, право собственности на этот товар сохраняется за иностранным поставщиком (консигнантом). Этот товар реализуется по договорам средним и мелким покупателям.

Распространенный вид посредников - брокеры. Они заключают договоры от имени и за счет принципала. На биржах товары продаются в основном при посредничестве брокеров. Они действуют в качестве фирм, нередко имеющих свою филиальную сеть, либо в качестве независимых брокеров. Роль брокеров на рынке определяется доскональным знанием спроса и предложения на определенные товары и способностью оперативно выполнять поручения.

Важная группа субъектов - торговые агентства и агенты. Их функции состоят в подыскивании покупателей для фирмы-продавца, в пользу которой работает агент. Агент проводит переговоры с возможным покупателем и сообщает информацию фирме-продавцу для заключения договора.

Имеется ряд других видов организаций, специализированных по функциям в сфере торгового оборота.

Конечно же, не очень удобно то, что приходится пользоваться иноязычными терминами "дилер, дистрибьютор, стокист" и др. Однако обозначать субъектов необходимо, а российских эквивалентов, синонимов при всем богатстве русского языка попросту нет.

Современный словарь торговых терминов насчитывает более 4000 слов, почти все они - иноязычные. Термины эти широко вошли в обращение, без них невозможен нормальный торговый оборот. Еще затруднительнее то, что большинство таких терминов не имеет в российской торговле легально закрепленных, четких определений, чем создается недопустимая многозначность в их применении. Этот недостаток должен преодолеваться наукой коммерческого права и развитием торгового законодательства.

Следует учитывать, что в данном случае речь идет о формировании не общеразговорного, а профессионального языка, как, например, в медицине, математике, кибернетике. Это совсем иной случай, нежели повсеместное навязывание чужеродных слов - саммитов, топ-моделей, блокбастеров и т.п., - когда печать и телевидение фактически размывают, выхолащивают русский язык.

Аналогичная проблема стоит и в других странах. Так, в ФРГ в стремлении сохранить чистоту немецкого языка дистрибьютора назвали "торговец по договору" (Fertragshandler), в Бельгии и Греции его называют концессионером. Но это совершенно неопределенное обозначение, поскольку любой торговец работает по договору. Сами немцы отмечают непригодность данного термина. Да и концессионер - это латинское слово. Таким образом, потребности практики заставляют переходить на общепринятую терминологию и строго определять понятия.

5. Важный практический вопрос определения субъектов коммерческого права состоит в выявлении и учете предпосылок, которыми надо руководствоваться при выборе оптимального, т.е. наиболее подходящего для данных условий, вида организации. В юридической науке эти сложные вопросы почти не исследованы. Даже в специальной литературе трудно найти обоснование того, когда и по каким причинам целесообразнее создать товарищество, а когда предпочтительнее общество с ограниченной ответственностью или акционерное.

На Западе правовая практика исходит именно из такого прагматического подхода, да и российские бизнесмены, прежде чем начать дело, все чаще спрашивают у юриста объяснения достоинств и недостатков каждого вида (организационно-правовой формы) организации, требуют дать обоснование выбора вида организации для конкретных условий.

Выбор вида юридического лица для участия в торговой деятельности обусловлен большим количеством факторов экономического, организационного и правового порядка. Основания выбора зависят также от выполняемых организацией задач, целей и содержания деятельности. В процессе осуществления выбора все такие основания должны анализироваться в совокупности.

1) Существенное значение при выборе вида юридического лица нередко имеет быстрота, оперативность создания организации. Здесь товарищества и общества с ограниченной ответственностью имеют явные преимущества перед акционерными. Ведь для учредителей не требуется первоначальная мобилизация значительных средств, составление и регистрация проспекта эмиссии, представление отчета об исполнении. Повсеместно действуют юридические фирмы, специализирующиеся на оформлении новых организаций. Они за 2-3 дня оформляют "под ключ" организацию. Задача учредителя состоит лишь в том, чтобы придумать название для новой организации и оплатить стоимость услуг. Подобная потребность в оперативном решении вопросов создания организации нередко выходит на первый план.

2) При выборе вида организации в мировой практике предпочтение обычно отдается тому, который обладает более льготным режимом налогообложения. В России за последние годы имевшиеся различия в режимах налогообложения сгладились, а принятый Налоговый кодекс РФ почти нивелировал их.

Определенными возможностями в сфере налогообложения обладают так называемые малые предприятия. По Федеральному закону от 16.06.95 N 88-ФЗ "О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации" к малым относятся организации с числом работников: в розничной торговле - до 30 человек, в оптовой торговле - до 50 человек, в промышленности и строительстве - до 100 человек, в других видах бизнеса - до 50 человек.

Для таких организаций предусмотрена возможность установления упрощенной системы налогообложения, состоящей в том, что совокупность основных налогов (налог на прибыль, налог на добавленную стоимость, налог с продаж, налог на имущество и др.) заменяется уплатой единого налога, исчисляемого за налоговый период. Объектом налогообложения могут быть доходы либо доходы, уменьшенные на величину расходов. В первом случае размер налоговой ставки составляет 6%, во втором случае - 15%. Перевод на подобный порядок налогообложения и выбор объекта налогообложения производятся организацией добровольно (ст. 346.13 НК РФ). Такая система дает выигрыш в размере налоговых выплат.

Субъекты малого предпринимательства, занимающиеся определенными видами деятельности (розничная торговля, общественное питание и др.), могут переходить на систему налогообложения в виде единого налога на вмененный доход. Объект налогообложения - потенциально возможный доход рассчитывается по правилам, установленным НК РФ. Ставка налога на вмененный доход составляет 15% вмененного дохода. Размер уплаченного единого налога не подлежит пересчету в зависимости от реально полученного дохода.

Можно возразить, что малое предприятие - это вопрос не вида организации, а числа работников. Однако для деятельности небольших по численности фирм согласно закону приемлемы определенные виды организаций, а именно общества с ограниченной ответственностью, закрытые акционерные общества. Они в полной мере могут пользоваться указанными налоговыми преимуществами.

Налоговая политика является важным рычагом развития организаций. Так, до 1995 г. выгодным в налоговом отношении было создание полных товариществ. Однако с приданием им по ГК РФ статуса юридического лица имевшиеся преимущества исчезли. В результате практически не стало и самих товариществ. Налоговое подавление товарищества явно не соответствует интересам общества в развитии такого вида организаций, задаче вовлечения в предпринимательство значительных денежных средств, имеющихся у населения, расширения индивидуальной инициативы.

3) Следующий фактор, который должен приниматься во внимание, - это производительность труда и обеспечиваемый ею рост прибыли.

В последние десятилетия из-за снижения уровня экономической подготовки у нас просто перестали брать в расчет производительность труда. Между тем она в высшей степени важна как для каждой отдельной фирмы, так и для общества в целом. Поэтому расчетные показатели производительности труда должны анализироваться уже на стадии создания организации и в течение всего процесса ее деятельности.

4) Выбор вида организации определяется также фактором сохранения за учредителями прав на передаваемое в уставный капитал имущество.

Согласно ГК РФ внесенное учредителями имущество становится собственностью юридического лица. Лишь члены кооператива при выходе из него в силу ст. 111 ГК РФ имеют безусловное право на возврат ему паевого взноса.

Что касается товариществ и обществ с ограниченной ответственностью, то при выходе из них участнику должна быть выплачена стоимость его доли в уставном (складочном) капитале. Права на возврат в натуре внесенного имущества, например, здания или оборудования, закон не предусматривает. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 01.07.96 N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"[\*(14)](#sub_9914) объявило недействительными условия уставов о возможности изъятия выбывающими участниками товариществ и обществ своей доли имущества в натуре (п. 17). Возврат собственно имущества возможен, если учредителем передавалось не имущество в натуре, а лишь право владения и пользования этим имуществом.

Для акционерных обществ не допускается передача учредителями прав в уставный капитал. Учредитель, внеся свое имущество в уставный капитал, полностью утрачивает вещные права на него. При выходе из акционерного общества участник не может забрать даже свой денежный вклад. Он вправе лишь продать свои акции обществу или иным лицам.

Сама возможность или невозможность изъятия из уставного капитала имущества или денежного вклада существенно влияют на устойчивость существования организации, возможность ее долговременного развития. Организации, стремящиеся застраховать себя от произвольных действий отдельных учредителей, способных повлечь разрушение организации, избирают форму акционерного общества. От учредителей обществ с ограниченной ответственностью для уменьшения риска распада организации следует добиваться внесения в уставный фонд имущества, а не прав на него.

5) Имеются другие немаловажные факторы для выбора вида организации. Один из них - величина трансакционных издержек. Трансакция - это продажа или иная смена собственника. Под трансакционными издержками понимаются расходы по сбору и обработке информации для подготовки договоров, проведению переговоров с контрагентами, составлению договоров, затраты на осуществление контроля за исполнением обязательств, юридическое сопровождение договора и защиту при допускаемых нарушениях.

Доказано, что структура и размеры каждой организации должны определяться в зависимости от величины трансакционных издержек. Суть данного положения в следующем. Внутри единой фирмы товар или полуфабрикаты передаются из подразделения в подразделение без оформления договоров и взаимных расчетов. Когда же товар отчуждается от одной фирмы другой, то приходится тратиться на заключение договоров, оформление различной документации и др. Эти расходы, согласно публикуемым данным, составляют в различных организациях от 5 до 12% дохода. Следует учитывать также необходимость уплаты налогов от сумм полученной прибыли.

Для сокращения указанных затрат предлагается включать в качестве внутренних структурных подразделений, в том числе в виде филиалов, в состав единой фирмы возможно большее число звеньев, по которым продвигается товар в процессе изготовления и реализации. Такие организационные изменения дают снижение трансакционных издержек и повышение доходов. Нельзя сбрасывать со счетов и то, что помимо сокращения затрат при этом обеспечивается совместное использование субъектами своих деловых связей, каналов сбыта товаров, взаимный обмен деловой информацией, сырьевыми ресурсами. Итак, преимущества хозяйственного кооперирования диктуют выбор организационных решений.

Таким образом, определение юридического вида организации должно базироваться на анализе комплекса факторов экономического, организационного и иного характера. Подлежат учету также интересы и возможности субъектов, соединенных торгово-хозяйственными связями.

# Дополнительная литература

1. Джоунз Г. Торговый бизнес: как организовать и управлять. М., 1996.

2. Илюшина М.Н., Челышев М.Ю., Ситдикова Р.И. Коммерческое право: Учебное пособие/Под ред. Н.А. Баринова. М., 2002.

3. Коуз Р. Фирма. Рынок. Право. М., 1991.

4. Коммерческое право: Учебное пособие/Под ред. проф. М.М. Рассолова. М., 2001.

5. Коммерческое право: Учебник/Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. М., 2002.

# Глава 4. Объекты торгового права

1. Объекты торгового права обозначаются единым понятием - товары. Товар традиционно определяют как продукт трудовой деятельности, предназначенный для продажи. Это могут быть изделия, созданные в процессе производства либо полученные в результате иных видов деятельности (добытый уголь, выловленная рыба и др.). Для того чтобы признаваться товаром, объект должен обладать экономическими характеристиками: он должен иметь потребительную стоимость, т.е. способность удовлетворять конкретные человеческие потребности, и меновую стоимость, т.е. свойство обмениваться на другие товары. Соответствующий объект становится товаром, когда по поводу него возникают имущественные правоотношения.

Для имущественных отношений характерна широкая трактовка сущности товаров. Само понятие "товар" в перечне объектов гражданских правоотношений (ст. 128 ГК РФ) не упоминается. В цивилистике "понятие товара отождествляется в известном смысле с категорией объекта гражданских прав, если не учитывать в числе последних личные неимущественные права. Иначе говоря, подавляющее большинство объектов гражданских прав выступает в форме товаров и в силу этого входит в понятие гражданского (имущественного) оборота"[\*(15)](#sub_9915).

Что касается торгового оборота, то он характеризуется рядом принципиальных отличий от имущественных (гражданско-правовых) отношений. Это всегда возмездная деятельность, имеющая определенную целевую направленность - продвижение товара от изготовителя к потребителю. Если гражданскому праву термин "товар" вообще не свойственен и лишь косвенно упоминается в законе (например, п. 1 ст. 454 ГК РФ), то для коммерческого права он является одним из основополагающих.

Определение понятия "товар" содержится в ряде законов. Так, в Законе РФ от 22.03.91 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности" товар определен как продукт деятельности, предназначенный для продажи, или обмена, или иного введения в оборот. Статья 38 НК РФ относит к товарам любое имущество, реализуемое или предназначенное для реализации, - подобное определение менее пригодно для целей коммерческого права.

Необходимым и существенным признаком объектов торгового права является их коммерческая оборотоспособность, т.е. способность служить объектом торговых договоров и менять собственника.

Для определения понятия объектов торгового права необходимо выявление различий торгового и гражданского оборота. Сущностью торгового оборота является движение товаров на возмездной основе от изготовителя к потребителю. Понятие гражданского (имущественного) оборота является более широким. Согласно трактовке, дававшейся Г.Ф. Шершеневичем, понятие о гражданском обороте включает в свое содержание такие безвозмездные действия, как дарение, завещание, по самой идее несогласуемые с понятием экономического (торгового) оборота[\*(16)](#sub_9916). Современное гражданское законодательство также включает в состав гражданского оборота любые отношения по передаче имущества (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Статья 129 ГК РФ говорит об оборотоспособности объектов гражданских прав. Согласно п. 1 названной нормы объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица) либо иным способом, если они не изъяты из оборота или не ограничены в обороте.

Коммерческая оборотоспособность означает возможность свободного отчуждения объектов на возмездной основе. Она не касается актов безвозмездной передачи имущества, в том числе в порядке дарения, наследования, реорганизации юридического лица либо иным способом.

Таким образом, объектами торгового оборота признаются товары, т.е. имущество, обладающее оборотоспособностью и реализуемое в ходе торговой деятельности на основе возмездных договоров.

2. Основным видом объектов торгового права являются материальные предметы, имеющие вещественную форму (вещи).

Материальные объекты включают в себя потребительские товары, предназначенные для удовлетворения личных потребностей людей, и товары производственного назначения, служащие использованию в производстве, - сырье, материалы, комплектующие изделия, оборудование и др.

Вместе с тем не все вещи относятся к объектам торгового оборота. Так, Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980) не относит к объектам торгового оборота целый ряд товаров. В частности, согласно ст. 2 Конвенции она не применяется к продаже товаров, которые приобретаются для личного, семейного или домашнего использования, судов водного и воздушного транспорта и др. В данном отношении Конвенция выражает подход, общепринятый в зарубежном и российском торговом праве.

Среди иных вещей в предметном, материальном виде также не все входят в состав объектов торгового права. Статья 130 ГК РФ восстановила существовавшее в дореволюционном праве деление имуществ на движимое и недвижимое. К недвижимости отнесены земельные участки и все, что прочно связано с землей: здания, сооружения, многолетние насаждения. К недвижимости отнесены также некоторые иные объекты.

Торговый оборот обслуживает продвижение товаров от изготовителей к потребителям. Поскольку недвижимое имущество не может свободно перемещаться, сделки с ним традиционно не включаются в торговые кодексы. Таким образом, недвижимость - это не товар коммерческого права, хотя и объект гражданского оборота.

Правда, вопрос о недвижимости не так уж бесспорен. Он дискутировался российскими коммерциалистами еще в дореволюционный период. В настоящее время в зарубежной юридической литературе также приходится сталкиваться с утверждениями о неоправданности исключения недвижимого имущества из круга объектов торгового оборота, высказывается мнение, что продажа недвижимости должна рассматриваться как относящаяся к сфере коммерческой деятельности.

Такие взгляды представляются весьма спорными. Сделки по купле-продаже зданий, иной недвижимости во всем мире требуют более строгого оформления - в нотариальной или, как минимум, в простой письменной форме с соответствующей регистрацией. Что касается торговых договоров, то для них принят более простой порядок совершения, включая устный. Кроме того, сделки с недвижимыми объектами носят для собственников разовый, а не повторяющийся, не систематический характер. Условия каждого договора приходится вырабатывать индивидуально. Поэтому едва ли верно требовать отнесения операций с недвижимостью к торговому, а не к гражданскому праву.

Зарубежное законодательство о торговле в числе своих объектов нередко называет оказываемые услуги и выполняемые работы. С торговым оборотом непосредственно связано оказание большого числа различных услуг. Таковы услуги по хранению товаров, их перевозке, коммерческому представительству, агентированию и др. Аналогичным образом, осуществление торговли требует выполнения различных видов работ: по проведению маркетинговых исследований, созданию рекламной продукции и др. Вместе с тем сами услуги и работы не могут отождествляться с торговой деятельностью, договоры на их оказание (выполнение) существенно отличаются от договоров на реализацию товаров.

Рассмотрение соответствующих видов услуг и работ в рамках теории коммерческого права позволяет выявить особенности соответствующих договоров в зависимости от их связи с коммерческой деятельностью. Вместе с тем торговые кодексы зарубежных стран не позволяют признавать оказание услуг и выполнение работ объектами коммерческого права. Статья 3 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров также устанавливает, что Конвенция не применяется к договорам, в которых обязательства сторон заключаются в основном в выполнении работ или в предоставлении услуг.

Не подлежат отнесению к торговому обороту операции по продаже фондовых бумаг, обеспечительных бумаг, облигаций и иных документов, дающих право на получение денег и дивиденда. Торговое законодательство не включает сделки с ценными бумагами и названными документами в свою сферу.

От собственно ценных бумаг следует отличать товарораспорядительные документы, которые безосновательно смешивают с ценными бумагами. Передача товарораспорядительного документа на товар приравнивается к передаче самого товара (п. 3 ст. 224 ГК РФ), поэтому товарораспорядительные документы используются в торговом обороте и относятся к объектам торгового права.

Товарораспорядительные документы представляют собой составленные на формулярных бланках, т.е. бланках с обязательными реквизитами, тексты договоров. Законодательство называет два вида таких документов: коносаменты на морскую перевозку и складские свидетельства. Документы эти всегда выдаются профессиональными перевозчиками или хранителями.

Интересы торгового оборота нередко требуют ускоренной передачи прав на товар, перевозимый морем или сданный на склад для хранения. Поэтому сформировался и получил закрепление в законе упрощенный порядок перемены кредитора в обязательствах, оформленных выдачей коносаментов и складских свидетельств, путем непосредственной передачи таких документов, составленных на предъявителя, или путем учинения на них переуступочной надписи, как на векселях.

Принципиальное отличие передачи товарораспорядительного документа от индоссирования векселя состоит в том, что учинение переуступочной надписи означает одновременную перемену: а) собственника товара и б) кредитора в договоре перевозки или хранения. Обязательства из договоров перевозки и хранения являются взаимными, в отличие от одностороннего обязательства по векселю. Соответственно, при передаче товарораспорядительного документа к новому кредитору наряду с правом собственности на товар переходит также комплекс прав и обязанностей по договору перевозки или хранения. Так, новый грузополучатель обязан принять и вывезти из порта свой груз, уплатить необходимые сборы. Он несет риск случайной утраты и порчи груза при перевозке. В договоре хранения новый поклажедатель обязан забрать товар по окончании срока договора, вносить плату за хранение, возмещать иные расходы хранителя. Подобных обременений для кредиторов при операциях с ценными бумагами не возникает.

Можно предложить следующее определение. Товарораспорядительный документ - это составленный на формулярном бланке договор морской перевозки или хранения, перемена собственника товара и кредитора в обязательстве из которых производится путем непосредственной передачи новому собственнику (кредитору) экземпляра договора, выданного на предъявителя, или учинения переуступочной надписи на договоре.

Наряду с передачей товарораспорядительного документа или учинением переуступочной надписи на нем, изменяющими собственника товара и кредитора в обязательстве по перевозке или хранению, требуется заключение соглашения между первоначальным и новым владельцем документа. В таком соглашении предусматривается возмездное отчуждение товара по документу и возмещение платы и иных затрат по договору перевозки или хранения.

К числу товарораспорядительных документов относятся складские свидетельства, выдаваемые поклажедателям в подтверждение принятия товара на хранение. Они выдаются специальными субъектами - товарными складами, которые осуществляют профессиональное хранение товаров. Складские свидетельства бывают двух видов: простое и двойное. Двойное складское свидетельство состоит из двух частей: складского свидетельства и залогового свидетельства. Залоговое свидетельство имеет в ГК РФ название варранта. Такое обозначение не соответствует терминологии, принятой в зарубежной торговой практике, где варрантом именуют всякое складское свидетельство на хранимый товар.

В ст. 912-917 ГК РФ определено содержание складских свидетельств и установлен порядок работы с ними.

В простом и двойном складских свидетельствах должны быть указаны:

- наименование и место нахождения товарного склада;

- номер свидетельства по реестру склада;

- наименование и место нахождения лица, от которого принят товар на хранение. Сведения об этом лице указываются лишь в двойном свидетельстве. Что касается простого свидетельства, то оно выдается на предъявителя;

- наименование и количество принятого на хранение товара;

- срок, на который товар принят на хранение;

- размер вознаграждения за хранение;

- подпись хранителя и печать склада. Это один из немногочисленных случаев, когда закон требует скрепления подписи на договоре печатью.

В двойном складском свидетельстве перечисленные сведения должны быть указаны одинаково в обеих его частях: складском свидетельстве и залоговом свидетельстве.

При несоответствии установленным требованиям документ не признается складским свидетельством. Он утрачивает значение товарораспорядительного документа, действуя лишь в качестве договора хранения или залога.

Двойное складское свидетельство представляет два договора: хранения товара и залога этого же товара. Договоры могут отделяться друг от друга простым разделением частей двойного свидетельства. Они могут передаваться вместе или порознь другим лицам путем учинения передаточной надписи. Простое свидетельство выписывается на предъявителя и при передаче не требует индоссирования. Залог товара по залоговому свидетельству более прост и удобен, чем по обычному договору залога.

Указанными обстоятельствами определяются функции складского свидетельства как товарораспорядительного документа. Складское свидетельство и залоговое свидетельство после разъединения поступают в обращение, могут использоваться самостоятельно, находясь у разных лиц.

Товарный склад выдает товар держателю двойного складского свидетельства в обмен на обе его части: складское свидетельство и варрант, предъявленные вместе. Для получения товара возможно также предъявление складского свидетельства вместе с документом об уплате всей суммы долга по варранту.

Залог товаров с помещением их на товарные склады - высоко эффективная обеспечительная мера. Она позволяет осуществлять устойчивое банковское кредитование торговых организаций, оставляя у последних возможность распоряжения товаром для погашения задолженности по кредиту. Кредитование торговли всегда служило условием активного развития самих банков с учетом высокой скорости обращения торгового капитала. Однако в России число товарных складов незначительно, ограниченный характер носит и применение складских свидетельств.

Второй вид товарораспорядительного документа - коносамент на перевозку груза морским транспортом. Если коносамент выписан на предъявителя или предусматривает право приказа грузоотправителя либо грузополучателя на выдачу груза другому лицу, то становится возможной передача в оборот такого документа. С ним могут совершаться сделки, в том числе биржевые. По просьбе грузоотправителя коносамент может выдаваться в нескольких экземплярах с указанием их числа. Данное правило также облегчает использование коносамента в качестве товарораспорядительного документа.

В зарубежном торговом обороте используется значительно большее число товарораспорядительных документов. Таковы доковый варрант, доковая расписка, ордер на получение товара и др.

К классу товарораспорядительных документов, хотя и со значительной долей условности, можно отнести накладные на перевозку грузов другими видами транспорта. Эти накладные являются именными, т.е. выписываются на конкретного грузополучателя. Однако указанный в накладной получатель может: во-первых, переадресовать, переотправить груз, указав нового получателя; во-вторых, выдать другому лицу доверенность на право получения груза от перевозчика. Возможность совершения операций по передаче товара другим лицам превращает транспортные документы в особый объект торговых сделок, продаваемый по таким документам товар на лексиконе коммерсантов называется "товар на колесах".

К сожалению, российское транспортное законодательство крайне далеко от учета потребностей торгового оборота и даже в современных условиях не закрепляет возможностей совершения товарных операций с транспортными документами на перевозимые грузы.

3. В последние десятилетия чрезвычайно возросло значение классификации товаров как для самого товарного обращения, так и для надлежащей организации производства и оптовой торговли.

В странах Европейского Союза, США и ряде других товарная специализация предприятий основана на действующей стандартной классификации товаров. Единая классификация создает возможность для автоматизированного поиска изготовителей и продавцов товара, ускоренного заключения договоров, в том числе через сети Интернет.

В России в коммерческой деятельности приходится учитывать и применять классификации товаров, разработанные для различных целей. Некоторые классификации товаров закреплены нормативными актами, другие существуют как общепринятые на практике.

По направлениям использования товары подразделяют на: 1) товары потребительского назначения; 2) товары производственного назначения.

Товары потребительского назначения подразделяют, прежде всего, на продовольственные и промышленные. По периоду их использования они делятся на товары краткосрочного или разового использования и товары длительного пользования.

Товары производственного назначения по их месту в производственном процессе подразделяют на следующие группы: основное оборудование, вспомогательное оборудование, узлы и агрегаты, основные материалы, вспомогательные материалы и сырье.

В производственных и оптовых торговых организациях применяется классификация изделий по товарным группам, сохранившаяся от прежней системы планового распределения. Так, промышленные товары подразделяются на: швейные, трикотажные, обувные, мебельные, строительные, электротовары и др. Применение такого рода классификаций унифицирует и упрощает учет, составление договорной и транспортно-сопроводительной документации.

Для торгово-предпринимательской деятельности первостепенное значение имеют общегосударственные классификации товаров. Постановлением Госстандарта РФ от 30.12.93 N 301 на территории страны введен Общероссийский классификатор продукции (ОКП). Он входит в состав Единой системы классификации и кодирования технико-экономической и социальной информации России. ОКП обеспечивает на основе системы цифрового кодирования сопоставимость и автоматизированную обработку информации о товарах во всех отраслях хозяйства и в статистике.

Поскольку ОКП ограничивается учетом лишь шести уровней различения видов товаров, он дополняется классификаторами, обеспечивающими более полный учет других характеристик изделий (до 12-14 уровней): моделей, фасонов, рецептур, расцветок и др. Такие дополнительные классификаторы составляются самими производственными и оптовыми торговыми организациями. При этом первые шесть знаков кода изделия должны воспроизводить коды из ОКП.

Практика свидетельствует о том, что во многих организациях классификационный учет товаров вообще не ведется. В стране отсутствует полная база данных о классификации товаров, производимых и реализуемых различными фирмами. Это существенно затрудняет поиск необходимых товаров и установление торговых связей, замедляет торговый оборот.

Важную роль играет Товарная номенклатура внешнеэкономической деятельности (ТН ВЭД), утвержденная постановлением Правительства РФ от 27.12.96 N 1560. Классификатор ТН ВЭД построен в соответствии с приятой в мировой торговле Гармонизированной системой описания и кодирования товаров и Комбинированной номенклатурой Европейского союза. Он служит в качестве основы применения таможенных тарифов, статистики внешней торговли, осуществления мер нетарифного регулирования внешнеэкономической деятельности. Многие нормативные акты по вопросам внешней торговли содержат данные о товарах с использованием кодов ТН ВЭД. Вместе с тем эта классификация касается лишь импортируемых и экспортируемых товаров и, следовательно, охватывает лишь часть находящихся в обращении видов товаров.

4. Правовой режим товаров в торговле создается различными способами, они достаточно разнообразны и интересны. Это могут быть требования, касающиеся:

- определения статуса, правомочий продавца и покупателя. Здесь через регулирование правоспособности оказывается влияние на совершение операций с товарами;

- возможности и порядка приобретения или отчуждения различных товаров;

- порядка хранения, транспортировки, учета различных товаров, также создающие разные правовые режимы.

С юридико-технической точки зрения режим товаров может создаваться путем издания законодательных и административно-распорядительных актов, касающихся действий с товаром. Не меньшее влияние на режим обращения товаров могут оказывать заключаемые международные договоры, а также конкретные торговые договоры, заключаемые между хозяйствующими субъектами, например, об исключительной продаже товаров на определенной территории.

Статья 129 ГК РФ, регулирующая оборотоспособность объектов гражданских, а соответственно, и торговых правоотношений, в самом общем виде называет три режима обращения товаров. Это свободно отчуждаемые товары, ограниченные в обращении и изъятые из оборота.

Режимные требования, связанные с вещественными свойствами объектов, могут диктоваться интересами государственной и общественной безопасности. Так, в целях государственного контроля за движением определенных объектов указом Президента РФ от 22.02.92 N 179 "О видах продукции (работ, услуг) и отходов производства, свободная реализация которых запрещена" утвержден Перечень изделий, свободная реализация которых запрещена. Перечень фактически включает две группы предметов: полностью изъятые из торгового оборота и ограниченные в обороте.

Полностью изъятыми, к примеру, считаются стратегические материалы, вооружение, взрывчатые вещества, ракетная техника, шифровальная техника и ряд других. На практике это имущество может продаваться и продается, но в специальном порядке. Постановлением Правительства РФ от 10.12.92 N 959 "О поставках продукции и отходов производства, свободная реализация которой запрещена", установлен порядок поставок таких изделий на основании разрешений на использование и квот, выдаваемых соответствующими министерствами или органами власти субъектов Российской Федерации.

Установление режимных требований зачастую диктуется экономическими интересами государства, целями защиты отечественных производителей. Это касается экспортных поставок и закупок по импорту. Здесь используются разнообразные приемы, создающие особые правовые режимы деятельности с определенными товарами.

Различаются следующие методы государственного регулирования внешнеторговой деятельности: 1) таможенно-тарифное регулирование; 2) нетарифное регулирование; 3) запреты и ограничения внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью; 4) меры экономического и административного характера, способствующие развитию внешнеторговой деятельности. Они предусмотрены Федеральным законом от 08.12.03 N 164-ФЗ "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности"[\*(17)](#sub_9917) и Федеральным законом от 08.12.03 N 165-ФЗ "О специальных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров"[\*(18)](#sub_9918).

Так, согласно ст. 23 и 24 Федерального закона "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" нетарифными способами регулирования внешнеторговой деятельности служат, в частности, лицензирование деятельности и введение квот на экспорт и импорт отдельных товаров. Выдача лицензий и распределение квот, в том числе в порядке проведения конкурса или аукциона, производится по решению федерального органа, определяемого Правительством РФ.

Некоторыми федеральными законами предусмотрены количественные ограничения реализации отдельных видов товаров также на внутреннем рынке. Так, закупки этилового спирта для производства алкогольной продукции осуществляются по устанавливаемым для организаций-покупателей квотам.

Воздействие на процесс реализации товаров может оказываться путем изменения статуса, т.е. путем расширения или ограничения правоспособности лиц. Согласно ст. 49 ГК РФ предпринимательские организации могут осуществлять любые виды деятельности, если они не запрещены законом. Вместе с тем торговое законодательство может ограничивать участие субъектов в обороте определенных товаров. Так, оптовую торговлю лекарственными средствами вправе осуществлять только юридические лица. Розничной торговлей лекарствами могут заниматься только аптечные организации.

Коммерческая правоспособность организаций может расширяться или ограничиваться также иными способами. Инструментом регулирования правоспособности, прежде всего, служит лицензирование деятельности. Причем лицензии на осуществление определенных видов деятельности, регламентирующие статус организации, следует отличать от лицензий на экспорт или закупку по импорту конкретных видов и количеств товара.

Обязательность и порядок лицензирования определены Федеральным законом от 08.08.01 N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности". Закон установил исчерпывающий перечень видов лицензируемой деятельности, субъекты Российской Федерации в настоящее время лишены права изменять его. Закон предусматривает, в частности, необходимость лицензирования торговли оружием и патронами, реализации нефти, газа и продуктов их переработки; заготовки и реализации лома черных и цветных металлов, распространения лекарственных средств и изделий медицинского назначения.

Лицензии требуются в дополнение к обязательной государственной регистрации юридических лиц. Торговля без лицензии считается незаконным предпринимательством и влечет ответственность по ст. 171 УК РФ. Законодательное и административное регулирование круга субъектов, правомочных осуществлять производство, продажу и приобретение соответствующих товаров, влияет на структуру торгово-хозяйственных связей, объемы продаж, другие условия договоров, т.е. на правовой режим товаров.

В интересах обеспечения здоровья граждан введена государственная регистрация впервые производимых или ввозимых на территорию России пищевых продуктов, материалов и изделий. После экспертизы документов и проведения испытаний товаров они вносятся в Государственный реестр, который ведет Минздрав РФ. Заявителю выдается свидетельство о государственной регистрации, дающее право на производство, закупку, транспортировку, реализацию. Аналогичный порядок установлен для новых видов лекарственных средств. Товары, не прошедшие государственную регистрацию, подлежат уничтожению.

Законом могут вводиться ограничения на совершение определенных видов сделок с отдельными товарами. Так, например, закон запрещает заключение договоров мены алкогольной продукции.

Различия в правовом режиме обращения товаров могут создаваться и в связи с регулированием порядка розничной торговли. Правительство РФ постановлением от 19.01.98 N 55 утвердило Правила продажи отдельных видов товаров. Издаются также правила розничной торговли иными видами товаров. Правила адресуются рознице, но одновременно затрагивают оптовую торговлю и даже деятельность изготовителей товаров. Правила требуют, в частности, чтобы предназначенный для розничной продажи товар был доведен до состояния коммерциализации. Это означает, что товар должен быть помещен в упаковку, удобную для хранения и использования, снабжен маркировкой с указанием на ней необходимых сведений о товаре, инструкцией по применению, техническим паспортом.

Меры по регулированию производства, оптовой и розничной торговли непосредственно влияют на установление торговых связей, на обращение товаров. Изготовители и приобретатели обязаны учитывать правила, действующие по всей цепочке прохождения товара, чтобы не столкнуться с затруднениями при реализации, не оказаться вынужденными забирать обратно свой товар или подыскивать другого покупателя.

5. Товарами в торговом обороте в основной массе выступают вещи, характеризуемые родовыми признаками.

Потребности торгового оборота обусловили необходимость выделения товара среди других подобных товаров путем указания изготовителя или источника происхождения товара. Основными средствами отличения товаров и услуг одних лиц от товаров и услуг других лиц являются товарный знак и знак обслуживания. Их применение регулируется Законом РФ от 23.09.92 N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименования мест происхождения товаров".

В качестве товарных знаков и знаков обслуживания применяются словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения и их комбинации. Правовая охрана, а соответственно, и сама возможность использования товарных знаков возникает с момента их государственной регистрации. Товарный знак может быть зарегистрирован на имя юридического лица или индивидуального предпринимателя на основе заявления с приложением установленных документов. После регистрации лицу выдается свидетельство на товарный знак или знак обслуживания. Регистрация знака действует в течение 10 лет.

Наряду со знаками, зарегистрированными на отдельных лиц, применяются коллективные знаки. Коллективным знаком является товарный знак союза, хозяйственной ассоциации или иного добровольного объединения предприятий, предназначенный для обозначения выпускаемых и реализуемых ими товаров, обладающих едиными качественными или иными общими характеристиками.

Использованием товарного знака признается проставление его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, или на упаковке товаров владельцем товарного знака или лицом, которому такое право предоставлено на основе лицензионного договора. Использование возможно также в рекламе, печатных изданиях, на бланках организации, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках.

В последний период широкое распространение получил термин "брэнд". Он обозначает известный на рынке товарный знак (знак обслуживания) или группу товарных знаков на изделия определенного изготовителя. В таком же значении употребляется понятие торговая марка. Эти понятия, несмотря на повсеместное применение, не закреплены законом.

Право на использование товарного знака может быть предоставлено его владельцем другому лицу по лицензионному договору. Договор регистрируется в федеральном ведомстве по интеллектуальной собственности и без такой регистрации признается недействительным. Лицензии бывают двух видов: исключительные и неисключительные. Исключительная (полная) лицензия запрещает владельцу переданного товарного знака его использование в пределах срока действия договора. Неисключительная (неполная) сохраняет за владельцем переданного товарного знака возможность самому его использовать.

Использование товарного знака или сходного с ним до степени смешения обозначения на однородных товарах без разрешения правообладателя признается нарушением исключительных прав последнего. Незаконным использованием считается размещение чужого товарного знака или сходного обозначения на товарах, этикетках, упаковке этих товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, демонстрируются на выставках и ярмарках, хранятся или перевозятся для введения в оборот.

Незаконное использование чужого товарного знака и наименования места происхождения товара влечет установленную законом ответственность, включая уголовную.

В торговой практике нередко возникает необходимость выделения отдельных количеств (партий) товара из числа других идентичных или однородных товаров.

Так, ст. 458 ГК РФ предусматривает необходимость выделения товара в подтверждение его готовности к передаче покупателю. Такое выделение, обособление товара для целей договора производится путем нанесения специальной маркировки, отделения от других товаров контрольной лентой с ярлыком, хранения в отдельном помещении и др.

В соответствии с законом или договором получателям нередко приходится обосабливать поступившие к ним товары, когда до оплаты стоимости право собственности на товары сохраняется за их отправителем. Отсюда необходимость выделения (обособления), отдельного учета и обеспечения сохранности таких товаров. В случае неурегулирования вопроса о судьбе товаров собственник вправе истребовать их у держателя.

# Дополнительная литература

1. Коммерческое (торговое) право: Учебник/Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. М., 2002.

2. Неверов О.Г. Товарораспорядительные документы. М., 2002.

3. Петров И.В. Коммерческое право: Учебник. СПб., 2001.

4. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). М., 1994.

# Глава 5. Формирование структуры и инфраструктуры товарного рынка

1. Деятельность огромного количества хозяйствующих субъектов, осуществляющих производство и реализацию товаров, иные виды бизнеса, упорядочивается и развивается под воздействием требований рынка. Рынок составляет экономическую среду торгового и другого предпринимательства. Он представляет собой сложный социально-экономический механизм, который требует изучения и постоянного совершенствования.

Рыночная экономика состоит из совокупности взаимосвязанных рыночных секторов. Принято выделять несколько таких секторов: рынок труда, рынок капиталов, фондовый рынок, страховой рынок и др. Работа всех этих секторов регулируется рыночными механизмами и институтами и вместе с тем подчиняется требованиям правовой системы.

Основу рыночной экономики составляет товарный рынок как совокупность социально-экономических отношений в сфере обмена, посредством которого осуществляется реализация товаров, обеспечивается признание общественного характера создающего их труда. В рамках товарного рынка протекает процесс товарного обращения, совокупность взаимосвязанных актов купли-продажи массы товаров, создаваемых в различных областях хозяйственной деятельности.

Становление рыночных отношений в России требует формирования структуры товарного рынка и обслуживающей его инфраструктуры.

Структура товарного рынка представляет собой совокупность объединяемых договорно-хозяйственными связями звеньев, участвующих в продвижении товаров от изготовителей к потребителям. В Комплексной программе развития инфраструктуры товарных рынков в Российской Федерации на 1998-2005 годы, одобренной постановлением Правительства РФ от 15.06.98 N 593, товарный рынок рассматривается как система субъектов и их отношений (производителей, потребителей, посредников и организаций, обеспечивающих их взаимоотношения), целью которых является обеспечение обращения товаров конечного потребления и производственно-технического назначения.

Товарный рынок, в свою очередь, принято подразделять на различные секторы. К потребительскому рынку предлагается относить рынок продовольствия, социально значимых товаров и лекарственных средств[\*(19)](#sub_9919).

Коммерческое право регулирует деятельность оптового товарного рынка. Оптовый товарный рынок образуют взаимосвязанные действия изготовителей товаров, оптовых торговых и посреднических организаций по реализации товаров, а также розничных торговых и иных организаций и индивидуальных предпринимателей, приобретающих товары для предпринимательских и производственных целей либо для обеспечения собственной деятельности.

Совершенствование структуры товарного рынка осуществляется при прямом воздействии права. Имеются различные федеральные законы, указы Президента РФ и постановления Правительства РФ по вопросам построения в России системы рыночных экономических отношений, формированию товарного рынка. Некоторые правовые акты носят разносторонний, комплексный характер.

Так, распоряжением Правительства РФ от 15.08.03 N 1163-р утверждена "Программа социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу (2003-2005 годы)"[\*(20)](#sub_9920). В качестве одного из главных направлений Программа предусматривает устранение препятствий, сдерживающих предпринимательскую активность, приведение институциональных условий и инфраструктуры рынка в соответствие с потребностями бизнеса, содействие развитию малого бизнеса и другие решения по развитию структуры рынка. Комплекс соответствующих мер предусмотрен также постановлением Правительства РФ от 30.10.97 N 1373 "О реформе предприятий и иных коммерческих организаций"[\*(21)](#sub_9921).

Участники товарного рынка могут быть подразделены на три основные группы: 1) изготовители товара; 2) оптовые торговые и иные посреднические организации; 3) розничные торговые организации и организации-потребители.

Процесс перехода к рыночным отношениям повлек за собой изменения в целях деятельности, во внутреннем построении каждого из названных видов участников торговой деятельности.

2. Для производственных организаций основной целью деятельности в рыночных условиях является не просто изготовление товаров, но успешная их реализация и получение прибыли от продаж. Налаживание сбыта, максимизация дохода от реализации товаров - это новая задача для многих российских предприятий. В советский период почти вся производимая продукция распределялась плановыми органами, и проблемы сбыта фактически не существовало. Теперь же каждая производственная организация обязана совмещать функции изготовителя и продавца, причем функция реализации является превалирующей. Многие производители пока не могут успешно справиться с этой задачей.

Необходимость налаживания продажи своего товара потребовала изменений во внутреннем построении производственных организаций. Такое реформирование состояло, прежде всего, в расширении и укреплении изготовителями своих сбытовых служб, в создании коммерческих (торговых), маркетинговых и рекламных подразделений, постоянно действующих демонстрационных залов, выставочных павильонов и др. потребовалось обучение сотрудников правилам договорной работы, точному выполнению заказов потребителей, оперативному реагированию на изменения спроса.

Производственные организации предусматривают различные решения для осуществления сбыта товара через зависимых посредников, подобная практика называется созданием горизонтальных сбытовых (маркетинговых) сетей. Так, несколько изготовителей могут объединять свои усилия в совместном освоении определенных участков рынка, используя для этого имеющиеся складские и торговые подразделения. Возможно образование несколькими изготовителями зависимой (дочерней) организации или группы таких организаций, на которые учредители возлагают сбыт своих товаров.

Развивая сбытовую сеть, производственные организации нередко идут на создание собственной системы баз и магазинов. Такие магазины создаются, прежде всего, в том же городе, где находится само предприятие. В России их традиционно называют заводские или фирменные магазины. Примеры таких решений можно встретить в центре и в регионах страны.

Следует учитывать, что в западных странах производителями постоянно ведется работа по совершенствованию сбыта. Причем этот участок считается важнейшим, определяющим на перспективу деятельность фирмы. Там администрация любого предприятия исходит из общепризнанного положения, что без искусства продавать продукцию трудовой деятельности бессмысленной становится сама эта деятельность. Понимание этой истины должно воспитываться у каждого российского бизнесмена.

Из указанных моментов можно вывести важное положение коммерческого права, действующее для всякого предпринимательства: прежде чем начинать производство товара, надо наладить его надежный, устойчивый сбыт. Сегодня в России проблема восстановления прежних объемов и расширения производства упирается в необходимость создания работоспособных сетей сбыта товаров. Это относится как к деятельности начинающих бизнесменов, так и к огромному числу предприятий с неработающими цехами или неиспользуемым оборудованием.

Известны трудности наших сельскохозяйственных производителей. Между тем у нас только 28% сельскохозяйственных организаций и 22% фермерских хозяйств имеют налаженный, устойчивый выход на оптовый рынок, остальные 70% не знают, куда пристраивать произведенную продукцию. В результате в стране с огромными производственными площадями мы половину продовольствия закупаем по импорту. В то же время в США 45% сельхозпродукции вывозят и реализуют кооперативы, создаваемые фермерами, а остальная закупается и вывозится специализированными заготовительными организациями. Отсюда необходимость создания эффективных систем сбыта отечественных товаров.

Теперь об оптовых торговых и иных посреднических организациях. Здесь происходят наиболее значительные структурные изменения. Именно оптовой торговле в ее различных организационных формах принадлежит главная роль в создании единого внутреннего рынка. Оптовая торговля традиционно является одним из ключевых звеньев в хозяйственном комплексе, выполняя важные функции взаимосвязей между производством и потреблением.

В мире общераспространенной является тенденция к переложению производителями функции сбыта товаров на посредников. На Западе оптовые фирмы представляют собой высокоэффективные хозяйственные структуры, способные успешно продвигать огромные массы разнообразных товаров. Для этого они располагают мощным складским хозяйством, транспортными терминалами, базами на всей территории страны. Они используют новые технологии и методы, которые позволяют оптимизировать торговые и финансовые операции, способствуют снижению цен и улучшению обслуживания покупателей. Большое значение имеет использование единых правил кодирования, электронных систем учета товаров, оформления заказов и проведения расчетов.

В нашей стране отстает развитие посреднических организаций. Большинство их незначительны по размерам. Главные их слабости - в отсутствии крупных баз, складов, холодильников, а также отсутствие сети вспомогательных звеньев в регионах страны. Почти 70% оптовых и посреднических организаций не имеют собственного складского хозяйства и не могут реально осуществлять работу с товаром.

Положительный зарубежный опыт свидетельствует о необходимости создания оптовыми организациями в краях и областях множества вспомогательных звеньев, обеспечивающих продвижение товаров по стране. Согласно статистике, в странах Европейского союза 95% товаров поступает в магазины через товаропроводящие сети.

В создании таких сетей имеются важные правовые проблемы. Опыт показывает, что требуется организационная и финансовая зависимость периферийных звеньев от головной фирмы. Многочисленные попытки наших предпринимателей создать сбытовые сети на основе торговых договоров с фирмами в других регионах страны заканчивались провалом. Эти фирмы обычно исчезали с полученным товаром и деньгами. Попытки что-либо взыскать с них через арбитражные суды были малоуспешны. На этом деле пострадало немало начинающих бизнесменов.

Поэтому целесообразно создавать сбытовые звенья в качестве филиалов головной организации либо - что несколько сложнее - в виде дочерних фирм. Права руководителя филиала ограничены доверенностью. С руководителем филиала, как и с другими работниками, заключается договор о полной материальной ответственности. Следует учитывать и достигаемое при этом сокращение трансакционных издержек, поскольку операции между центром и структурными подразделениями фирмы не требуют оформления договоров (и не облагаются налогами).

Для усиления финансовой зависимости можно ограничить права руководителей филиалов по распоряжению денежными средствами на банковском счете, указав в доверенности руководителя филиала, что договор с банком филиал заключает по согласованию с руководством головной фирмы. В договоре можно предусмотреть, что поступающие средства свыше определенной суммы незамедлительно перечисляются транзитом на указываемый в договоре счет фирмы. Возможны ограничения в размерах денежных сумм, расходуемых филиалом со своего счета.

На Западе широко распространено создание производителями и оптовыми организациями сетей торговых агентств. Торговые агентства и агенты - это особый вид посредников. Они подыскивают покупателей товара, проводят с ним переговоры и сообщают информацию фирме-продавцу. Агент получает вознаграждение в виде процентов от сделок, заключенных при его содействии.

Создание сбытовых сетей требует немалых средств и усилий. Приходится на местах подбирать деловых партнеров, подыскивать помещения, оборудовать их. Однако этот метод оправдывает себя на практике, так что идти придется этим путем.

Необходимо сказать об изменениях в такой важной группе субъектов, как приобретатели товара. Любая организация вынуждена постоянно закупать различные материальные и товарные ресурсы, ибо это служит условием жизнедеятельности. Ликвидация существовавшей системы централизованного обеспечения ресурсами потребовала перестройки буквально в каждой организации. Здесь необходимые изменения состоят в укреплении собственных служб снабжения, налаживании устойчивых связей с изготовителями необходимых ресурсов и надежными снабженческими организациями.

Для крупных и средних потребителей выгодно создание дочерних снабженческих фирм, так как такие организации в отличие от собственных отделов снабжения способны осуществлять комплексное снабжение. Как показала практика, целесообразно создавать снабженческие фирмы, обслуживающие сразу несколько производителей. В этом случае расширяются возможности маневра ресурсами путем взаимного обмена или займа из имеющихся излишков у других организаций. Кроме того, в перечень товаров, которые приходится предлагать для встречных продаж или мены, включается ассортимент товаров, изготавливаемых не одной, а всеми фирмами-учредителями.

В стране образовано немало объединений в виде союзов и ассоциаций. Важно полнее подчинять их деятельность целям формирования рынка. Закон объявляет такие объединения некоммерческими организациями. Поэтому их задачи должны носить особый характер: изучение возможностей сбыта товаров участниками объединения, сбор информации о контрагентах, помощь в проведении рекламных кампаний, организация ярмарок и выставок и другие действия в интересах участников объединения.

Совершенствованию организации товародвижения, оптимизации процесса доведения товаров до потребителей содействует вступление субъектов рынка в различные неформальные сообщества. Речь идет об образовании договорных или, как их чаще называют, контрактных, объединений. Такие формирования в зарубежной литературе имеют различные названия: связанные предприятия, система компаний, товарищества второй группы, интегрированные структуры и др. Задачей их деятельности является рационализация процесса торговли путем создания эффективной цепи бесперебойного доведения товара от изготовителя до потребителя. За рубежом они получили огромное распространение и оказывают мощное влияние на торговый оборот.

Одним из известных видов контрактных объединений являются простые товарищества, создаваемые путем заключения договоров о совместной деятельности. Необходимыми признаками простого товарищества выступают: заключение участниками договора о создании такого товарищества либо просто договора о совместной деятельности; объединение имущества, средств, профессиональных знаний, деловых связей и обособление этого имущества в качестве общей долевой собственности; учет общего имущества на отдельном балансе одним из участников; выдача участниками доверенности лицу, на которое возложено ведение общих дел.

Объединение в простое товарищество способно давать значительный экономический эффект. Оно позволяет участникам использовать объединенные денежные средства, что предпочтительнее получения кредита от банков. Появляется возможность использовать в общих целях складское хозяйство, транспортные средства и иное имущество отдельных партнеров. Каналы сбыта и возможности снабжения, имеющиеся у одного из участников, могут использоваться в интересах других участников.

Видом контрактных объединений являются консорциумы. Они образуются предпринимательскими организациями для решения общих хозяйственных задач: реконструкции зданий, строительства складов, транспортных узлов, систем связи, прокладки дорог и др. ГК РФ не упоминает о таких формированиях и их приходится создавать в качестве простых товариществ.

Находят применение такие образования, как финансово-промышленные группы. В 2002 г. их было зарегистрировано более 70, некоторые из них достаточно известны. В Федеральном законе от 30.11.95 N 190-ФЗ "О финансово-промышленных группах" не получили необходимого раскрытия и закрепления возможности таких групп, что негативно сказывается на их деятельности. Названный Закон предусмотрел необходимость государственной регистрации финансово-промышленных групп, придав им самостоятельный правовой статус. Такое совершенно не отвечает природе этих формирований, которые являются классическими контрактными объединениями.

Статьи 105 и 106 ГК РФ, регулирующие дочерние и зависимые общества, предусматривают возможность создания неформальных сообществ, построенных на участии капиталов различных организаций в уставных фондах друг друга. Такое участие дает высокий консолидирующий эффект. Подобные интегрированные образования, называемые холдингами, также являются видом контрактных объединений. Статья 6 Федерального закона от 26.12.95 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" предусматривает заключение договоров между основными и дочерними обществами, в силу которых основные общества вправе давать дочерним обязательные указания относительно их деятельности. Аналогичный порядок применяется также в обществах с ограниченной ответственностью.

В отношении холдингов имеется Временное положение о холдинговых компаниях, утвержденное указом Президента РФ от 16.11.92 N 1392, которое, несмотря на вносившиеся изменения, носит в основном ограничительный характер. Вместо содействия развитию хозяйственной кооперации Временное положение фактически сдерживает ее.

В торговле достаточно широко распространены контрактные оптово-розничные объединения. Во главе их обычно стоит крупная оптовая фирма, которая закупает товары у производителя по льготной цене, а затем распределяет их по магазинам, входящим в объединение. Для укрепления связей оптовик оказывает розничным организациям различные услуги в виде предоставления товарных кредитов, скидок с цены, централизованного обеспечения рекламными материалами. Розничная организация, получая долю выгоды за счет крупных сделок оптовика, заинтересована в приобретении и продаже в первую очередь его товаров.

За рубежом распространены и другие виды контрактных объединений. Договоры заключают производственные, транспортные, торговые и иные фирмы. Такие договоры обычно оформляются на несколько лет. Заключаемые их участниками договоры ведут к появлению на рынке "неформальных субъектов". Хотя создаваемые сообщества и не обладают организационной целостностью, поскольку не являются юридическими лицами, обязательность договоров и риск ответственности сплачивают его участников ничуть не слабее, чем слияние в единое юридическое лицо.

Контрактные объединения - чрезвычайно значимое явление. Во всем мире они служат важными звеньями структуры рынка. Они должны активно внедряться и в российскую хозяйственную практику.

3. Особого внимания требуют специальные субъекты, действующие в сфере торгового оборота в качестве организаторов товарного рынка. Развитие таких субъектов - обязательное условие формирования структуры товарного рынка. Между тем в их деятельности наблюдаются значительные сложности.

Так, серьезнейшие проблемы имеются в правовом регулировании товарных бирж. Их организация и деятельность в настоящее время регламентируется законом РФ от 20.02.92 N 2383-1 "О товарных биржах и биржевой торговле" и рядом других актов. Закон детально определяет порядок биржевых торгов, копируя зарубежные правила. Однако из-за серьезных просчетов в построении и организации деятельности российские товарные биржи являются таковыми лишь по названию.

Достаточно сравнить их основные характеристики.

Указанные различия показывают принципиальную противоположность зарубежных и отечественных бирж. По своей сущности российские "биржи" являются организациями мелкопартионной торговли различными товарами.

Российские биржи в принципе не способны осуществлять биржевые торги по стандартным контрактам, поскольку каждый продаваемый товар по виду, количеству и стоимости несопоставим с другим и требует индивидуальной выработки условий контракта. По причине разнородности и невзаимозаменяемости поступающих на торги товаров биржи не могут перейти на фьючерсную и опционную торговлю. Полностью исключено страхование (хеджирование) контрактов и ликвидация их через расчетную палату фирмы.

Главная функция биржи - формирование общественно обоснованных цен на товары в рыночных условиях. Биржа служит механизмом выявления соотношения спроса и предложения, определения общественно необходимых цен на основные сырьевые ресурсы и отсюда - на огромное количество производных и зависимых товаров.

В стране наблюдаются серьезные проблемы с ценообразованием на зерно, нефтепродукты, ряд других ресурсов. Диктат и сговоры монополистов позволяют обрушивать закупочные цены на зерно, понуждая производителей продавать его почти по себестоимости, а с другой стороны, - постоянно наращивать цены на горючее и химикаты для тех же сельхозпроизводителей.

Отсюда возникает стратегическая задача создания нескольких подлинных бирж, организующих торговлю массовыми сырьевыми товарами: лесом, металлом, зерном, углем и др.

В процессе лицензирования бирж должна быть обеспечена их строгая специализация на торговле определенным видом сырьевых ресурсов. Следует проверять соответствие принимаемых биржами правил проведения торгов требованиям закона, чтобы исключить превращение бирж в магазины оптовой торговли. Для каждой биржи требуется создание разветвленной сети брокерских организаций, позволяющих вовлечь в биржевые торги максимально широкий круг производителей, потребителей и торговцев соответствующими ресурсами. Без правовой поддержки и стимулирующих мер со стороны государства едва ли удастся создать в России биржи как инструменты рыночного формирования цен на соответствующие сырьевые товары, а следовательно, и построить нормальные рыночные отношения.

Серьезные правовые и организационные меры требуются для налаживания такого механизма организации товарного рынка, как оптовые ярмарки. Во всех развитых странах они используются как эффективное средство налаживания договорно-хозяйственных связей между изготовителями, потребителями и посредниками.

Постановлением Правительства РФ от 12.04.2000 N 328 "О Комиссии Правительства Российской Федерации по выставочно-ярмарочной деятельности"[\*(22)](#sub_9922) была создана в качестве координирующего органа Комиссия Правительства РФ. Основными задачами Комиссии названы координация действий заинтересованных федеральных органов исполнительной власти и организаций в данной области; разработка предложений о развитии выставочно-ярмарочной деятельности; содействие осуществлению принципов международной выставочно-ярмарочной деятельности.

Образование названной Комиссии оказалось явно недостаточной мерой. Так, не была выработана общегосударственная концепция развития выставочно-ярмарочной деятельности. Не налажено составление координированных планов проведения ярмарок, позволяющих обеспечить согласованность этих мероприятий. В государственном бюджете не предусматривается выделение средств для участия российских предпринимателей (кроме оборонных отраслей) в важнейших международных ярмарках. Следовало бы предусмотреть регулярное проведение в России нескольких международных ярмарок для содействия продвижению отечественных товаров на зарубежные рынки.

Один из основных просчетов состоит в том, что до настоящего времени отсутствуют нормативные правовые акты, регулирующие деятельность оптовых ярмарок и выставок.

Оптовые продовольственные рынки призваны выполнять важные задачи организации оптовой продажи продукции, производимой сельскохозяйственными организациями и фермерами, для магазинов, точек питания и других крупных потребителей. Кроме отличия по предмету, а это только сельскохозяйственная продукция, рынки отличаются от оптовых ярмарок тем, что работают постоянно, круглогодично.

В Федеральной программе стабилизации и развития агропромышленного производства в Российской Федерации на 1996-2000 годы, утвержденной постановлением Правительства РФ от 15.04.96 N 471[\*(23)](#sub_9923), признано необходимым создание оптовых продовольственных рынков. Отдельные правовые вопросы деятельности оптовых продовольственных рынков определяются Положением о межведомственной комиссии по регулированию продовольственного рынка, утвержденным постановлением Правительства РФ от 14.04.99 N 427[\*(24)](#sub_9924). Вместе с тем полноценная правовая основа организации и деятельности оптовых продовольственных рынков отсутствует. Этим в немалой степени обусловливается их крайне слабое развитие в России.

Опыт стран Европейского союза, США, Японии свидетельствует о том, что оптовые продовольственные рынки способствуют активизации обращения товаров, более полному удовлетворению запросов населения, сдерживают рост цен на продукты питания. Создание оптовых продовольственных рынков - это необходимый этап структурной перестройки каналов продвижения значительной части сельскохозяйственной продукции. Дальнейшее их развитие за рубежом идет по пути специализации оптовых рынков на продаже определенных видов товаров. Одновременно происходит установление прямых связей по поставкам продовольствия в супермаркеты и другим крупным потребителям. Сами оптовые рынки обрастают хранилищами, холодильниками, транспортным хозяйством и становятся в существенной степени центрами распределения продукции по заказам покупателей.

Важным сектором товарного рынка является осуществление поставок для государственных нужд. Порядок поставок регулируется ст. 525-534 ГК РФ, Федеральным законом от 13.12.92 N 60-ФЗ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд"[\*(25)](#sub_9925) и рядом других законов. Кодексом и законами предусмотрено заключение контрактов на приобретение ресурсов для выполнения государственных программ. Программы различаются по уровням: федеральные и региональные. Они разнообразны по направлениям: удовлетворение нужд обороны, закладка в госрезерв, обеспечение здравоохранения, просвещения и иные цели.

Указом Президента РФ от 07.08.92 N 826 "О мерах по формированию федеральной контрактной системы" предусмотрено создание федеральной контрактной системы. Эта задача была возложена на федеральную корпорацию "Росконтракт". Кроме того, постановлением Правительства РФ от 26.09.97 N 1224 при Министерстве сельского хозяйства и продовольствия РФ было создано Федеральное агентство по регулированию продовольственного рынка.

К сожалению, названные органы не обеспечили решение своей главной задачи - формирование в стране контрактной системы поставок. Целостная, координированно работающая система поставок для госнужд в стране отсутствует.

Соответствующую организационную работу приходится осуществлять непосредственно государственным заказчикам, производящим закупки товаров для обеспечения публичных нужд.

На товарных рынках действуют и иные субъекты, способствующие организации оптовой торговли товарами. В качестве таковых следует рассматривать, например, организаторов коммерческих торгов. Организаторы коммерческих торгов, обычно проводимых в форме конкурсов и реже - аукционов, осуществляют деятельность по содействию реализации имущества, принадлежащего определенному лицу, либо по отбору более предпочтительного поставщика (покупателя) соответствующих товаров. Организаторами торгов обычно выступают специализированные организации, располагающие необходимыми помещениями и подготовленным персоналом.

Можно утверждать, что примитивное состояние структуры нашего товарного рынка во многом предопределяется недостатками правового регулирования. Не созданы условия для надлежащей деятельности товарных бирж, вообще не определены статус и задачи оптовых ярмарок, выставок товаров, оптовых продовольственных рынков и других организаторов торгового оборота.

Формирование структуры рынка во многом зависит от усилий региональных органов исполнительной власти. В соответствии с законодательством до 1993 г. крайисполкомы и облисполкомы были обязаны содействовать развитию торговых связей на своей территории; обеспечивать работу региональных ярмарок; развивать оптовую и фирменную торговлю; обеспечивать заключение торговых соглашений с другими республиками и областями о взаимном снабжении товарами и др. Эти задачи в той или иной степени выполнялись.

С изменением законодательства эти требования были упразднены, вообще исчезли правовые ориентиры для действий региональных органов по развитию товарного рынка. Между тем без правовой и организационной помощи государства сами по себе современные рыночные отношения возникнуть не могут. Мировой экономический опыт и 15-летний российский опыт однозначно свидетельствуют о вздорности суждений о рынке как о саморегулируемой системе, о "невидимой руке рынка", якобы самой устраняющей все несоответствия и затруднения в хозяйственной деятельности.

4. Наряду со структурными преобразованиями необходимо создание инфраструктуры товарного рынка. Инфраструктура переводится как то, что находится ниже, под структурой. Применительно к коммерческой сфере инфраструктура - это совокупность организаций, обеспечивающих нормальную деятельность изготовителей, торговых посредников и потребителей в процессе товарообращения. От уровня развития инфраструктуры во многом зависит дальнейшее совершенствование товародвижения в стране, становление национального товарного рынка.

Государство уделяет определенное внимание развитию рыночной инфраструктуры. Постановлением Правительства РФ от 15.06.98 N 593 одобрена Комплексная программа развития инфраструктуры товарных рынков в Российской Федерации на 1998-2005 гг.[\*(26)](#sub_9926) В числе других мер названная Комплексная программа предусматривает разработку нормативных правовых актов по совершенствованию организации оптовой торговли, разработку методических документов по снабженческо-сбытовой и торговой деятельности и др.

Внутри инфраструктуры принято выделять несколько подсистем. Одна из них - подсистема складского хозяйства - в России пока неразвита: отсутствуют в необходимом количестве специализированные склады, оборудованные для хранения продовольственных и промышленных товаров. Лишь третья часть оптовых торговых и посреднических организаций располагает складскими помещениями, что резко ограничивает возможности совершения товарных операций.

Важная роль отводится транспортной подсистеме, обслуживающей продвижение товаров от изготовителей до потребителей. С ней непосредственно связаны организации, осуществляющие транспортно-экспедиционную деятельность. Особенности взаимоотношений по оказанию транспортно-экспедиционных услуг определяются Федеральным законом от 30.06.03 N 87-ФЗ "О транспортно-экспедиционной деятельности".

В качестве самостоятельной выделяется подсистема тароупаковочной индустрии, значительно влияющая на конкурентоспособность товаров.

Одна из первоочередных проблем - создание подсистемы информационного обеспечения об изготовителях товаров, их производственных возможностях, о наличии запасов товаров, об имеющихся запросах покупателей, ценах на товары и др. Следует учитывать масштабность данной работы, ведь информация должна касаться 25-30 млн. наименований изделий и быть доступной нескольким миллионам пользователей.

Перед российским бизнесом стоит задача создать во всех регионах звенья, занимающиеся сбором, обработкой и передачей данных о ресурсах и спросе. По всей территории страны должны быть созданы информационно-коммерческие центры и бюро, ведущие такую работу, налажен взаимный обмен информацией, связи между ними и клиентами. Предоставление необходимой информации клиентам может осуществляться на постоянной договорной основе либо по разовым заказам.

Службы коммерческой информации могли бы создаваться при торгово-промышленных палатах, которые сейчас имеются в каждом регионе. Наряду с телекоммуникационной сетью важно развивать информационные печатные издания. В издаваемых бюллетенях должна даваться конкретная информация для изготовителей, оптовиков и потребителей, причем рассылаться она должна адресно. Подобные издания должны опираться на помощь государственных органов, торговых представительств за рубежом.

На Западе такая работа ведется весьма широко и разнообразно. Так, в печати освещается деятельность транснациональных дилерско-дистрибьюторских сетей. Сети создают на местах свои агентства; согласно публикациям, в них работает до 200 тыс. человек. Агентства заключают с организациями договоры на информационное, консультационное обслуживание, предоставление сведений о спросе на товар или о наличии товара, о финансовой надежности контрагентов. В них действует порядок, когда за привлечение каждого клиента агент получает проценты с вносимого клиентом вступительного взноса. Сети демонстрируют высокий эффект своей работы. По публикуемым данным, лишь за счет получения доступа к коммерческой информации мелкие и средние фирмы в течение полугода оказываются в состоянии в 10-15 раз увеличить объемы торговых операций.

Анализ законодательства о структуре рынка свидетельствует о серьезных просчетах в ее правовом регулировании. Многие важные вопросы пока не получают решения. Отставание законодательной базы, недостаточность государственной поддержки сдерживают развитие товарного рынка в России.

# Дополнительная литература

1. Андреева Л.В. Коммерческое право России: проблемы правового регулирования. М., 2004.

2. Кулагин М.И. Избранные труды. М., 1997.

3. Петров П.В., Соломатин А.П. Экономика товарного обращения: Учебник для вузов. М., 2002.

4. Половцева Ф.П. Коммерческая деятельность: Учебник. М., 2000.

5. Сидорова Т.Э. Ярмарки и выставки-продажи как участники торгового оборота//Актуальные проблемы коммерческого права: Сборник статей. М., 2002.

# Глава 6. Конкуренция в коммерческой деятельности

1. Одним из необходимых и значимых моментов осуществления коммерческой деятельности является создание конкурентной среды в отношениях хозяйствующих субъектов. Конкуренция представляет собой соперничество, борьбу за более выгодные условия и соответственно - за лучшие результаты обращения товаров на рынке. В предпринимательстве это, в конечном счете, борьба за достижение более высокой прибыли.

На протяжении 70-летнего советского периода конкуренция рассматривалась как явление, присущее лишь капиталистической системе и чуждое социализму. Само слово "конкуренция" употреблялось в негативном значении, ему придавался отрицательный оттенок. Более того, конкуренция подавлялась силами контролирующих и даже правоохранительных органов.

Свойственные командно-административной системе уравнительность и приказные методы организации труда не обеспечивали должного экономического роста. Поэтому взамен конкуренции внедрялись искусственные приемы псевдосоперничества за достижение лучших результатов. Основной такой способ - социалистическое соревнование - представлял собой имитацию соперничества за достижение более высоких показателей в труде. Победа в соревновании стимулировалась внеэкономическими методами: вручением победителям грамот, вымпелов, знамен. В общественном сознании такие стимулы не играли сколь-нибудь значимой роли.

Как только была ликвидирована власть партийного аппарата, соревнование исчезло само собой, без каких-либо запретов. Это с бесспорностью свидетельствует о надуманности и безжизненности такого способа создания соперничества, как соревнование.

Борьба за более высокую прибыль возникает как естественный процесс в товарном, рыночном обществе. Государство со своей стороны обязано поощрять конкурентную борьбу и регулировать ее в нужных обществу направлениях. Здесь важно, чтобы стремление к более высокой прибыли осуществлялось через удовлетворение интересов людей, достижение лучших хозяйственных результатов. При такой направленности конкуренция превращается в движущий фактор непрерывного развития и совершенствования производства, внедрения научно-технических достижений, улучшения качества и расширения ассортимента товаров.

Придание подобной направленности конкуренции связано с узловыми проблемами развития экономики. Здоровая конкуренция обеспечивает перелив капиталов от менее эффективных к более эффективным отраслям хозяйства и видам деятельности. Она служит оптимизации обмена и подчинению производства запросам потребителей.

Можно без преувеличения утверждать, что конкуренция правит рыночной экономикой. Однако конкуренция как движущая пружина развития производства и торговли действует не сама по себе. Она должна постоянно поддерживаться и направляться государством. В нашей российской ситуации из-за отсутствия конкуренции в качестве первоочередной стоит задача формирования конкурентной среды в торговле и других сферах бизнеса.

Социально-экономическая роль конкуренции, ее значимость в жизни общества много выше, чем обычно указывается в правовой и экономической литературе.

Реальное значение конкуренции вовсе не ограничивается стимулирующим воздействием на экономику. Так, отсутствие или недостаточность конкуренции выступает критерием для определения необходимости и степени вмешательства государства в регулирование экономической деятельности, осуществления защиты рыночных отношений. При слабости конкурентных процессов обостряется потребность в воздействии на хозяйственную жизнь со стороны государственных органов.

Не менее значимо и то, что конкуренция позволяет выявить реальное потребительское значение произведенных продуктов, их соответствие желаниям и предпочтениям людей. В данном отношении конкуренция служит одним из главных инструментов определения того, какие вещи следует считать благом, затрачивать на их производство общественные силы и средства. Через конкуренцию обеспечивается свобода выбора. А это весьма важный момент обеспечения личных свобод, формирования человеческой личности как иерархии ценностей.

2. Создание нормальных конкурентных отношений непосредственно связано с оздоровлением российской экономики, обеспечением ее успешного развития. Именно поэтому поддержка конкуренции закреплена в ст. 8 Конституции РФ в качестве одной из конституционных основ нашего строя. ГК РФ определяет конкуренцию как принцип осуществления имущественных, а следовательно - и товарных, отношений. Статья 10 ГК РФ устанавливает, что не подлежат защите права, когда они используются в нарушение конкуренции.

Рассуждения о необходимости развития конкуренции можно услышать часто. К сожалению, из-за слабой разработанности проблематики конкуренции все осуществлявшиеся в этом направлении меры оказались малорезультативными. Российская экономика до сих пор лишена серьезного конкурентного начала. Самые достоверные подтверждения неразвитости конкуренции - отсутствие в стране процессов свободного перетока капитала из менее доходных областей бизнеса в более доходные, сравнительно незначительное число субъектов малого бизнеса.

В деле развития конкуренции важно выделять и учитывать соотношение трех направлений данной деятельности.

Во-первых, собственно меры по созданию и развитию конкуренции, или стимулирующие меры. Данное направление имеет главенствующее значение. Наряду со специальными мерами по созданию и задействованию конкурентных механизмов решения по формированию конкурентной среды должны предусматриваться буквально в каждом законодательном акте, так или иначе затрагивающем экономическую жизнь. В числе других стимулирующие меры включают в себя различные виды помощи со стороны государства немонополизированному сектору экономики.

Во-вторых, меры по ограничению монополизма и злоупотреблений доминирующим положением на товарном рынке, или ограничительные меры. Основанная на конкуренции рыночная модель хозяйствования не содержит в себе внутренних эффективных антимонопольных механизмов. Сама монополия вырастает из свободной конкуренции, но затем ее же и подавляет. В результате действий монополий останавливается нормальное течение экономической жизни. Меры, препятствующие развитию и негативному влиянию монополизма, составляют прерогативу и необходимую часть государственного регулирования экономики.

Вследствие допущенных просчетов российское конкурентное законодательство и деятельность соответствующих государственных структур оказались сведены в основном к антимонопольным мерам. Ограничительная практика, антимонопольное законодательство нередко ошибочно трактуются в юридической литературе как основное содержание и самоцель регулирования конкуренции. Более того, все конкурентное законодательство иногда безосновательно предлагается рассматривать как антимонопольное.

Указанные воззрения нередко обосновываются ссылками на положения американского закона Шермана. Этот акт, называемый "Законом о защите торговли и промышленности от незаконных ограничений и монополий", был принят Конгрессом США 2 июля 1890 г. Акт объявляет незаконными действия, сговоры и объединения лиц по монополизации любой части промышленности и торговли либо их ограничению. Допущенные нарушения наказываются штрафом до 5000 долларов или тюремным заключением на срок до одного года. Предусмотрена обязанность виновных лиц возместить потерпевшим тройную сумму причиненного ими убытка.

Закон Шермана принимался в условиях развитой конкуренции в американской промышленности и торговле. Он был направлен против монополий, нарождавшихся в результате концентрации производства и увеличения его масштабов. Подобные антимонопольные законы есть во всех развитых странах мира.

В нашей стране задачи развития конкуренции и подавления монополизма не могут быть решены столь простыми способами. И дело не в том, что за их решение Россия взялась на век позже, чем другие страны. Сложности предопределяются тем, что у нас, с одной стороны, вообще отсутствовала конкуренция, а с другой - тем, что монополизм в экономике носил тотальный характер. По оценкам специалистов, около 80% советских предприятий и объединений являлись монополистами в разных видах производства.

В отличие от рыночного отечественный монополизм насаждался сверху, был продуктом централизованной плановой системы хозяйства. Сверхмонополизированность социалистической экономики послужила одной из причин ее стагнации и краха.

Антимонопольные, ограничительные меры при всей их значимости и масштабности должны рассматриваться как вспомогательные, придаточные по отношению к задаче развития конкуренции. Сами по себе антимонопольные меры не способны создать конкурентную среду в экономике.

В-третьих, надо выделять меры по защите конкуренции, пресечению действий, нарушающих нормальную конкуренцию, меры, предусматривающие ответственность за такие нарушения.

Развитие конкуренции предполагает создание в обществе соответствующего психологического настроя, соревновательного тона. Дух лидирования, первенства сознательно поддерживается на Западе государством, предпринимательскими, общественными структурами, средствами массовой информации. Так же и в России стремление людей к достижению лучших результатов должно стимулироваться поощрительными мерами, селекцией, продвижением. Это функция государства и общества в целом, если они заботятся о самосохранении.

В условиях неразвитости конкуренции необходимы правовые и организационные меры по ее созданию. Анализ зарубежного опыта позволяет указать следующие пути формирования конкурентной среды.

Во-первых, это увеличение числа организаций, осуществляющих однородную деятельность, производящих одновидовую продукцию или оказывающих одинаковые услуги. Этому служит создание новых производственных, торговых и иных организаций; перепрофилирование (диверсификация) действующих с учетом имеющихся потребностей; отказ производителей от узкой специализации и освоение одновременного выпуска других видов товаров.

Здесь подход рыночный прямо противоположен социалистическому, который, руководствуясь лозунгом сокращения затрат, фактически культивировал монополизм в ущерб всему населению. Чем больше организаций предлагают однородные товары и услуги, тем больше они стремятся привлечь потребителей и для этого улучшают качество, расширяют спектр предлагаемых услуг, снижают цены и тарифы. Достигается же это за счет модернизации производства, его технического совершенствования, сокращения излишних затрат.

Во-вторых, необходима поддержка малого и среднего предпринимательства. Оно отличается высокой степенью гибкости, оперативностью реагирования на изменения спроса. Мелкий бизнес своей практикой непосредственной ориентации на потребителей оказывает давление на крупные фирмы, также заставляя их полнее учитывать запросы населения.

Государственная помощь малому предпринимательству может оказываться первоочередным предоставлением государственных заказов, субсидий, гарантированием получаемых кредитов на развитие. В законодательном порядке может быть предусмотрена обязанность включения в предпринимательские договоры условия о привлечении в качестве субисполнителей (субподрядчиков) только малых предприятий, обязанность передачи им и оказания содействия в освоении передовых технологий со стороны головных производителей и др.

В-третьих, нужно систематическое сопоставление, общественное сравнение качественных и ценовых показателей товаров и услуг, оказываемых различными предпринимателями. Государство обязано содействовать регулярному проведению смотров, конкурсов, выставок товаров, объективному сопоставлению характеристик, публиковать сравнительную информацию. Подобную работу при поддержке государственных органов призваны проводить торгово-промышленные палаты, ассоциации предпринимателей, союзы защиты интересов потребителей и другие организации.

В-четвертых (и это тоже обязанность государства), нужны постоянно действующие системы пропаганды и поощрения лучших достижений и результатов. Взамен переходящих знамен и грамот государство должно выработать и использовать новые приемы экономического и морального поощрения. Важно поддержание средствами массовой информации деловой репутации фирм, учет таких показателей при распределении государственных инвестиций и заказов. При этом основными критериями оценки должны стать степень удовлетворения производителем или торговцем общественных интересов, запросов потребителей.

Таковы общие направления деятельности по развитию конкуренции. Они должны находить реализацию в конкретных приемах и решениях. Их также предстоит вырабатывать и внедрять в широкую практику, причем делать это придется каждой фирме, делать постоянно и в обязательном порядке.

Здесь находит реализацию важное правило коммерческого права. Оно состоит в том, что обязательным условием работы каждой организации должно быть создание соперничества, конкурентной ситуации между своими контрагентами.

В каждой коммерческой организации требуется разработка и закрепление в локальных правовых актах собственной конкурентной стратегии. При выработке стратегии фирма должна основываться на анализе потребностей клиентов определенного сегмента рынка и даже конкретных групп покупателей. Наибольший эффект дает совмещение мер по снижению издержек производства и трансакционных затрат с усилиями по обеспечению высокого качества и улучшению потребительских характеристик товаров. Последовательное проведение избранных направлений позволяет сохранять и завоевывать лучшие позиции на рынке. Наряду с этим нередко требуется поиск новых рынков для уже производимых изделий и разработка новых видов товаров для их реализации на уже освоенном рынке.

Помимо выработки стратегии сбыта товаров необходимо создание конкурентной ситуации в отношениях между поставщиками закупаемых ресурсов. Вот как это выглядит, например, при установлении договорных связей. На Западе, когда покупателю нужна партия сырья или готовых изделий, он зачастую дробит ее и закупает частями у нескольких разных продавцов. Это дает ряд преимуществ: появляется возможность снижения закупочных цен, сравниваются качественные характеристики товара разных продавцов, выявляются более надежные контрагенты. Подобная практика, у нас совершенно непринятая и непривычная, там всеми рассматривается как нормальная и весьма разумная.

Руководство, юридическая служба каждой фирмы должны постоянно отыскивать и апробировать такого рода решения, чтобы полнее использовать возможности конкуренции.

В России, к сожалению, крайне мало делается для развития конкуренции. Постановлением Правительства РФ от 09.03.04 N 191 утверждена Государственная программа демонополизации экономики и развития конкуренции на рынках Российской Федерации. Основной упор в ней сделан на мерах по демонополизации. Названная программа в целом носит лозунговый, рекомендательный характер. В ней не содержится конкретных заданий для федеральных и региональных органов, не указаны исполнители и сроки выполнения задач, не предусмотрено финансовое обеспечение. Поэтому положения программы реализуются медленно либо не выполняются вообще.

Не получили реализации, в частности, такие важные меры развития конкуренции, как широкое информирование покупателей о ценах на товары разных продавцов, предоставление новым предпринимателям налоговых льгот на период становления, кредитование их по сниженным процентным ставкам, уменьшение размеров арендной платы за помещения в первые годы работы и др.

3. Наряду с развитием конкуренции необходима ее правовая защита. Положение о том, что поддержка конкуренции гарантируется государством, закреплено в ст. 8 Конституции РФ. Согласно ст. 10 ГК РФ не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Проблема защиты конкуренции пока мало воспринимается обществом в целом, в том числе юристами. Между тем лишь при подчинении хаотичных действий массы предпринимателей интересам развития экономики и принципам рыночной работы можно достичь позитивных результатов. Рыночная самоорганизация должна разумно сочетаться с административным и даже силовым воздействием, в том числе в деле защиты конкуренции.

Меры по защите конкуренции можно подразделить на несколько групп.

Статья 6 Закона РФ от 22.03.91 N 948-1 "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (далее - Закон о конкуренции) запрещает и предусматривает признание недействительными определенные действия, ограничивающие конкуренцию. Объявление запрещенными и признание в установленном порядке недействительными достигнутых в любой форме соглашений (согласованных действий) хозяйствующих субъектов, ограничивающих конкуренцию, есть первая группа мер по защите конкуренции.

Закон о конкуренции запрещает и предусматривает признание в установленном порядке недопустимыми достигнутые в любой форме соглашения или согласованные действия потенциальных конкурентов, имеющих в совокупности долю на рынке определенного товара более 35%, направленные на:

1) установление или поддержание цен (тарифов), скидок, над бавок, наценок.

Примеры таких незаконных соглашений наблюдаются повсеместно. Так, цены на бензин повышаются одновременно на всех бензоколонках Москвы или Санкт-Петербурга, хотя колонки принадлежат разным собственникам. Это - очевидный результат ценовых сговоров;

2) раздел рынка по территориальному принципу, по объемам продаж или закупок, по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов и покупателей;

3) ограничение доступа на рынок или устранение с него других хозяйствующих субъектов в качестве продавцов определенных товаров или их покупателей;

4) отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями и др.

Следующая, вторая, группа защитных мер касается запрета принятия актов и совершения отдельных действий со стороны органов исполнительной власти и местного самоуправления, направленных на ограничение конкуренции. Закон о конкуренции запрещает федеральным органам исполнительной власти, органам исполнительной власти субъектов Федерации и органам местного самоуправления принимать акты и совершать действия, которые могут иметь своим результатом ограничение конкуренции. В частности, запрещается необоснованно препятствовать осуществлению деятельности хозяйствующих субъектов в какой-либо сфере, необоснованно предоставлять отдельным хозяйствующим субъектам льготы, ставящие их в преимущественное положение по отношению к другим субъектам, и т.п.

Меры по защите конкуренции сейчас требуются на самом низовом уровне производства и торговли, причем меры жесткие, состоящие в подавлении действий, нарушающих товарную и ценовую конкуренцию. Общественное мнение пока плохо сознает, что зажим конкуренции по своим последствиям не менее опасен, чем прямой грабеж или разбой, и потому необходимо применение мер административной и уголовной ответственности. Статья 178 УК РФ еще в 1993 г. ввела уголовную ответственность за незаконное повышение или поддержание цен и иные монополистические действия, предусмотрев крупные штрафы и даже лишение свободы. Однако по этой статье за все годы ни один человек не был привлечен к ответственности.

Наряду с защитой конкуренции от ограничений необходимо осуществление мер по борьбе с недобросовестной конкуренцией.

Основные способы недобросовестного ведения конкуренции названы в ст. 10 Закона о конкуренции. Таковы, в частности, введение потребителей в заблуждение относительно качества товара, его потребительских свойств, некорректное сравнение товаров в рекламе, копирование чужих товарных знаков и способов индивидуализации чужого товара, распространение ложных и неточных сведений о других субъектах.

Закон о конкуренции во многом копировал чуждые российским условиям западные модели. Главное внимание в нем уделено антимонополистическим мерам, а не формированию конкурентной среды. В результате Закон оказался неэффективным, отвлекая от действительно актуальных мер.

В соответствии с Законом был образован федеральный антимонопольный орган с территориальными органами на местах. Федеральный антимонопольный орган и его территориальные органы вправе давать хозяйствующим субъектам предписания о прекращении нарушений антимонопольного законодательства. При неисполнении в срок предписаний антимонопольного органа или совершении иных нарушений закона на виновных лиц могут налагаться взыскания в виде административных штрафов (ст. 14.3, 14.6, части 1 и 2 ст. 14.8, ст. 14.9, часть 2 ст. 19.5, ст. 19.8 КоАП). Рассматривать дела об административных правонарушениях вправе руководитель федерального антимонопольного органа, его заместители, руководители территориальных органов федерального антимонопольного органа и их заместители.

Деятельность федерального антимонопольного органа и его территориальных структур пока не оказывает сколь-нибудь заметного влияния на состояние конкуренции в экономике и соблюдение законодательства о конкуренции. Эти органы фактически устранились от работы по формированию конкурентной среды на товарных рынках.

Наряду со специальными антимонопольными органами в создании конкурентной среды призваны участвовать другие государственные органы исполнительной власти: министерства, службы, агентства, а также органы исполнительной власти субъектов Федерации. Формы и методы их работы в указанном направлении пока четко не определены и не регламентированы законом. Здесь требуются научные разработки и дополнительные законодательные решения.

# Дополнительная литература

1. Варламова А.Н. Правовое регулирование конкуренции в России. М., 2000.

2. Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада. М., 1992.

3. Луцкая Е.Н. Государственное регулирование монополии и конкуренции в промышленно-развитых странах. М., 1992.

4. Олейник О.М. Запреты, пределы и санкции в антимонопольном законодательстве//Закон. 1995. N 4.

5. Тотьев К.Ю. Конкуренция и монополия. Правовые аспекты регулирования. М., 1996.

6. Юданов А.В. Конкуренция. Теория и практика. М., 1996.

# Глава 7. Договоры, регулирующие торговый оборот

1. Торговый оборот, деятельность по продвижению товарной массы от изготовителей к потребителям регулируется не только законодательством, но - что еще более значимо - договорами, заключаемыми хозяйствующими субъектами.

Договор представляет собой соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей (ст. 420 ГК РФ). Понимание договора как соглашения сторон, порождающего обязательство между ними, является в настоящее время принятым в большинстве национальных правопорядков.

С упразднением административно-плановой системы управления договор, по справедливому высказыванию профессора В.Ф. Яковлева, превратился в "самостоятельное и главное средство регулирования экономических отношений". Договор служит важнейшим регулирующим инструментом частного, а соответственно, и коммерческого права. Он в наиболее полной мере реализует общедозволительный метод регулирования общественных отношений, присущий гражданскому и коммерческому праву.

Несмотря на столь значимую роль этого правового средства, проблематика договора остается одной из наиболее слабо разработанных в правоведении. Так, в качестве синонима понятия "договор" в юридической литературе нередко применяется термин "сделка". Внешние основания для их отождествления дает п. 3 ст. 154 ГК РФ, устанавливающий, что "для заключения договора необходимо выражение согласованной воли двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон (многосторонняя сделка)". Однако это лишь внешняя общность.

К договору применяются правила о двух- и многосторонних сделках, предусмотренные главой 9 ГК РФ. Однако этот юридико-технический прием, используемый для экономичности изложения законодательного материала, не порождает тождества сделки и договора. Договор получил в ГК РФ широкое самостоятельное регулирование. Общие положения о договоре, его заключении, определении условий, порядке исполнения, изменении и расторжении, закрепленные в подразделе 2 части первой ГК РФ, применимы лишь к договорным соглашениям и уже никак не относятся к сделкам. В силу этого термины "договор" и "сделка" не могут рассматриваться как синонимы.

В условиях господства позитивистской концепции права преобладающей стала трактовка договора как акта правоприменения (нормоприменения). В соответствии с ней для объяснения сущности договора используются категории "юридический факт", "правоотношение", "институт права" и т.п., выработанные для построения позитивистской картины права. Между тем "договорное право существенно отличается от других областей права" (В. Ансон). Договорные соглашения не определяют порядок исполнения тех или иных норм, а условия договора не воспроизводят нормы права. Поэтому договор попросту невозможно объяснить на основе понятий "юридический факт", "правоотношение" и других категорий нормоведения.

В настоящее время законом закреплено общее правило, согласно которому условия договора определяются соглашением сторон. Исключение составляют случаи, когда содержание соответствующего договорного условия предписано законом или иными правовыми актами (п. 4 ст. 421 ГК РФ). Таким образом, определение содержания договора происходит не на основе избрания сторонами приемлемых норм права, а в результате самостоятельной выработки конкретных правил взаимосвязанной деятельности и придания им значения взаимных прав и обязанностей.

Приходится констатировать, что отечественное правоведение пришло в третье тысячелетие с размытым и путаным пониманием договора, без четкого осознания его правовой и социальной роли, реальных возможностей в решении стоящих перед обществом задач.

Необходимыми признаками договора, нашедшими закрепление в законе, служат наличие согласованной сторонами общей цели их взаимосвязанной деятельности и достижение соглашения по всем существенным условиям договора. Цель договорных контрагентов не только получает определение в договоре, но и становится юридически закрепленной в результате его заключения. Согласованная цель упорядочивает приложение усилий сторон, достижению цели подчиняются все условия договора.

Заключение договора ставит субъектов в юридическую зависимость друг от друга. В правовой литературе всегда отмечалось значение договора как средства (инструмента) налаживания огромного множества конкретных правовых связей самого разнообразного содержания, непосредственное осуществление которых опирается на механизм государственного принуждения. Функция установления договором юридической связи между его участниками в виде обязательства позволяет контрагентам реализовать на данной основе свои интересы и потребности, сочетая их между собой, закреплять их и в случае надобности защищать.

Другой функцией договора является определение в нем самими сторонами подлежащих совершению действий, выполнение которых направлено на достижение цели договора. Эти действия составляют предметное содержание договорного обязательства, о котором в предельно общем виде говорится в п. 1 ст. 307 ГК РФ: "передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия". Субъекты сами конкретно устанавливают то, что должно быть сделано ими в силу договора.

Заключаемый договор обеспечивает правовую регламентацию действий, подлежащих выполнению участниками обязательства, придает им значение субъективных прав и обязанностей. Сформулированные в таком виде условия договора приобретают характер правового алгоритма, юридически выраженной и обязательной программы взаимосвязанных действий лиц. В силу правовой природы договор заключает в себе возможность государственного принуждения к его соблюдению путем применения мер воздействия, предусмотренных законом и самим договором.

На протяжении десятилетий в российской цивилистике господствовал политэкономический взгляд на договор как на юридическую форму акта товарного обмена. Его следствием на практике стала тенденция к свертыванию содержания договора, ограничению его минимально возможным числом условий.

Этому взгляду противостоит понимание договора как правового средства упорядочения, повышения организованности коммерческой или иной деятельности. Такой подход предполагает необходимость решения субъектами на основе договора всего комплекса вопросов, возникающих в их взаимоотношениях, причем с максимальной полнотой и детализированностью. Юридическое упорядочение, организация на основе договора взаимосвязанной деятельности контрагентов повышает реальность достижения желаемых целей, ведет к рационализации действий, сокращению излишних усилий и затрат.

ГК РФ закрепил принцип свободы договора, проявления которого достаточно разнообразны. Возможность свободного заключения договоров, самостоятельного определения их содержания является одним из аспектов прав собственности и личной свободы. Они представляют собой основу проявления личной инициативы в сфере коммерции и иного предпринимательства.

Рассмотрение принципа свободы договора обычно не сопровождается показом того, для решения каких задач предназначен этот принцип, зачем он, собственно, необходим. В этой связи надлежит отметить, что договорная свобода позволяет субъектам полнее использовать регулятивные возможности, правовой потенциал договора, решать на его основе сложные и масштабные задачи экономического и социального характера.

При выработке условий договора субъекты в настоящее время способны более полно учитывать и выражать свои хозяйственные возможности и экономические интересы. Вместе с тем договор не должен пониматься как правовое выражение наличествующих факторов производства. Он призван служить одним из главных правовых средств совершенствования хозяйственных отношений, развития экономики.

2. Для выделения коммерческого права в самостоятельную отрасль возникает необходимость разграничения торговых и гражданско-правовых договоров.

По каким основаниям проводилось прежде разграничение торговых и гражданско-правовых договоров? Г.Ф. Шершеневич предлагал относить к торговым те, которые имеют целью дальнейшую перепродажу товара. Кроме того, одной из сторон в таком договоре обязательно должен быть торговый посредник (торговая фирма или купец).

Ранее было показано, что такой подход нельзя считать приемлемым. В настоящее время продажа созданного товара стала основной задачей любой организации-изготовителя. Подобным же образом покупка ресурсов является необходимым условием деятельности всякой организации. При этом не имеет значения, участвует или нет посредническая организация в перемещении товара от изготовителя к потребителю.

В зарубежном законодательстве договоры классифицируются как торговые по содержанию обязательства, предусматривающего возмездное отчуждение товара (Франция, Испания), либо по признаку заключения его коммерсантом (Германия, Япония).

За последнее столетие в связи с увеличением объемов и усложнением торговых процессов наметились и получили свое закрепление отличительные признаки торговых договоров, отделяющие их от договоров гражданско-правовых. В России основным источником договорного права остается ГК РФ. Вследствие этого четкое разграничение между гражданско-правовыми и торговыми договорами отсутствует. Однако даже в ГК РФ внутри договорных институтов можно указать немало положений, рассчитанных на применение соответствующего договора в основном или даже исключительно в коммерческих отношениях.

В качестве наиболее общих критериев для выделения договоров коммерческого права можно назвать:

1) связь с торговым оборотом, процессом продвижения товаров от изготовителей к потребителям;

2) наличие хотя бы с одной стороны субъекта, действующего в качестве предпринимателя (коммерческой организации);

3) возмездный характер, наличие экономического интереса у каждой из сторон.

Необходимость разделения коммерческих и гражданско-правовых договоров диктуется потребностями торгового оборота, общественными интересами.

Анализ соотношения договоров коммерческого и гражданского права позволяет выделить в гражданском законодательстве: во-первых, договорные институты, в которых появились черты и признаки, предназначенные для регулирования именно торговых отношений ("коммерциализации договоров"); во-вторых, договорные институты, в которых произошло фактическое разделение и наряду с гражданско-правовыми институтами возникли соответствующие институты торгового права (например, коммерческое поручение в совокупности с представительством, существующее наряду с общегражданским поручением и представительством). Наконец, необходимо указать на ряд важных договоров коммерческого права, вообще не упоминаемых в ГК РФ в силу известной отдаленности цивилистики от проблем торгового оборота. Таковы договоры оптовой купли-продажи, на проведение маркетинговых исследований, на передачу коммерческой информации, об электронной торговле и др.

Очевидно, что процессы развития каждой из указанных групп договоров будут протекать различно. Дальнейшая коммерциализация договоров, остающихся в составе ГК РФ, прямо зависит от потребностей развития торгового оборота. Соответствующие изменения будут происходить в результате дополнения договорных институтов успешным опытом, а также торговыми обычаями, прежде всего - документированными обычаями международной торговли, которые уже в настоящее время придают совершенно иной вид многим договорам.

Должную роль призвана играть в этих важных процессах наука коммерческого права, исследующая практику применения договоров в торговом обороте и обосновывающая предложения об изменении законодательства о договорах.

3. Опыты классификации торговых договоров многократно предпринимались в юридической науке, российской и зарубежной. Расцвет российского коммерческого права приходится на конец XIX - начало ХХ века. Поэтому наиболее разработанные классификации можно найти в трудах Г.Ф. Шершеневича и других российских ученых-коммерциалистов. С учетом происшедших за столетие изменений в праве предлагаемые ими рубрикации выглядят устаревшими.

В качестве основной группы торговых договоров прежде предлагалось выделять договоры покупки товаров с целью их продажи. В эту группу включались договоры купли-продажи, поставки, мены и др.

С учетом общего понятия коммерческого права торговыми договорами должны признаваться, прежде всего, такие, которые оформляют отношения по возмездной реализации товара для предпринимательских и хозяйственных нужд. Данную группу договоров можно условно назвать реализационными договорами. Они образуют ядро торгового оборота.

К числу реализационных относятся договоры оптовой купли-продажи, поставки товаров, контрактации сельскохозяйственной продукции, поставки товаров для государственных нужд. В группу реализационных входит договор мены товаров, связанной с предпринимательской деятельностью. Сюда же следует отнести и такой договор, предусмотренный ст. 882 ГК РФ, как товарный кредит. Он включен в главу о кредитовании, хотя фактически предусматривает продажу с условием оплаты стоимости товара в будущем.

Помимо общих целей важной особенностью договоров на реализацию товара для предпринимательских и хозяйственных нужд является особый субъектный состав. Участниками таких договоров могут быть лишь организации и индивидуальные предприниматели, но не физические лица. Названные особенности дают основания и возможность безболезненно перенести нормы о реализационных договорах в специальный акт - Торговый кодекс с тем, чтобы более четко, детально и взаимосвязанно урегулировать соответствующие обязательства.

Вторую самостоятельную группу составляют посреднические договоры. По классификации ГК РФ они в основном являются договорами на возмездное оказание услуг. В сфере торговли содержанием таких договоров служит совершение обязанным лицом действий по поводу товара в интересах какого-либо участника торгового оборота. К данной группе относятся договоры комиссии, в том числе внешнеторговой комиссии (консигнации), коммерческого поручения. В круг посреднических входят также договоры торгового агентирования, которые широко применяются в зарубежной практике и постепенно получают распространение в России, и ряд других.

Третью группу составляют договоры, содействующие торговле.

Развитие торгового оборота привело к видоизменению прежних и появлению новых видов таких договоров. Некоторые из них используются преимущественно в коммерции, другие имеют как торговое, так и общегражданское применение.

Таковы договоры на:

- проведение маркетинговых исследований;

- создание рекламной продукции;

- распространение рекламы;

- предоставление коммерческой информации.

К данной группе можно также отнести договоры коммерческой концессии, хранения товаров, страхования товаров и коммерческих рисков, перевозки грузов, транспортной экспедиции и ряд других.

Среди рассматриваемых договоров важно различать договоры на оказание услуг и на выполнение работ. Основной отличительный признак - договоры на выполнение работ всегда имеют результатом создание определенного материального или идеального продукта. Созданный продукт может быть предметом последующих продаж. Что касается договоров на услуги, то они предусматривают совершение должником определенных действий в пользу кредитора. Само совершение действий (хранение, перевозка, агентирование и т.п.) является желаемым благом и создает исполнение договора. Требования к договорам на работы и услуги весьма различны.

Наконец, имеется четвертая группа - организационные договоры. В данную группу, в частности, входят:

- договоры о взаимосвязанной деятельности по снабжению или сбыту товаров;

- договоры органов исполнительной власти о межрегиональных поставках товаров;

- договоры органов власти и местного самоуправления с коммерческими организациями по вопросам производства и торговли и др.

Итак, при классификации договоров мы можем выделить те, которые образуют собственное содержание коммерческой деятельности. Это, прежде всего, реализационные и торгово-посреднические договоры. Они целиком относятся к сфере коммерческого права, поскольку предназначены для обслуживания товарного обращения. Что касается договоров, содействующих торговле, то они наряду с коммерческой могут использоваться и в иной предпринимательской деятельности, и даже в отношениях с участием граждан. Торговое законодательство регулирует лишь те особенности таких договоров, которые связаны с их применением в области товарного обращения.

4. Наряду с договорными обязательствами важное значение для регулирования торгового оборота имеют составные обязательства. Их не следует путать со смешанными договорами, упоминаемыми в п. 3 ст. 421 ГК РФ.

Некоторые значимые и весьма распространенные обязательства возникают из юридических составов, т.е. группы оснований. В рассматриваемых далее случаях такими необходимыми основаниями служат заключенный договор и совершаемая субъектом односторонняя сделка. Необходимость наличия юридического состава для возникновения таких обязательств и дает основания называть их составными.

Наглядным примером может служить обязательство по перевозке грузов. Заключаемое между грузоотправителем и перевозчиком соглашение представляет собой договор перевозки груза. Однако эти отношения касаются еще и грузополучателя. Грузополучатель не участвует в заключении договора между отправителем и перевозчиком. Более того, участники договора перевозки даже не спрашивают мнение грузополучателя о том, как и когда отправлять ему груз. Поэтому договор перевозки не может рассматриваться как трехсторонний договор.

Грузополучатель является лицом, уполномоченным на принятие исполнения по договору перевозки груза. В силу указанного обстоятельства грузополучатель вправе предъявить претензию и иск к перевозчику о возмещении ущерба в случае неприбытия груза. Он может в установленном порядке произвести переадресовку груза, выдать другому лицу доверенность на получение груза от перевозчика. Однако указанные права грузополучателя проистекают из договора перевозки, а сам он действует в отношениях с перевозчиком как лицо, реализующее указание грузоотправителя по поводу груза.

Транспортное законодательство в настоящее время значительно расширило возможности для отказа грузополучателя от принятия доставленного в его адрес груза. В случае заявления такого отказа составное обязательство по перевозке не возникает, да и сам договор перевозки оказывается неисполненным.

Сделка принятия грузополучателем прибывшего груза влечет возникновение для перевозчика, грузополучателя и грузоотправителя комплекса взаимных прав и обязанностей. Такие права и обязанности не проистекают из договора перевозки и потому не могут быть объяснены на основе теории договора перевозки. Они установлены законом только в связи с актом принятия грузополучателем доставленного груза, образующим в совокупности с договором перевозки составное обязательство по перевозке груза.

С момента принятия поступившего в его адрес груза грузополучатель становится третьим самостоятельным участником составного обязательства по перевозке. У него появляются отсутствовавшие до этого права и обязанности во взаимоотношениях с перевозчиком и грузоотправителем. Так, при железнодорожной перевозке у грузополучателя возникает право требовать возмещения убытков от недостачи или повреждения (порчи) груза, взыскания пени за просрочку доставки груза либо штрафа за задержку подачи вагонов под выгрузку грузов и др. Кроме того, у грузополучателя появляются обязанности перед перевозчиком, в частности, по выгрузке груза и возврату вагонов и контейнеров в определенные сроки, проведению окончательных расчетов за перевозку и т.п.

При отказе от принятия груза эти права и обязанности у грузополучателя и перевозчика отсутствуют. Обязательственный характер складывающихся здесь отношений подтверждается установленной транспортными уставами и кодексами штрафной ответственностью за неисполнение соответствующих обязанностей.

Таким образом, по правовым основаниям возникновения обязательство по перевозке груза является не договорным, а составным. Оно образуется из договора перевозки и сделки принятия грузополучателем доставленного в его адрес груза. Последняя, будучи волеизъявлением грузополучателя, носит односторонний характер, однако проистекающие из нее права и обязанности распространяются на грузополучателя, перевозчика и грузоотправителя.

С выдачей груза получателю в пункте назначения можно считать достигнутой цель договора перевозки. Однако из-за сложности транспортного процесса возникает множество задач, подлежащих решению на стадии выдачи груза получателю. Потребность в правовом урегулировании многочисленных и значимых вопросов в связи с получением груза объясняет наделение грузополучателя правовым положением стороны в составном обязательстве по перевозке груза. Составное обязательство по перевозке может считаться реализованным, а его общие цели достигнутыми лишь после надлежащего исполнения сторонами всей совокупности входящих в него обязанностей, порождаемых различными основаниями.

Составными являются обязательства по безналичным расчетам с участием банков. Основаниями для их возникновения служат в совокупности: 1) договор банковского счета между клиентом и банком, носящий организационный характер; 2) сделка принятия банком от клиента поручения о перечислении денежных средств получателю или инкассировании (списании) денежных средств со счета должника; 3) сделка принятия исполняющим банком от банка-эмитента поручения о зачислении денежных средств на счет получателя (либо инкассировании средств).

# Дополнительная литература

1. Андреева Л.В. Коммерческое право России: Проблемы правового регулирования. М., 2004.

2. Вахнин И.Г. Особенности формирования обычаев делового оборота в договорной работе//Законодательство. 1999. N 5.

3. Завидов Б.В. Договорное право России. М., 1998.

4. Илюшина М.Н., Челышев Н.Ю., Ситдикова Р.И. Коммерческое право: Учебное пособие/Под ред. Н.А. Баринова. М., 2002.

5. Пугинский Б.И. Составные обязательства в гражданском праве//Вестник Моск. ун-та. Серия "Право". 2003. N 6.

6. Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). М., 1994.

# Глава 8. Заключение, изменение и расторжение торговых договоров

1. Четкое и умелое заключение торговых договоров выступает основным условием надлежащего их исполнения. Именно на стадии оформления договоров закладываются предпосылки успешной работы фирмы, повышения прибыли и предупреждения потерь от неисполнения обязательств. Поэтому работа по заключению договоров требует постоянного и особого к себе внимания со стороны руководителей и юридических служб коммерческих организаций.

Современное законодательство закрепило принцип свободы договора (ст. 421 ГК РФ), который включает в себя самостоятельность принятия решения о заключении договора, свободу выбора контрагента, выбора вида договора, определения условий, не противоречащих закону, и ряд других моментов.

Вместе с тем сохраняется, хотя и достаточно узкая, сфера обязательного заключения договоров. Так, ст. 426 ГК РФ предусматривает обязательность заключения публичных договоров предпринимательскими организациями, образованными для осуществления хозяйственных взаимоотношений с неограниченным кругом потребителей. Такой характер деятельности организации подтверждается уставом либо лицензией. Отвечающая этим условиям организация должна заключить договор с каждым, кто обратится с требованием об этом.

Положение о публичных договорах рассчитано в первую очередь на потребителей, которыми признаются физические лица. Однако оно применяется также для защиты интересов организаций, пользующихся услугами массового характера. Судебно-арбитражная практика признает публичный характер договоров, заключаемых предпринимателями с неограниченным кругом организаций - покупателей или пользователей услуг. Таковы энерго- и водоснабжение пользователей, оказание услуг по перевозке грузов, хранению на товарных складах и др.

В зарубежном законодательстве также предусматривается правило об обязательном заключении публичных договоров. Однако на практике фактов отказа от заключения договоров там не встречается, и эти нормы носят предостерегающий характер. Что касается России, то у нас отказы от заключения публичных договоров пока существуют. Поэтому сохраняется актуальность понуждения через суд отдельных предпринимателей к заключению таких договоров или обеспечению одинакового для всех контрагентов содержания их условий в порядке, установленном ст. 445 ГК РФ.

Важное значение для организации торговых отношений имеет предусмотренная законом обязанность стороны по предварительному договору заключить по требованию контрагента основной договор (ст. 429 ГК РФ). Данное положение может по аналогии использоваться также сторонами по долгосрочным договорам для понуждения контрагентов к заключению отдельных (краткосрочных) договоров, если порядок выработки условий последних определен в долгосрочном договоре.

Для государственного заказчика, разместившего заказ, принятый организацией-поставщиком, заключение государственного контракта признается обязательным. Для коммерческих организаций, обладающих монополией на производство отдельных видов продукции, обязательным является заключение государственного контракта на поставку продукции для федеральных государственных нужд, если размещение заказа не влечет за собой убытков от производства соответствующей продукции (п. 2 ст. 5 Закона РФ от 13.12.94 "О поставках продукции для федеральных государственных нужд")[\*(27)](#sub_9927).

Законом предусмотрено несколько других случаев обязательного заключения договоров, когда для предпринимателя исключается действие принципа свободы договора, например, обязательность заключения договора с лицом, выигравшим торги (ст. 447 ГК РФ), обязательность для банка заключения договора банковского счета с клиентами (п. 2 ст. 846 ГК РФ). Имеются и другие такие случаи, однако они не связаны непосредственно с торговым оборотом.

Для отдельных видов договоров законом предусмотрены различные административные предпосылки их заключения, отсутствие которых влечет недействительность договора. Так, для заключения государственного контракта на поставку для государственных нужд необходимо, чтобы потребность, для которой приобретаются ресурсы, была предусмотрена федеральной или региональной государственной программой, а денежные средства на оплату стоимости товаров выделены из федерального или регионального бюджета либо внебюджетного фонда.

В отношении формы торговых договоров применяется общее правило: договоры между юридическими лицами или с их участием заключаются в простой письменной форме. Наряду с этим имеется специальная норма - это п. 2 ст. 159 ГК РФ, согласно которой если сделка целиком исполняется в момент совершения, то достаточно устной формы договора. Поэтому если организация покупает телефонный аппарат, стулья или иное имущество на сравнительно незначительную сумму и оплачивает их стоимость в момент покупки наличными деньгами, то письменного оформления такого договора не требуется.

Почти все торговые договоры рассчитаны на последующее исполнение тех или иных условий, например, на безналичный порядок расчетов, который всегда отдален во времени, либо на отгрузку товара к будущему сроку. Поэтому для торговых договоров обычно необходима простая письменная форма.

Несоблюдение простой письменной формы не влечет недействительности договора. Отрицательным последствием нарушения формы согласно ст. 162 ГК РФ служит лишь недопустимость ссылок на свидетельские показания в случае возникновения спора. Невозможность ссылаться на свидетелей не лишает права ссылаться на документы. Однако получить документы, подтверждающие содержание условий устного договора, нередко оказывается затруднительным. Поэтому споры по устным договорам обычно приходится рассматривать как вытекающие из недоговорных обязательств, регулируемых гл. 60 ГК РФ о неосновательном приобретении имущества.

По некоторым видам договоров ГК РФ устанавливает строгую письменную форму, предусматривая, что несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора. Таковы все внешнеторговые сделки (ст. 162), договоры страхования (ст. 940), хранения с условием обязанности хранителя принять вещь (ст. 887), коммерческой концессии (ст. 1028). Необходимо учитывать, что требования к форме касаются не только заключения, но также изменения и расторжения договоров.

Закон не требует заключения договоров на специальных бланках, не требует скрепления подписей печатями. Сами стороны могут предусмотреть в договоре использование специальных бланков и скрепление подписей печатями. Несоблюдение этих условий также не влечет недействительности договора (если только сами стороны не связали с их соблюдением момент признания договора заключенным) и лишь делает недопустимыми ссылки на свидетельские показания. Однако поскольку в этих случаях существует договор как письменный документ, разрешение споров облегчается.

Договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, либо путем обмена документами. Для продажи недвижимости установлено требование о составлении договорного документа, подписываемого обеими сторонами.

К письменной форме заключения договора закон приравнивает обмен сообщениями посредством телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной и иной связи, позволяющими достоверно установить, что сообщение исходит от стороны по договору (п. 2 ст. 434 ГК РФ).

Заключение договора путем использования указанных технических средств менее надежно ввиду возможности фальсификаций или отказа недобросовестных лиц от своих отправлений. Поэтому закон требует обеспечения достоверности указания отправителя сообщения и предусматривает, как это может делаться.

Пункт 2 ст. 160 ГК РФ устанавливает, что при использовании телефона, радио или электронных средств связи стороны должны предварительно письменным соглашением предусмотреть саму возможность и порядок воспроизведения подписи полномочных представителей сторон в таком сообщении. Это означает, что контрагентами предварительно заключается письменное соглашение, в котором определяется соответствующий способ оформления договора и кодовое обозначение, подтверждающее принадлежность подписи уполномоченному лицу. Возможно также соглашение об использовании сторонами в сообщениях электронной цифровой подписи.

В практике товарных и фондовых бирж применяется обратный порядок, согласно которому стороны регистрируют сделку, совершенную устно или с помощью технических средств, в системе электронного учета. При этом в силу правил биржевых торгов они обязаны не позднее следующего дня оформить заключенный договор в письменном виде.

Одним из важных моментов договорной работы является определение того, какой орган юридического лица вправе заключать договоры. В соответствии с п. 2 ст. 69 Федерального закона от 26.12.95 N 208-ФЗ "Об акционерных обществах" и п. 3 ст. 40 Федерального закона от 08.02.98 N 14-ФЗ "Об обществах с ограниченной ответственностью" единоличный исполнительный орган общества (генеральный директор, директор) без доверенности совершает сделки от имени общества. Для других видов юридических лиц, когда законом не установлено, кто вправе подписывать договоры от имени организации, практика признает допустимым подписание договоров руководителями организаций, в том числе руководителями их исполнительных органов. Все остальные лица, включая заместителей руководителя, могут подписывать договоры лишь по уполномочию, предусмотренному в уставе организации или выданной доверенности.

При заключении договоров на значительные суммы требуется проверка того, какой орган юридического лица правомочен принимать решение о заключении договора. Например, в Федеральном законе "Об акционерных обществах" выделена категория крупных сделок (ст. 73-79). Сделки на сумму от 25 до 50% активов совершаются по решению совета директоров, а свыше 50% активов - по решению общего собрания акционеров. Соответствующие положения предусмотрены ст. 46 Федерального закона "Об обществах с ограниченной ответственностью". Подобные правила нередко предусматриваются уставами других видов организаций.

Статья 7 Федерального закона от 21.11.96 N 129-ФЗ "О бухгалтерском учете" установила, что кредитные и финансовые обязательства подписываются кроме руководителя также главным бухгалтером организации, и без его подписи они считаются недействительными. Финансовыми обязательствами следует признавать такие, предметом которых являются соответствующие операции с денежными средствами: заем денежных средств, конвертация валюты, расчетные сделки и т.п. Таким образом, на кредитных и финансовых договорах должны иметься четыре подписи - по две от каждой стороны.

Цивилистическая теория и судебная практика игнорируют приведенные положения закона. Однако в интересах хозяйствующих субъектов будет по своей инициативе в соответствующих случаях руководствоваться указанными требованиями.

Руководители филиалов и представительств организаций могут заключать договоры лишь на основании доверенности основной организации и в пределах, указанных в доверенности полномочий. Стороной в таком договоре всегда признается основная организация (юридическое лицо), даже если в качестве стороны неосновательно указан филиал.

Для отдельных видов договоров законом предусмотрена необходимость их государственной регистрации. Так, требование о государственной регистрации предусмотрено для договоров коммерческой концессии, для аренды зданий, сооружений и помещений и др. Требование о государственной регистрации не относится к форме договора. Государственная регистрация представляет собой юридический акт признания и подтверждения государством возникновения, перехода или прекращения прав на недвижимое имущество или иной объект. Невыполнение требования о регистрации в силу ст. 165 ГК РФ влечет ничтожность сделки.

2. В теории договора кроме формы выделяют также способ заключения и порядок заключения договоров. Под способами заключения договоров следует понимать различные приемы, методы установления договорных отношений. Что касается порядка, то он представляет собой процедуру, последовательность совершения действий, необходимых для заключения договора тем или иным способом.

ГК РФ закрепил в качестве единственного способа, если не считать торгов, дачу предложения о заключении договора (оферта) одним лицом и согласие на его принятие (акцепт) другим. Установление такого способа как единого и единственного противоречит потребностям практики, прежде всего - коммерческой.

Зарубежное законодательство, как правило, не содержит столь жесткой регламентации. Так, согласно ст. 2-204 Единообразного торгового кодекса США договор продажи может быть заключен любым способом, достаточным для того, чтобы доказать наличие соглашения. Здесь имеет значение не только допускаемая законом многовариантность способов заключения договоров, но и связанное с этим безразличие к соблюдению какой-либо процедуры. Если нарушение схемы оферта-акцепт и других предусмотренных ГК РФ правил заключения договора может повлечь признание договора незаключенным или недействительным, то в силу американского закона единственным последствием неподтвержденности наличия соглашения будет отказ в судебной защите.

Французский торговый кодекс 1999 г., как и гражданский кодекс 1804 г., вообще не регламентируют порядок заключения торговых договоров, предоставляя субъектам подлинную свободу выбора механизмов установления договорных связей в сложных и переменчивых условиях торгового оборота. Отсутствие таких правил в определенной степени восполняется доктриной и судебной практикой.

Порядок заключения договоров по схеме оферта-акцепт в самом общем виде закреплен в ст. 432-449 ГК РФ. Согласно этим нормам заинтересованная сторона направляет другой стороне предложение о заключении договора. Предложение может адресоваться конкретному лицу или неопределенному кругу лиц, но в этом случае оно должно содержать существенные условия договора. При отсутствии существенных условий такое обращение рассматривается не как предложение о договоре, а как деловая информация, реклама.

Предложение о заключении договора связывает давшую его сторону, налагает определенную ответственность. Такая ответственность может состоять в обязанности возмещения денежных расходов при отказе от собственного предложения, если другая сторона начала подготовку к исполнению договора и понесла определенные затраты.

Предложение о договоре может делаться следующими основными способами:

1) направление другой стороне подготовленного проекта договора. Положения о поставках продукции и товаров предусматривали высылку заинтересованной стороной двух экземпляров проекта. ГК РФ не регулирует данный вопрос. Практика свидетельствует об удобстве и экономичности посылки двух экземпляров проекта договора. Вместо посылки проекта договора возможно направление к другой стороне уполномоченного представителя и совместное подписание ими проекта договора;

2) направление письма, телеграммы или иного отправления, содержащих предложение о договоре.

В предложении о заключении договора может быть указано время для ответа. Следует постоянно учитывать эту возможность и использовать ее, когда требуется ускорить решение вопроса о договоре. Если в назначенный лицом срок ответ не поступил, то предложение считается не принятым и лицо вправе подыскивать себе другого контрагента.

Когда в предложении не указано время для ответа, то в силу ст. 441 ГК РФ ответ должен быть дан в течение нормально необходимого времени. Законодательной ориентировкой для определения продолжительности срока может служить ст. 445 ГК РФ, которая установила 30-дневный срок для ответа на предложение, когда заключение договора является обязательным. Поэтому по аналогии можно придерживаться 30-дневного срока ожидания ответа, если только иной срок не указан в самом предложении.

Договор считается заключенным, если вторая сторона возвратила подписанный экземпляр договора либо прислала письмо, телеграмму, факсограмму и т.п., подтверждающие согласие с предложением.

Сторона, получившая проект или предложение о заключении договора, нередко соглашается заключить договор, но на иных условиях. Такие контрпредложения должны быть ею высказаны. Когда договор заключается путем подписания составленного проекта, то оправданным является порядок, который прежде был установлен Положениями о поставках продукции и товаров. Ими предусматривалось, что договор подписывается с отметкой перед подписью о наличии разногласий, т.е. перед подписью делается запись "с разногласиями". К возвращаемому экземпляру договора прилагается протокол разногласий. Этот документ упоминается в ст. 445 и 528 ГК РФ лишь по отношению к договорам, заключаемым в обязательном порядке, и контрактам на поставку для государственных нужд, хотя он может составляться по любым договорам. На практике он оформляется как сопоставительная таблица текстов предложения и ответа либо как изложение встречной редакции договорных пунктов.

Несоблюдение изложенного порядка может влечь отрицательные последствия для нарушителей. Целесообразно по аналогии применять данный порядок при заключении любых торговых договоров.

При заключении договора путем обмена письмами, телеграммами, факсограммами и т.п. в даваемых ответах следует указывать вносимые контрпредложения, выделять их в тексте ответа. Во избежание осложнений работники договорной службы всегда обязаны сравнивать, сопоставлять текст посланного предложения и полученного ответа.

По правилам ГК РФ акцепт должен быть полным и безоговорочным. Даваемое согласие на заключение договора не допускает расхождений с текстом предложения.

Зарубежная законодательная и внешнеторговая практика являются значительно более гибкими. Так, Венская конвенция 1980 г. в ст. 19 различает содержащиеся в ответе дополнительные условия в зависимости от их значимости. Установлено, что дополнения, касающиеся цены, количества, качества товара и некоторых других вопросов, считаются существенно изменяющими условия предложения. Ответ с такими дополнениями рассматривается как предложение заключить договор на иных условиях. Контрагент в необходимый срок отвечает на эти предложения, в противном случае договор считается незаключенным.

Что касается дополнений по любым иным вопросам, то они признаются Венской конвенцией менее существенными. Если контрагент, получивший ответ с такими дополнениями, не заявит возражений против них, то дополнения считаются принятыми и вошедшими в контракт. Данное положение касается только внешнеторговых контрактов, заключаемых по правилам конвенции.

Во внутреннем российском обороте дело обстоит по-другому. В силу ст. 443 ГК РФ ответ, содержащий иные условия по сравнению с предложенными, не считается согласием заключить договор. Поэтому если агрофирма, получившая предложение о договоре на поставку огурцов, даст ответ, что заключить договор согласна, а огурцы будут отгружены зеленые, то такое подтверждение не признается акцептом. Оно рассматривается как встречное предложение заключить договор на новых условиях, как контр-оферта. Очевидно, что подобный порядок непригоден для торгового оборота; он создает массовые затруднения, сдерживает заключение договоров.

В коммерческой практике сторона, получившая ответ о согласии заключить договор, но на иных условиях, поступает одним из следующих способов:

1) может принять меры к урегулированию разногласий. Статьи 507 и 528 ГК РФ предусматривают этот способ действий лишь для договоров поставки и закупки для государственных нужд, хотя он актуален для всех видов торговых договоров. Рассмотрение разногласий проводится руководителями организаций с участием специалистов. Результаты переговоров оформляются протоколом согласования разногласий, служащим приложением к договору, либо составлением нового текста договора.

При невозможности переговоров, например, в случае отдаленного нахождения контрагентов, целесообразно направить другой стороне письмо с мотивированным изложением причин, по которым ее предложения не могут быть приняты. Такие действия во многих случаях ведут к снятию контрагентом выдвинутых возражений, к достижению единой позиции, способствуют установлению договорных отношений.

Урегулирование разногласий представляет собой участок договорной работы, заслуживающий особого внимания. Важно умение вести переговоры: выбор узловых моментов, требующих согласования; умелая очередность их рассмотрения, определение предельных рубежей отхода; увязка "в одном пакете" требований к контрагенту и др.;

2) дает письменное подтверждение на включение контрпредложений в договор. Сообщение о таком согласии влечет признание договора заключенным на условиях, заявленных в качестве разногласий;

3) поступившие возражения рассматриваются в качестве предложения заключить договор на новых условиях. Здесь субъекты как бы меняются местами. Сторона, получившая ответ с возражениями, в свою очередь сообщает приемлемую для нее редакцию спорных условий.

Это только один из вариантов действий лица на случай возникновения разногласий. Однако в ГК РФ он неосновательно закреплен как единственный, вопреки зарубежному положительному опыту и нашей собственной правовой традиции;

4) передает спор по условиям заключаемого договора на разрешение арбитражного или третейского суда.

Передача разногласий на разрешение суда допустима в следующих случаях.

Во-первых, когда сами стороны заключили соглашение о передаче спора по условиям заключаемого договора на разрешение суда. Такая возможность допускается законом, но по статистике арбитражных судов подобных дел почти не встречается. Во-вторых, передача разногласий на разрешение суда предусматривается законом, когда договор заключается в обязательном порядке. Число таких случаев невелико.

Так, ст. 429 ГК РФ устанавливает, что при уклонении стороны по предварительному договору от заключения основного договора либо при отступлении от согласованных условий возможно обращение в арбитражный суд. Сторона, заявившая возражения против дискриминационных условий публичного договора, вправе передать спор на разрешение суда (ст. 426 ГК РФ). Статьи 528 и 529 ГК РФ говорят о возможности обращения в арбитражный суд с разногласиями по обязательно заключаемому контракту, а также по договору поставки товаров для государственных нужд. Есть еще ряд случаев обязательного заключения договоров, но они не актуальны для торгового оборота.

Когда законом или соглашением сторон предусмотрена передача возникших разногласий в арбитражный суд, то необращение в суд с иском об урегулировании разногласий влечет признание договора незаключенным. Таким образом, если сторона получила ответ с разногласиями и не смогла или не пожелала их урегулировать либо не обратилась в суд, когда была вправе это сделать, то договор признается незаключенным.

Среди недочетов нынешнего законодательства одним из серьезных является оставление неурегулированной процедуры заключения долгосрочных договоров. Долгосрочные договоры вообще не упоминаются в ГК РФ, хотя они представляют мощное правовое средство организации торговых и иных предпринимательских отношений. Они характеризуются более широким диапазоном возможностей, большими регулятивными способностями, нежели краткосрочные.

Более высокий эффект долгосрочных договоров создается за счет возможности решения в них сторонами задач долговременного характера, которые не могут быть решены на основе годовых и иных краткосрочных договоров. Длительные договоры сами по себе дают значительный выигрыш за счет сокращения трансакционных издержек, обеспечения устойчивого получения прибыли. Однако главное в них - не просто срок действия, а включение обязанностей, для осуществления которых требуется несколько лет. Таковы обязанности освоения выпуска новых видов товаров с принципиально иными свойствами, улучшения качественных характеристик изделий, внесения в них конструктивных усовершенствований и др. Для выполнения таких условий требуются производственные и технологические меры долговременного характера.

В порядке заключения долгосрочных договоров имеется ряд существенных особенностей. На Западе распространенной является практика заключения двухуровневых договоров. Первый уровень составляет рамочный (основной) договор. Рамочный договор заключается на продолжительный срок, и в нем урегулируются основные вопросы взаимоотношений, обычно не подлежащие изменению в период действия обязательства. Условия, носящие изменяющийся характер, оставляются открытыми - они подлежат урегулированию в отдельных договорах.

В рамочных договорах крайне важно определять, кто и в какие сроки высылает проект отдельного договора, как и в какие сроки сообщаются и урегулируются возникающие разногласия. Здесь можно предусматривать обязанность передачи споров по условиям отдельных договоров в арбитражный суд, устанавливая срок для этого. В рамочном договоре может быть предусмотрен молчаливый акцепт поступившего проекта отдельного договора. Без определения таких вопросов основной договор становится неисполнимым.

Второй уровень - отдельные договоры, заключаемые на соответствующие краткие периоды либо на поставку разовых партий товара. В отдельных договорах определяются условия, относящиеся к особенностям деятельности в такие частные периоды. В России все чаще применяется подобное построение отношений, ибо это экономично и юридически удобно.

В случае, когда сторона уклоняется от заключения договора, а закон либо основной или предварительный договор предусматривают обязанность лица заключить договор, то может быть заявлен иск об обязании заключить договор. В основном или предварительном договоре должны быть определены существенные условия договора либо указан порядок их определения. К исковому заявлению следует прилагать проект договора, второй его экземпляр высылается ответчику. При удовлетворении иска суд обязывает ответчика заключить договор на условиях имеющегося проекта. До вынесения решения по делу ответчик может заявить разногласия по проекту договора, и суд обязан принять решение по спорным вопросам.

Безотносительно к тому, будет ли подписан ответчиком договор, он считается заключенным на условиях проекта, имеющегося в судебном деле. Это правило касается всех случаев понуждения к заключению договора (по продажам с торгов, по выкупу приватизированного имущества и др.).

В зарубежной коммерческой практике широко распространен такой способ заключения договоров, как принятие продавцом к исполнению заказа покупателя. Согласно ему покупатель направляет продавцу письменный заказ на товары и от продавца не требуется подтверждения согласия на установление договорных отношений. Он обязан известить покупателя в определенный законом или заказом срок лишь в случае частичного или полного отказа от исполнения заказа.

В США до 85% поставок товаров оптовиками в розничные торговые организации производится по принимаемым заказам. В советский период Положения о поставках продукции и товаров предусматривали принятие поставщиком к исполнению заказа покупателя как способ установления договорных отношений. Таким способом заключались многие миллионы договоров, каждый третий договор на поставку, что свидетельствует о его удобстве и эффективности. В нынешнем ГК РФ указанный способ оказался потерян, не получил закрепления. И это серьезный просчет, который замедляет товарное обращение.

Пункт 3 ст. 438 ГК РФ предусматривает особый случай признания договорных отношений установленными. Согласно названной норме совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товара, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте.

В юридической литературе встречаются утверждения, что указанная норма фактически предусматривает возможность заключения договора путем принятия продавцом к исполнению заказа покупателя. Такое мнение ошибочно. Принципиальное отличие здесь в том, что в силу п. 3 ст. 438 ГК РФ товар должен быть отгружен продавцом частично или полностью в пределах срока для акцепта, причем при частичной отгрузке срок поставки остальной части товара остается неопределенным, тогда как при заключении договора путем принятия заказа к исполнению товар подлежит отгрузке в сроки, указанные в заказе. Это совершенно не сопоставимые друг с другом условия исполнения обязательств.

Фактически п. 3 ст. 438 ГК РФ регулирует казусную ситуацию, что вообще неприемлемо для закона, ибо закон должен устанавливать общие правила, а не регламентировать отдельные встречающиеся случаи.

В соответствии с п. 2 ст. 438 ГК РФ молчание признается акцептом, если это вытекает из прежних деловых отношений сторон. Судебно-арбитражная практика признает допустимыми соглашения сторон о молчаливом акцепте проектов договоров, подлежащих заключению в следующие периоды.

Таким образом, сами стороны вправе заключить соглашение о том, что последующие договоры будут оформляться путем молчаливого принятия продавцом к исполнению заказа покупателя. Установление подобного способа заключения договоров особенно значимо для сторон, связанных регулярными отгрузками товаров. При этом важно обеспечить доказанность факта получения продавцом заказа. Продавцу также должно быть предоставлено право в установленный срок (например, 10 дней) уведомить покупателя о полном или частичном отказе от исполнения его заказа.

Самостоятельным способом следует признать заключение договора в процессе проводимых сторонами переговоров. При переговорах содержание договорных условий может меняться многократно, и невозможно определить, кто внес соответствующее предложение и кто его принял. Попытки подвести этот способ под схему оферта-акцепт лишены смысла. Таким способом заключается немалое число договоров, во внешней торговле - почти 20 процентов.

В качестве отдельного способа заключения договора можно назвать предусматриваемую законом возможность выдачи лицом подписанного им установленного документа другой стороне. Согласно п. 2 ст. 887 ГК РФ простая письменная форма договора хранения считается соблюденной в случае выдачи хранителем поклажедателю сохранной расписки или иного документа, подписанного хранителем. В силу п. 2 ст. 940 ГК РФ договор страхования может быть заключен вручением страховщиком страхователю на основании устного или письменного заявления последнего страхового полиса (свидетельства, сертификата, квитанции), подписанного страховщиком. Таким же образом заключаются договоры перевозки грузов. Это самостоятельный способ установления договорных отношений, который лишь искусственно можно подвести под схему оферта-акцепт.

Из п. 3 ст. 439 ГК РФ вытекает возможность заключения торговых договоров путем оплаты покупателем присланного продавцом счета-фактуры на стоимость отгруженного товара. Счет-фактура может рассматриваться в качестве оферты, поскольку в нем указывается наименование товара, его количество, ассортимент, цена, общая стоимость и дата отгрузки. Соответственно, должно быть соблюдено требование об оплате счета-фактуры в пределах срока, установленного для акцепта предложений о заключении договора.

В торговом обороте используется ряд других совершенно самостоятельных способов заключения договоров. Необходимость законодательного закрепления и развития разнообразных моделей установления договорных отношений, диктуемая потребностями коммерческой деятельности, предполагает их регламентацию в специальном кодифицированном акте - Торговом кодексе РФ. Догматизм гражданского права, очевидно, препятствует развитию договорного механизма в интересах коммерции.

3. Бурное развитие в мире получает торговля, осуществляемая через коммуникационные сети Интернет. Она получила вошедшее в обиход название электронной торговли или электронной коммерции. Согласно публикуемым данным, каждый год объемы торгового оборота, осуществляемого через электронный рынок, увеличиваются на 30-35 процентов. Компьютеры и программное обеспечение становятся необходимыми инструментами торговли. По этим причинам одним из приоритетов на ближайший период Правительством РФ названо становление "новой экономики", включающей в себя развитие информационных технологий и Интернета.

Основным достоинством сетей Интернет признаются возможность осуществлять все необходимые рыночные операции, совершать оптовые и розничные закупки, в том числе без посредников, производить расчеты с использованием электронных платежных документов, специальных сетевых карт или электронными деньгами. Значительно повышаются оперативность и полнота получения коммерческой информации, особенно во внешнеторговых отношениях, снижаются затраты в результате использования более дешевых средств коммуникаций.

Размещение полной информации о предлагаемых к продаже товарах на web-сайте снимает необходимость для организации-изготовителя или оптовой базы содержать специальное помещение и обслуживающий персонал. Это, в свою очередь, позволяет снижать цены на продаваемые товары. Оперативность продаж обусловливается способностью сетей Интернет обеспечивать обслуживание покупателей в любое время суток и дней недели. Расширяются возможности установления новых каналов сбыта.

Общепринятое понятие термина "электронная торговля" пока отсутствует. Согласно документам Всемирной торговой организации, под электронной торговлей понимается производство, реклама, продажа и распространение товаров с использованием телекоммуникационных сетей. Встречается трактовка электронной торговли как использования различных электронных средств (телефона, факса, радиосвязи и др.) для совершения торговых сделок. Наряду с этим электронной коммерцией предлагают считать осуществление любых видов бизнеса с использованием электронных телекоммуникационных средств.

С учетом относительно низкой степени использования возможностей Интернета в нашей стране представляется более точным определение электронной торговли как купли-продажи товаров через сети Интернет.

Важным правовым актом, хотя и носящим рекомендательный характер, является Типовой закон об электронной торговле, принятый 16.12.96 Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и утвержденный резолюцией ООН от 30.01.97. Типовой закон не регулирует собственно торговую деятельность. Он определяет требования к передаче коммерческой информации в форме сообщения данных.

В России, как и в других странах, отсутствует законодательный акт, комплексно регулирующий электронную коммерцию. Отдельные вопросы, связанные с использованием телекоммуникационных систем в указанных целях, нашли отражение в ряде специальных федеральных законов, таких, как федеральные законы от 16.12.95 N 15-ФЗ "О связи", от 20.02.95 N 24-ФЗ "Об информации, информатизации и защите информации", от 18.07.95 N 108-ФЗ "О рекламе", и ряде других. Следует отметить, что в отдельных странах ведется активная разработка специальных законов об электронной торговле.

Участниками операций по электронной торговле могут быть только пользователи Интернет. Субъекты указанных отношений разделяются на три группы. В Типовом законе об электронной торговле их называют составителем, адресатом и посредником.

В связи с осуществлением торговых операций указанные субъекты подразделяются на:

1) продавцов. В электронной торговле они выступают в большинстве случаев в виде электронного магазина. Электронные магазины в основном осуществляют торговлю по каталогам, выполняя по заказам покупателей обработку и доставку товаров;

2) покупателей. Они знакомятся с информацией о соответствующем товаре, сопоставляют характеристики предлагаемых изделий, осуществляют покупки и оплачивают их стоимость;

3) провайдеров. Это операторы, имеющие лицензию на оказание услуг телекоммуникационных сетей и передачи данных. Провайдерами по большей части выступают организации связи общего пользования.

Совершению торговых операций предшествует заключение договора между провайдером и продавцом на обеспечение доступа к серверу провайдера и оказание информационных и сервисных услуг. По договору продавца с провайдером или иной специализированной организацией последние осуществляют разработку сайта как совокупности (сборника) текстовых документов в электронном виде или web-страницы, образующих "электронный магазин" продавца. Он размещается на сервере провайдера. Услуги провайдера состоят также в оказании технической поддержки участникам торговых операций, обеспечении ведения интерактивного (синхронного) режима переговоров и др.

Договоры в сети Интернет заключаются по стандартизированной форме, изложенной на сайте в виде так называемой web-формы. Вместе с тем это не договор присоединения, поскольку покупатель в процессе переговоров индивидуально определяет ассортимент и количество товара, может согласовать изменение цены, предусмотреть желаемые сроки доставки товара и другие необходимые условия.

Договоры, подпадающие под определение электронной торговли, являются обычными договорами торгового и гражданского права. Их особенности обусловливаются лишь формой, заключением с использованием телекоммуникационных средств. В этой связи возникают проблемы подтверждения факта заключения договора самими сторонами, достижения определенности по предмету сделки и ее условиям. Порядок фиксирования договора должен позволять в случае необходимости получить достоверные данные для разрешения могущего возникнуть спора в судебном порядке.

Авторизация договорных документов, передаваемых с использованием ЭВМ, обеспечивается применением электронной цифровой подписи, хотя между контрагентами, имеющими сложившиеся связи и подробные банки данных друг о друге, она может осуществляться упрощенно.

Применение электронной цифровой подписи регулируется Федеральным законом от 10.01.02 N 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи". Действие названного закона распространяется на отношения, возникающие при совершении гражданско-правовых сделок с помощью электронных документов. Электронной цифровой подписью (ЭЦП) признается реквизит электронного документа, предназначенный для защиты документа от подделки, полученный в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого ключа ЭЦП и позволяющий идентифицировать владельца ключа подписи, а также установить отсутствие искажений информации в электронном документе.

ЭЦП в электронном документе равнозначна собственноручной подписи лица в документе на бумажном носителе при соблюдении установленных законом требований.

При создании ключей ЭЦП одновременно составляется сертификат ключа подписи. В сертификате ключа подписи указываются, в частности:

- уникальный регистрационный номер сертификата ключа подписи, даты начала и окончания срока действия сертификата ключа подписи, находящегося в реестре удостоверяющего центра;

- фамилия, имя и отчество владельца сертификата ключа;

- открытый ключ ЭЦП;

- наименование и место нахождения удостоверяющего центра, выдавшего сертификат ключа подписи.

Сертификаты ключа подписи выдаются удостоверяющим центром клиенту в форме документов на бумажных носителях и (или) в форме электронных документов с информацией об их действии. При ведении переписки с использованием ЭЦП владелец сертификата ключа подписи может предъявить открытый ключ адресату документа для проверки подлинности подписи. Удостоверяющие центры также осуществляют по обращениям пользователей сертификатов ключей подписей подтверждение подлинности ЭЦП в электронном документе.

Помимо открытого ключа ЭЦП владельцу сертификата сообщается закрытый ключ ЭЦП, который он обязан хранить в тайне. Закрытый ключ необходим клиенту для криптографического преобразования его подписи в ЭЦП на документах.

4. В ходе осуществления торговой деятельности нередко возникает необходимость изменения и досрочного расторжения заключенных договоров. Здесь необходимо различать одностороннее, двухстороннее и судебное изменение и расторжение договоров.

Действует правило, что односторонний отказ от договора или одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законом или самим договором. Возможность одностороннего отказа или изменения договора в силу включения в сам договор условия об этом закреплена ст. 310 и п. 3 ст. 450 ГК РФ в отношении договоров, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Для применения этих правил достаточно, чтобы хотя бы одна из сторон договора действовала с предпринимательской целью.

Возможность для одностороннего отказа от договора или изменения его условий используется, прежде всего, как реакция на нарушение обязательства, допущенное другой стороной. Подобные акты одностороннего изменения или расторжения договора называются мерами оперативного воздействия. Они представляют эффективное правовое средство защиты интересов лиц от негативных последствий нарушений. Такие меры позволяют предотвратить или уменьшить возможные потери от нарушений.

Примером может служить обычно предусматриваемое в кредитных договорах право банка расторгнуть договор в случае обнаружения недостоверности в представленных заемщиком документах или неуплаты процентов в установленный срок.

Одностороннее изменение или прекращение договора может предусматриваться также на случаи изменений хозяйственной ситуации или условий деятельности сторон. Подобные способы реагирования на изменение обстоятельств уже не являются мерами оперативного воздействия, а представляют один из способов защиты от рисков.

Так, в договорах оптовой купли-продажи и поставки стороны предусматривают право на одностороннее уменьшение количества товара или изменение ассортимента в случае существенных изменений покупательского спроса.

Если в договоре предусматривается возможность одностороннего его расторжения или изменения условий, то важно четко определять основания для этого, а также порядок и сроки совершения таких действий. В договоре вместе со словами "вправе расторгнуть" или "вправе изменить" должны обязательно стоять слова "в одностороннем порядке". Эквивалентом слов "расторгнуть в одностороннем порядке" п. 2 ст. 450 ГК РФ признает слова "вправе отказаться от договора".

Возможность одностороннего отступления от договора достаточно широко предусматривается законом. Здесь надо различать возможности отказа от:

а) любых договоров;

б) договоров определенного типа;

в) конкретных видов договоров.

Так, ст. 328 (п. 2) и 405 ГК РФ предусматривают общее для всех видов договоров право лица на односторонний отказ от договора при просрочке исполнения обязательства другой стороной, если лицо утратило интерес к договору. Просрочка представляет неисполнение установленных законом или договором обязанностей в срок либо столь длительную задержку, что исключает своевременное исполнение обязательства.

Статья 782 ГК РФ предусматривает общую возможность отказа кредиторов от исполнения, т.е. возможность одностороннего расторжения кредиторами любых договоров на возмездное оказание услуг. Отказ сопряжен с обязанностью кредитора возместить другой стороне понесенные затраты по договору - не убытки, а лишь фактические расходы.

По ряду договоров на оказание услуг законодатель дополнительно закрепляет право кредитора на односторонний отказ. Так, доверитель во всякое время может отказаться от договора поручения. Страхователь и выгодоприобретатель согласно ст. 958 ГК РФ вправе отказаться от договора страхования. Комитент может отменить данное комиссионеру поручение. Грузоотправитель и пассажир вправе отказаться от перевозки, сдать накладную (билет) и потребовать возврата внесенных провозных платежей.

Внутри договоров на оказание услуг выделяется особая группа договоров, основанных на взаимном доверии сторон друг к другу (фидуциарные). По таким договорам закон предусматривает право на односторонний отказ также для должника, а не только для кредитора. Так, закон закрепляет возможность для поверенного отказаться от договора поручения, для агента - отказаться от агентского договора.

Законодательство об отдельных видах договоров предусматривает возможность для одностороннего расторжения или изменения договора по конкретным основаниям. Например, ст. 523 ГК РФ называет ряд оснований для одностороннего отказа или изменения договора поставки как поставщиком, так и покупателем. Ряд оснований для отказа от договора купли-продажи указаны в ст. 487 и 488 ГК РФ. Транспортные кодексы и уставы предусматривают широкую группу оснований для заявления грузоотправителем или транспортной организацией отказа от договора перевозки груза. Хранитель в силу ст. 893 и 910 ГК РФ может изменить условия хранения, если это необходимо для предотвращения утраты или порчи товара.

Возможность одностороннего отказа от договора может проистекать из существа договора и из делового обычая. Таково, например, право поклажедателя во всякое время отказаться от хранения и взять от хранителя переданную ему вещь. Весьма актуально в нынешних условиях право клиента в любое время расторгнуть договор расчетного или иного счета с банком.

Односторонний отказ от договора или изменение его условий производятся по письменному заявлению управомоченной стороны. Какого-либо подтверждения согласия на это от контрагента не требуется. В посылаемом заявлении целесообразно устанавливать конкретный срок, начиная с которого договор считается измененным или расторгнутым, например, начиная с такого-то числа или через 10 дней после получения заявления об этом.

Когда в договоре предусмотрена возможность его изменения или расторжения, но отсутствует указание об одностороннем порядке, это означает, что изменение или расторжение производятся по взаимному соглашению сторон либо в судебном порядке. Расторжение или изменение договора по взаимному согласию контрагентов оформляются:

1) подписанием составленного сторонами документа в виде дополнительного соглашения или протокола к договору;

2) обменом письмами, телеграммами или иными отправлениями. Здесь необходим именно обмен документами, подписанными сторонами. Оставление направленного предложения без ответа не считается согласием на изменение или на расторжение договора.

При изменении или расторжении договора по соглашению сторон обязательство считается измененным или прекращенным с момента заключения соглашения. Однако стороны могут в самом соглашении установить иной срок для изменения или прекращения обязательства. Важно просчитывать все последствия таких действий и определять оптимальный срок.

Теперь о третьем - судебном порядке. Сторона, заинтересованная в изменении или расторжении договора, направляет письменное предложение об этом. Здесь действует обязательная процедура досудебного урегулирования. Другая сторона обязана дать ответ в 30-дневный срок, установленный ст. 452 ГК РФ. Однако в самом предложении может быть указан иной, более короткий срок для ответа на предложение. Эту возможность следует использовать для ускорения достижения определенности в отношениях сторон.

При отказе от принятия предложения или непоступлении ответа в установленный срок заинтересованная сторона вправе предъявить в суд иск об изменении или расторжении договора. ГК РФ в целом ограничил основания для изменения или досрочного расторжения договоров, что направлено на повышение устойчивости, стабильности договорных связей.

По некоторым видам договоров закон вводит дополнительные ограничения на изменение их условий. Так, в силу п. 2 ст. 424 ГК РФ изменение цены товара после заключения договора допускается в случаях и на условиях, предусмотренных договором или законом. Согласно ст. 614 ГК РФ размер арендной платы может изменяться по соглашению сторон не чаще одного раза в год. Соответственно и в суд с такими исками при недостижении согласия можно обращаться не чаще одного раза в год.

Договор может быть изменен или расторгнут по решению суда в нескольких группах случаев. Так:

1) возможность требовать изменения или расторжения договора по суду в связи с какими-то обстоятельствами может быть предусмотрена самими сторонами в договоре. Стороны на практике достаточно часто предусматривают в договорах возможность судебного изменения тех или иных условий, указывая конкретные основания для этого;

2) закон предусматривает общую возможность требовать в суде изменения или расторжения договора в случае существенного нарушения договора с другой стороной. Существенным согласно ст. 450 ГК РФ признается нарушение, вследствие которого сторона в значительной мере лишается возможного дохода от сделки. Данная норма ГК РФ воспроизводит аналогичное положение Венской конвенции 1980 г.

Значительной мерой утраты дохода согласно Принципам международных коммерческих договоров (принципам УНИДРУА) признается потеря 50% возможного дохода и более. Это положение учитывается и в отечественной судебной практике;

3) статьей 451 ГК РФ предусмотрено такое общее основание для судебного изменения или расторжения договора, как существенное изменение обстоятельств после заключения договора. Здесь речь идет об изменении возможностей или условий деятельности одной или обеих сторон. Заявитель иска обязан доказать новизну обстоятельств, появление их после заключения договора; существенный характер таких обстоятельств, необходимость корректировки договора с учетом происшедших изменений. Одним из критериев существенности также служит значительная утрата стороной возможного дохода от сделки. Изменение договора по этому основанию допускается в исключительных случаях.

Из-за затруднительности, а порой и невозможности расторжения договоров при существенных изменениях обстоятельств стороны в долгосрочных договорах нередко предусматривают: а) оговорки о специальных рисках, в которых определяют порядок распределения потерь при существенных изменениях обстоятельств; б) оговорки о существенных затруднениях, которые дают дополнительные договорные основания для корректировки контракта;

4) в силу п. 2 ст. 428 ГК РФ присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора;

5) в соответствии с п. 2 ст. 60 ГК РФ в случае реорганизации юридического лица, в какой бы форме она ни осуществлялась, кредитор юридического лица вправе потребовать прекращения обязательства, должником по которому является это юридическое лицо, и возмещения убытков. Данная возможность касается любых видов договоров.

Законодательство, регулирующее конкретные виды договоров, предусматривает немало специальных оснований для судебного изменения и расторжения договоров. Так, ст. 619 ГК РФ предусматривает право на судебное расторжение договора аренды в случае использования нанимателем имущества не в соответствии с его назначением или невнесения более двух раз подряд арендной платы. Покупатель по договору купли-продажи при обнаружении недостатков товара вправе требовать соразмерного уменьшения цены, замены товара на доброкачественный или иных изменений условий договора (ст. 475 ГК РФ). Все эти изменения производятся по решению суда, если стороны не смогли добровольно урегулировать спор.

Когда закон или договор не предусматривают оснований для судебного изменения или расторжения договора, иск заявителя не будет удовлетворен судом.

Для предпринимателей и юристов важно прогнозировать возможность тех или иных нарушений и предусматривать в договоре право на одностороннее или судебное изменение (расторжение) договора. Для учета таких ситуаций следует изучать состояние дел с выполнением соответствующих договоров. Практика свидетельствует о том, что стороны более охотно идут на включение в договоры условий о возможности судебного, а не одностороннего изменения или расторжения договора, особенно если такая возможность предусматривается как взаимная, паритетная.

В данной работе следует учитывать еще два важных положения. При изменении договора в судебном порядке в силу ст. 453 ГК РФ договор считается измененным или прекращенным с момента вступления в законную силу решения суда. Это правило представляется неудачным. Суд сейчас лишен возможности, даже когда это необходимо по обстоятельствам дела, указать иной срок, с которого договор считается измененным или прекращенным. Такое явно не соответствует потребностям практики.

Пунктом 4 ст. 453 ГК РФ предусмотрено, что в случае изменения или расторжения договора любым способом стороны не вправе требовать возвращения того, что было исполнено до момента изменения или расторжения договора. Это означает, что если одна из сторон поставила товар, сорт или марка которого не устроили покупателя, и по требованию покупателя договор расторгнут, то от покупателя нельзя требовать возврата товара в натуре. Можно взыскать лишь понесенные убытки, если действия покупателя будут признаны неправомерными. Поэтому в подобных случаях не следует соглашаться на расторжение договора, иначе оказываются ограниченными возможности защиты собственных интересов.

# Дополнительная литература

1. Андреев С.Е., Сивачева Н.А., Федотова А.И. Договор: заключение, изменение, расторжение. М., 1997.

2. Андреева Л.В. Продажа товаров: руководство по подготовке к заключению договоров. М., 1997.

3. Дашков А.П. Коммерческий договор от заключения до исполнения. М., 1998.

4. Кобелев О.А. Электронная коммерция. М., 2002.

5. Соменков С.А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. М., 2002.

6. Хохлов С.А. Договорная работа. Свердловск, 1986.

# Глава 9. Договоры на реализацию товаров

1. Отношения торгового оборота организуются при посредстве группы договоров, которые могут быть названы реализационными. Они формируют правовую основу товарного обращения. Понятие реализации товаров получило закрепление, правда, не в гражданском, а в налоговом законодательстве. В ст. 39 НК РФ реализацией товаров организацией или индивидуальным предпринимателем признается передача на возмездной основе права собственности на товары, в том числе обмен товарами.

ГК РФ при регулировании обязательственных отношений не уделяет внимания особенностям применения договоров в процессе осуществления субъектами торговой деятельности. Термин "торговые сделки" упоминается в ст. 184 ГК РФ применительно к осуществлению коммерческого представительства. Однако упоминание это носит случайный характер, поскольку нигде далее оно не раскрывается и не учитывается.

В мировой практике основной вид реализационных договоров - договор продажи товаров. Применяется также система контрактов на поставку товаров для государственных нужд, в ограниченных объемах используются договоры мены (бартера).

Российская хозяйственная практика отличается большим богатством. В ней наряду с куплей-продажей широчайше используются в качестве самостоятельных договоры поставки и контрактации сельскохозяйственной продукции. Однако это лишь внешнее видовое богатство, не подкрепленное ни в теории, ни на практике глубоким содержательным разнообразием.

Курс на создание рыночной экономики повлек изменения в законодательном регулировании товарных сделок в России. Под влиянием зарубежного права ГК РФ закрепил договор купли-продажи в качестве общевидовой модели реализационных договоров. Так, гл. 30 ГК РФ называется "Купля-продажа". Она включает в себя кроме купли-продажи другие основные виды реализационных договоров: поставки, контрактации сельскохозяйственной продукции, поставки для государственных нужд и иные. Вместе с тем регулирование реализационных договоров в ГК РФ характеризуется серьезными просчетами и несоответствиями.

В гл. 30 ГК РФ выделен параграф 1: "Общие положения о купле-продаже". К сожалению, в параграфе об общих положениях не дается оснований для разграничения между видами реализационных договоров и не предлагается критериев для выбора того или другого договора.

Однако основной недостаток состоит в том, что, урегулировав в ГК РФ розничную куплю-продажу, разработчики кодекса не сумели выделить и отдельно урегулировать оптовую куплю-продажу. Договор оптовой купли-продажи в нынешнем ГК РФ не нашел себе места, как это было и в ГК РСФСР 1964 г. В результате один из наиболее значимых договоров рыночных отношений - оптовой купли-продажи - на практике регулируется набором норм, содержащихся в разных параграфах ГК РФ и даже в разных нормативных актах. Отсутствие в законе в качестве самостоятельного вида договора оптовой купли-продажи подталкивает миллионы предпринимателей к заключению договоров поставки, даже когда для этого отсутствуют объективные основания. Сохраняется дисгармония с зарубежным законодательством, основывающим торговое предпринимательство на модели договора продажи.

Для понимания особенностей применения реализационных договоров в торговой сфере необходимо рассмотреть два явления, радикальным образом воздействующие на обязательственные отношения в торговле. Это определение сущности оптовой торговли и учет требований защиты интересов потребителей. Явления эти имеют определенную связь между собой.

В советский период под оптовой торговлей понималась деятельность по перемещению товаров от изготовителей и оптовых посредников в организации розничной торговли. Что касается обеспечения необходимыми ресурсами производственных и иных организаций и учреждений, то оно составляло самостоятельный сектор товарообращения и именовалось материально-техническим снабжением. Для руководства ими в стране существовали две различные системы планового распределения, возглавлявшиеся Минторгом СССР и Госснабом СССР.

На Западе подобного разграничения не проводилось никогда, и продажа любых товаров, кроме реализуемых гражданам через розничную торговую сеть, всегда понималась как оптовая торговля.

В связи с ликвидацией в нашей стране системы административно-планового распределения ресурсов, а также под воздействием зарубежной практики произошли изменения в понимании оптовой торговли. Введенный с 01.01.2000 ГОСТ Р 51303-99 "Торговля. Термины и определения" закрепил определение понятия оптовой торговли. Это торговля товарами с последующей перепродажей или профессиональным использованием.

Таким образом, оптовой торговлей стало признаваться все товарное обращение, за исключением торговли розничной. Исчезло прежнее разделение материального снабжения организаций ресурсами для производственных (хозяйственных) нужд и оптовой торговли, обеспечивающей товарами розничную торговую сеть.

Закрепленное стандартом определение выглядит более точным с экономической точки зрения, поскольку для экономистов не имеют значения направления движения товаропотоков. В современной экономической литературе оптовый товарооборот принято рассматривать как совокупный объем продаж товаров производственными и торговыми организациями, а также посредниками другим организациям для последующей реализации населению или для производственного (хозяйственного) потребления. Однако в социальном отношении такое определение является неприемлемым, поскольку препятствует решению важных для общества задач.

По известному методологическому правилу любые определения не могут претендовать на истинность и завершенность. Они всего лишь лексическое обозначение объекта. Поэтому среди различных определений, обозначающих объект, необходимо выбирать не кажущееся более точным, а наиболее полезное с учетом решаемых на его основе задач. По этим причинам "точные" естественные науки вообще не работают с определениями понятий.

Между тем при разработке ГОСТ Р 51303-99 не были учтены важные и масштабные изменения в регулировании продаж товаров населению. Такие изменения произошли на Западе примерно 40 лет назад, а в нашей стране начались лишь с ликвидацией административно-плановой системы управления экономикой. Если за рубежом уже оформилось новое научное направление по защите прав потребителей, то у нас эти проблемы пока еще не осознаны глубоко наукой, в том числе правовой.

Указанные изменения происходят в русле идеологии обеспечения прав граждан и выражаются в усилении законодательной защиты интересов граждан-потребителей. Этим целям служит Закон РФ от 07.02.92 N 2300-1 "О защите прав потребителей", положения § 2 гл. 30 ГК РФ и ряд других федеральных законов. В данном отношении достаточно сравнить прежний и новый [КоАП](#sub_2), в котором почти в 5 раз увеличилось число норм об административной ответственности за нарушения прав потребителей.

В результате изменений требований к розничной торговле в ее взаимоотношениях с потребителями претерпевает изменения и деятельность по продвижению товаров от изготовителей и оптовых организаций в розничную торговую сеть. Она приобретает существенные и устойчивые отличия от других секторов товарного обращения. Здесь принцип обеспечения прав и интересов граждан как потребителей должен превалировать над принципом свободы договора.

С учетом изложенных обстоятельств имеется необходимость выделить в товарном обращении участок оптовой торговли в специальном значении - для целей обеспечения интересов потребителей. Оптовой торговлей (в специальном значении) предлагается считать деятельность по продвижению товаров на возмездной основе от изготовителей и оптовых посредников в организации розничной торговли для последующей продажи населению. Выделение оптовой торговли в таком виде имеет принципиальное значение, оно необходимо в интересах всего населения. Целью такой оптовой торговли является содействие полному и своевременному поступлению в розничную сеть товаров, необходимых населению и отвечающих его запросам.

2. Выяснение сущности оптовой торговли дает основания для выделения в качестве самостоятельного вида реализационных договоров договора оптовой купли-продажи. Его первичными отличительными признаками будут: 1) определенная сфера применения - оптовая торговля; 2) специальный субъектный состав участников; 3) целевая предназначенность реализуемых товаров - поступление в розничную торговую сеть для последующей продажи населению.

Оптовая торговля представляет собой отрасль экономики и вид коммерческой деятельности. Она предшествует процессу розничной торговли как важный и обязательный этап.

Участниками оптовой торговли выступают, прежде всего, изготовители товара. Другие важные ее участники - оптовые торговые и посреднические организации, осуществляющие разные виды операций по подготовке и продвижению товара. Конечными звеньями выступают организации розничной торговли или индивидуальные торговые предприниматели.

Принципиальные отличия имеются в требованиях к предмету договора оптовой купли-продажи по сравнению с другими реализационными договорами.

Предметом договора оптовой купли-продажи служат только вещи, которые: а) могут предлагаться к продаже в розничных торговых организациях и б) в конечном счете предназначены для продажи в розничной торговой сети. Если какой-то товар в принципе не может быть предложен для продажи в магазинах гражданам, то на его реализацию не могут заключаться договоры оптовой купли-продажи. Если же он может продаваться в розничной сети и в конечном счете попадет на прилавок магазина, то договоры, заключаемые любым числом лиц по пути движения этого товара, будут договорами оптовой купли-продажи.

Для определения требований к содержанию договора необходимо проанализировать связь оптовой торговли с розничной. Розничная торговля предназначена продавать товары гражданам. Отношения торговых организаций с покупателями оформляются договором розничной купли-продажи.

Гражданину в магазине противостоит специальный субъект - продавец, действующий как торговый предприниматель, коммерсант. Коммерсант - это тот, кто по роду своих занятий обладает специальными знаниями или опытом в отношении операций или товаров, являющихся предметом сделки. Покупатель, конечно же, подобными специальными знаниями и опытом не обладает. Учитывая такое реально существующее неравенство, закон предоставляет повышенную защиту более слабой стороне - покупателю.

Ряд федеральных законов и иных правовых актов предусматривают различные правовые и организационные требования к розничным торговым организациям, направленные на защиту интересов населения. Такие требования адресуются розничным организациям, однако они предварительно должны быть выполнены изготовителями или оптовыми организациями, имеющими необходимое производственное оборудование и помещения. Собственными силами розничные торговые организации не в состоянии исполнить соответствующие требования. Поэтому обязанности их выполнения должны предусматриваться в договорах оптовой купли-продажи, заключаемых с изготовителями и оптовиками.

Необходимость учета и урегулирования множества вопросов, диктуемых требованиями розничной торговли, создает видовые особенности договора оптовой купли-продажи. Можно предложить следующее определение этого договора.

По договору оптовой купли-продажи продавец обязуется в согласованный срок (или сроки) передать в собственность покупателю вещи (товары), предназначенные для продажи населению в соответствии с требованиями такой продажи, а покупатель принять вещи и оплатить их стоимость.

Требования к розничной торговле, подлежащие отражению в договорах оптовой купли-продажи, определяются различными федеральными законами и иными правовыми актами. Постановлением Правительства РФ от 19.01.98 N 55[\*(28)](#sub_9928) утверждены Правила продажи отдельных видов товаров. Правила предусматривают ряд важных положений.

Так, согласно п. 11 Правил продавец обязан доводить до покупателей информацию об изготовителе товара, месте нахождения изготовителя или уполномоченной им организации, обязанной принимать претензии от покупателя, осуществлять гарантийный ремонт и сервисное обслуживание товара. Продавец должен иметь и предъявить покупателю подлинник сертификата на товар либо копию сертификата, заверенную продавцом, нотариусом или органом сертификации.

Товары бытового назначения должны иметь маркировку на каждом изделии или ярлыки с указанием наименования изделия, цены, размеров, роста и иных сведений. При обнаружении недоброкачественности товара покупатель вправе потребовать замены, уценки либо незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара (п. 27 Правил). Информацию об организациях, выполняющих ремонтные и восстановительные работы, продавец обязан довести до сведения покупателя при продаже товара.

Федеральный закон от 02.01.2000 N 29-ФЗ "О качестве и безопасности пищевых продуктов"[\*(29)](#sub_9929) установил, что в розничной торговле не допускается продажа нерасфасованных и неупакованных пищевых продуктов. На этикетках, ярлыках либо вкладышах пищевых продуктов кроме информации, установленной федеральным законом "О защите прав потребителей", должна быть указана следующая информация на русском языке: о пищевой ценности продуктов, о назначении и условиях применения, об условиях хранения и приготовления, дата изготовления и дата упаковки.

Как выглядят условия договоров оптовой купли-продажи, обеспечивающие выполнение указанных требований. Это могут быть пункты, предусматривающие обязанность продавца (изготовителя или оптовика) произвести поставку товаров в соответствующей упаковке и расфасовке, обеспечить наличие на каждой единице товара необходимой маркировки либо ярлыков со всеми требуемыми сведениями. Должно предусматриваться представление копий сертификатов соответствия, заверенных уполномоченным лицом.

Для выполнения обязанности незамедлительной замены возвращаемых потребителями вещей в договоре должно предусматриваться создание в магазине обменного фонда на период гарантийного срока (при отсутствии специализированной гарантийной организации) или установленных сроков замены товара. Расходы по созданию обменного фонда возлагаются на изготовителя или оптовую организацию, поставляющие товар.

В договоре оптовой купли-продажи должна быть определена организация, которая по поручению изготовителя будет осуществлять гарантийный ремонт и техническое обслуживание изделий. Со своей стороны изготовитель или оптовик обязаны заключить с такой организацией договор о гарантийном или сервисном обслуживании граждан, купивших соответствующие товары. Наименование и адрес этой организации доводятся магазином до сведения потребителей.

Можно назвать следующие задачи, решению которых предназначен договор оптовой купли-продажи. Это: 1) обеспечение ритмичного и бесперебойного поступления товаров в розничную торговую сеть; 2) обеспечение наличия ассортимента товаров, максимально удовлетворяющего интересы покупателей, постоянное обновление и улучшение ассортимента; 3) поступление в магазины товаров высокого качества, безопасных для жизни и здоровья граждан; 4) поступление товаров в упаковке и расфасовке, удобных для пользования и хранения; 5) обеспечение полноты информации для покупателей о характеристиках товара, порядке пользования и хранения, сроках годности и др.; 6) обеспечение для покупателей возможности замены товара, его гарантийного ремонта и сервисного обслуживания и иные.

Законодательство о розничной торговле в настоящее время предусматривает множество различных требований по обеспечению интересов населения, которые, чтобы быть исполненными, предполагают привлечение усилий изготовителей и оптовых организаций. Правовой основой для решения указанных задач служит договор оптовой купли-продажи, нуждающийся в закреплении его в законе.

Статья 421 ГК РФ позволяет сторонам самим составить договор оптовой купли-продажи или соответствующим образом дополнить договор поставки. Однако в обстановке слабой конкуренции розничные торговые организации практически лишены возможности добиться от продавцов включения в договоры необходимых условий, поскольку ни нормы о договоре поставки, ни глава 30 ГК РФ в целом не предусматривают соответствующих прав розничных торговых организаций во взаимоотношениях с продавцами (поставщиками). Проводившиеся обследования показывают, что сейчас лишь в трети договоров между поставщиками и розничными торговыми организациями содержатся все необходимые условия, обеспечивающие соответствие товара правилам продажи в розничной сети.

Договор оптовой купли-продажи объективно необходим для создания отечественного товарного рынка. Просчетом ГК РФ является то, что, предусмотрев в § 2 гл. 30 о договоре розничной купли-продажи положения, направленные на защиту прав потребителей, кодекс не установил соответствующих обязанностей изготовителей и оптовых организаций, усилиями которых только и возможно обеспечить выполнение соответствующих требований относительно продаваемого товара. Отсутствие законодательно урегулированного договора оптовой купли-продажи закрепляет примитивный уровень нашей торговли, препятствует улучшению обслуживания населения, ведет к массовым нарушениям законных интересов граждан.

3. В тех случаях, когда приобретаемые товары не предназначены для продвижения в розничную торговую сеть, у сторон уже нет необходимости заключать договор оптовой купли-продажи. Свои отношения они могут оформить договором поставки или договором купли-продажи для предпринимательских (хозяйственных) целей.

В этой связи необходимо рассмотреть отличительные черты договоров поставки и купли-продажи, являющихся наряду с оптовой куплей-продажей основными договорами товарного обращения.

Договор поставки - это российское явление, продукт отечественной правовой и предпринимательской мысли. Разработан он был наряду с уже существовавшим договором купли-продажи и предназначался для решения таких задач, для которых модель купли-продажи была явно непригодной. Это были закупки ресурсов для государственных, прежде всего - военных, нужд. Поставки носили, как правило, крупномасштабный и долговременный характер, с регулярно повторяющимися операциями по передаче и оплате стоимости товара. Весьма наглядно эти признаки прослеживаются на ранних этапах существования договора поставки - в указах Петра I о казенных подрядах и поставках.

В последующие периоды видовые сущностные черты договора поставки то размывались и он сближался до неразличимости с куплей-продажей, то вновь под влиянием потребностей хозяйственной практики выходили на первый план, получая соответствующее закрепление в законодательстве.

Так это было в Положениях о поставках продукции и товаров 1969 и 1981 гг., которые даже в условиях подчинения договора системе планового распределения закрепили ряд значимых возможностей. Так, был определен порядок заключения долгосрочных договоров, установлен примерный круг вопросов, подлежащих урегулированию на ряд лет. Подобные перспективные условия должны были предусматривать, в частности, последовательное расширение и обновление ассортимента, улучшение качества товаров, совершенствование тары, упаковки, способов отгрузки товаров и др. Другой важный момент состоял в допущении возможности воздействия покупателей на основе договора на производственную деятельность поставщиков в целях более полного удовлетворения интересов потребителей. На эти значимые свойства договора поставки обращали внимание известные российские цивилисты С.С. Алексеев, З.Г. Крылова, Р.О. Халфина, Д.Н. Сафиуллин, В.А. Язев и др.

К сожалению, указанные особенности оказались утрачены в ГК РФ, что резко свернуло и принизило возможности договора поставки. Модель договора поставки в ее нынешнем виде стала малопродуктивной, она не имеет четкого функционального предназначения.

В настоящее время отличия договора поставки и купли-продажи определяются, прежде всего, составом лиц, способных выступать в качестве поставщиков (в договорах поставки) и продавцов (в договорах купли-продажи).

Согласно ст. 506 ГК РФ в качестве поставщика может выступать лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность и производящее или закупающее реализуемые им товары. Закупки товаров для последующей их поставки могут производиться специализированными организациями, профессионально осуществляющими такую деятельность. Термин "закупка" применяется в ГК РФ лишь в отношении организаций, осуществляющих контрактацию сельскохозяйственной продукции (ст. 535).

Таким образом, формально не могут выступать в качестве поставщиков оптовые торговые организации, не являющиеся заготовителями соответствующих товаров. Не вправе заключать договоры на поставку созданных ими товаров непредпринимательские организации. Не могут быть поставщиками многие другие субъекты торгового оборота, не обладающие признаками, указанными в ст. 506 ГК РФ.

В отличие от поставки договор купли-продажи является универсальной правовой моделью, применяемой во всех сферах торговой деятельности, где законом не предписано использование других видов договоров. Договор купли-продажи может заключаться любыми субъектами торгового оборота, в том числе некоммерческими (непредпринимательскими) организациями.

В юридической литературе высказано мнение, что договор поставки "наиболее оптимален" для регулирования взаимоотношений между производителями товаров и поставщиками сырья, материалов либо комплектующих изделий; между изготовителями товаров и оптовыми торговыми организациями, специализирующимися на реализации указанных товаров[\*(30)](#sub_9930). Однако считать договор поставки "наиболее оптимальным" для регулирования отношений между изготовителями и оптовыми торговыми организациями едва ли верно из-за полного игнорирования в законодательстве о поставках условий, необходимых для последующей продажи товаров населению.

Статья 454 ГК РФ предусматривает, что по договору купли-продажи продавец обязуется передать в собственность покупателю вещь (товар). Более точной представляется формулировка ст. 237 ГК РСФСР 1964 г., согласно которой продавец обязывался передать покупателю имущество. Запись в законе о передаче вещи (товара) на практике не рассматривается как обязанность передать лишь материальный предмет. Товаром по договору купли-продажи может быть любое имущество, включая ценные бумаги, информацию, объекты интеллектуальной собственности и др.

Предметом договора поставки ст. 506 ГК РФ называет товары. Как отмечалось ранее, не все то, что признается товаром в праве гражданском, является объектом коммерческого права.

Договоры купли-продажи и поставки в одинаковой мере выполняют функцию организации актов обмена товара на деньги и денег на товар. В соответствии с принципами построения ГК РФ общие положения о купле-продаже, регулирующие договоры купли-продажи, сосредоточены в § 1 гл. 30 ГК РФ. Общие положения о купле-продаже применяются также к отношениям по поставкам, если иное не предусмотрено нормами кодекса о договоре поставки. Применительно к договору поставки специальные правила, регулирующие отношения по поставкам, имеют приоритет над указанными общими положениями.

При анализе закрепленных в законе особенностей договора поставки следует отметить их крайнюю скудость и, что более существенно, искусственный характер отнесения их исключительно к договору поставки. По своей природе эти "особенности" договора поставки носят общий характер для реализационных договоров, а нередко - для всех договоров коммерческого права.

В качестве особенности заключения договора поставки отмечается предусмотренный кодексом специальный порядок урегулирования разногласий, возникших между сторонами относительно отдельных условий договора. Сторона, получившая подтверждение о согласии заключить договор, но на иных условиях, должна в течение 30 дней принять меры к согласованию условий договора, по которым возникли разногласия.

Данное правило на практике не соблюдается, поскольку закон: а) не предусмотрел последствий несоблюдения указанного требования; б) не урегулировал хотя бы в основных моментах процедуру согласования разногласий. Кроме того, в обстановке развала договорно-хозяйственных связей государство обязано содействовать их налаживанию. Поэтому требование об урегулировании разногласий с указанием общего порядка преддоговорных контактов следовало бы установить для всех видов коммерческих договоров.

Условие договора поставки, предусматривающее поставку товаров отдельными партиями в частные сроки в течение всего времени действия договора, конечно же, носит не специальный, а общий характер для всех видов реализационных договоров. Поскольку в общих положениях о купле-продаже такое правило отсутствует, стороны могут по своей инициативе воспроизводить его в договоре купли-продажи и других видах торговых договоров.

Давно известный инструмент организации торговых отношений - отгрузочная разнарядка, выдаваемая покупателем продавцу при необходимости отгрузки товаров в адрес конкретных получателей, также не может считаться спецификой поставочных отношений. Условие о выдаче отгрузочной разнарядки при необходимости может предусматриваться во всех других реализационных договорах.

Совершенно неосновательно в качестве особенности договора поставки названа возможность поставки по согласованному сторонами графику: декадному, суточному, часовому. Временные графики выполнения договорных обязанностей - чрезвычайно важный инструмент упорядочения и повышения эффективности хозяйственной деятельности. В развитых странах общей практикой является согласование в договорах графиков выполнения тех или иных условий. Поэтому место норме о согласовании графиков вовсе не в параграфе о договоре поставки, а в общих положениях о договоре.

В настоящее время сохраняется тенденция к применению договора поставки для регулирования отношений крупномасштабного и долговременного характера, отношений между отраслями хозяйства и регионами. Достаточно указать на группу законов о поставках для государственных нужд, на периодически издаваемые постановления Правительства РФ о поставках товаров в районы Крайнего Севера, поставках техники, горючего, химикатов для нужд сельского хозяйства и др.

В указанных актах отражается общая предназначенность поставки для налаживания фундаментальных отношений между отраслями хозяйства, а также отношений производственной кооперации, когда предприятия устойчиво сцеплены между собой процессами переработки сырья и материалов, обеспечения комплектующими узлами и деталями. Кооперационные связи головного производителя и смежников, сырьевых и перерабатывающих предприятий - это всегда поставка, но не купля-продажа.

Таким образом, существует объективно проявляющаяся необходимость в договоре, организующем крупномасштабные, долговременные отношения по обеспечению сырьевыми и материальными ресурсами и реализации готовых товаров. Это предполагает существенную переработку норм ГК РФ о договоре поставки.

Договор поставки должен регулировать никак не упорядоченные сейчас отношения долгосрочного характера, обеспечивая длительное хозяйственное сотрудничество субъектов по реализации ресурсов, организацию иных крупномасштабных связей. В договоре поставки наряду с вопросами реализации товаров должны находить решение связанные с нею задачи производственного, технологического и организационного характера. Установление возможности воздействия покупателей на хозяйственную деятельность поставщиков призвано обеспечивать последовательное улучшение конструктивных характеристик, качественных показателей изделий на основе внедрения новых технологий и материалов в целях превращения наших товаров в конкурентоспособные на внешнем рынке.

4. Гражданский кодекс сохранил такой особый вид реализационных договоров, как договор контрактации сельскохозяйственной продукции. Он имеет значительную специфику.

По договору контрактации производитель сельскохозяйственной продукции обязуется передать выращенную (произведенную) им сельскохозяйственную продукцию заготовителю - лицу, осуществляющему закупки такой продукции для переработки или продажи.

Одной из сторон в договоре всегда должна быть организация или фермер (он признается индивидуальным предпринимателем), сами производящие продукцию. Заключенный договор контрактации служит основанием для осуществления хозяйством деятельности по выращиванию или производству продукции. Другой стороной выступает организация-заготовитель, закупающая продукцию для переработки или продажи. Заготовительные функции выполняют различные организации: кооперативы, элеваторы, молокозаводы и др.

Предметом контрактации служит только сельскохозяйственная продукция в сыром виде или прошедшая необходимую первичную обработку: сушку, фильтрацию, охлаждение и т.п. Если выращенная или произведенная продукция прошла производственную переработку, то созданные продовольственные или промышленные товары уже не могут контрактоваться. Речь идет, например, о масле, сыре, мясопродуктах и др. Их реализация осуществляется уже на основании договоров поставки или оптовой купли-продажи, поскольку требует учета правил продажи товаров населению.

Договором контрактации оформляется также поставка сельскохозяйственной продукции для государственных нужд.

Особенностью договора контрактации является включение в него условий об обязанности заготовителя обеспечивать хозяйство тарой, упаковочными материалами, оказывать помощь в приобретении горючесмазочных материалов и иных ресурсов. Помощь может оказываться в вывозе продукции транспортом заготовителя. Статья 536 ГК РФ устанавливает, что заготовитель обязан принять сельскохозяйственную продукцию по месту нахождения и обеспечить ее вывоз.

Обязанность оказания встречных услуг обусловливается слабым развитием системы снабжения и рыночной инфраструктуры сельского хозяйства. Системы снабжения и сбыта на селе находятся в примитивном состоянии. Между тем именно их развитие решающим образом влияет на доходность производства. У нас самая низкая в Европе урожайность, но даже из собранного мы почти четверть теряем из-за отсутствия хранилищ, холодильников, а главное - четко налаженной системы сбыта.

Если своеобразие договора поставки служит отражением крупномасштабных, регулярно повторяющихся актов продажи товара, то особенности контрактации порождаются отсутствием в стране упорядоченного снабжения производителей и системы сбыта сельскохозяйственной продукции. В силу этих обстоятельств обязанности снабжения тарой и необходимыми материалами стали возлагаться на тех, кто покупает сельхозпродукцию, - на заготовителей. От этого пока трудно отказаться, и договор контрактации вновь закреплен законом.

Предусмотренные нормами о договоре контрактации преимущества для сельскохозяйственных производителей могут быть реально обеспечены лишь соответствующей практикой судебно-арбитражных органов. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.10.97 принял постановление "О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки"[\*(31)](#sub_9931). Названным постановлением предусмотрено (п. 5), что, квалифицируя отношения участников спора, судам необходимо исходить из признаков договора поставки, предусмотренных статьей 506 кодекса, независимо от наименования договора, названия его сторон либо обозначения способа передачи товара в тексте документа.

Для договора поставки подобные защитные меры практически не требуются. В то же время такие меры крайне необходимы для договора контрактации, поскольку заготовители уклоняются от исполнения возлагаемых на них законом достаточно обременительных обязанностей, соглашаясь заключать с хозяйством вместо договора контрактации договор поставки или купли-продажи, не предъявляющие к ним требований о помощи в снабжении ресурсами и вывозе продукции.

Контрактант (заготовитель) может принимать на себя обязанность встречной продажи хозяйству отходов от переработки полученной продукции. Это весьма значимое в экономическом отношении условие. В соответствии с такими соглашениями молокозаводы после выгрузки молока возвращают фермам "снятое" молоко для выпаивания телят, масло- и сахарозаводы отгружают хозяйствам жмых и патоку на корм скоту. Из-за низкой правовой подготовки подобные условия редко встречаются в договорах, хотя в развитых странах такая практика является общепринятой.

То обстоятельство, что продукция производится (выращивается) по заказу заготовителя, налагает на последнего повышенную ответственность за принятие продукции от хозяйства и оплату ее стоимости. В случае отказа заготовителя взять подготовленную для него продукцию возможности продажи ее другим лицам у хозяйства весьма ограничены, особенно когда продукция является скоропортящейся. Поэтому ст. 536 ГК РФ воспроизвела ранее существовавшее правило о недопустимости отказа заготовителя от принятия продукции, представленной в соответствии с договором. В случае отказа с заготовителя взыскивается полная стоимость такой продукции.

5. Гражданский кодекс РФ предусмотрел совершенно новый для российского правопорядка вид реализационного договора - государственный контракт на поставку товаров для государственных нужд. Закрепление такого договора в законе отражает переход к рыночным основам во взаимоотношениях государства с предпринимателями.

Отношения по поставкам для государственных нужд регулируются нормами § 4 гл. 30 ГК РФ, а также федеральными законами от 13.12.94 N 60-ФЗ "О поставках продукции для федеральных государственных нужд", от 29.12.94 N 79-ФЗ "О государственном материальном резерве", от 06.05.99 N 97-ФЗ "О конкурсах на размещение заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд" и рядом других. К поставкам для государственных нужд применяются общие правила о договоре поставки, если иное не предусмотрено специальными нормами, регламентирующими этот вид отношений.

Существуют два уровня государственных нужд: федеральные и региональные. Федеральные государственные нужды определяются как потребности Российской Федерации в продукции, необходимой для решения задач жизнеобеспечения, обороны и безопасности страны и для реализации федеральных целевых программ и межгосударственных целевых программ, в которых участвует Российская Федерация. Государственными нуждами субъектов Российской Федерации признаются потребности соответствующих субъектов Федерации в продукции, необходимой для решения задач жизнеобеспечения регионов и реализации региональных целевых программ.

Кроме отнесенности к определяемым законом государственным нуждам вторым основанием установления договорных связей данного вида служит финансирование поставок за счет средств федерального бюджета и внебюджетных источников. Перечень федеральных целевых программ и объемы их финансирования предусматриваются в законе о федеральном бюджете на соответствующий финансовый год. Финансирование может производиться также из внебюджетных источников. Финансирование поставок на региональные нужды осуществляется из бюджетных средств субъектов Российской Федерации или привлекаемых для этих целей внебюджетных источников.

Для организации ресурсного обеспечения федеральных и других целевых программ Правительство РФ определяет государственных заказчиков. В регионах заказчиков определяют исполнительные органы субъектов Российской Федерации. Заказчиками могут выступать только государственные организации: министерства, службы, агентства, государственные предприятия и учреждения.

Заказчик размещает заказ на конкурсной основе, выбирая таким способом поставщика (исполнителя). Для этого организуются федеральные и региональные торги. В случае, когда государственный контракт заключается по результатам конкурса на размещение заказа, контракт должен быть заключен не позднее 20 дней со дня проведения конкурса.

В государственном контракте определяются наименование подлежащих поставке товаров, их количество, ассортимент, качество, комплектность изделий, сроки поставки, цена, способ расчетов, порядок отгрузки и другие необходимые условия. В тех случаях, когда товары должны использоваться не самим заказчиком, а другими организациями, в госконтракте предусматривается условие о выдаче заказчиком поставщику отгрузочной разнарядки с указанием в ней реквизитов получателей и сведений о товаре, подлежащем отгрузке каждому получателю. При этом обязанность оплаты стоимости товара лежит на заказчике (ст. 526 ГК РФ).

Государственным контрактом может быть предусмотрена более сложная (двухуровневая) структура связей по поставкам для государственных нужд. В этом случае заказчик после заключения контракта направляет поставщику и покупателю извещение о прикреплении покупателя к поставщику. На основании извещения поставщик обязан заключить с покупателем договор на поставку для государственных нужд. Заказчик признается поручителем по оплате покупателем стоимости товара, поставляемого по такому договору, и несет солидарную ответственность с должником.

Федеральным законом "О поставках продукции для федеральных государственных нужд" установлена неустоечная ответственность за ряд нарушений государственных контрактов на поставку для государственных нужд. При необоснованном уклонении от заключения государственного контракта на поставку продукции для федеральных государственных нужд в случаях, когда обязательность заключения контракта установлена законом, поставщик уплачивает покупателю штраф в размере стоимости продукции, определенной в проекте контракта. В случае невыполнения в установленный срок государственного контракта по объему продукции поставщик уплачивает покупателю неустойку в размере 50% от стоимости недопоставленной продукции. Неустойка взыскивается до фактического исполнения обязательства с учетом недопоставленного количества продукции в предыдущем периоде поставки.

Рассмотрение правового регулирования реализационных договоров свидетельствует о значительных пробелах и упущениях, допущенных при подготовке соответствующих глав ГК РФ. При нынешнем состоянии законодательства о договорах невозможно добиться развития и совершенствования торгово-хозяйственных связей, призванных служить основой товарного рынка. В интересах всего общества было бы урегулировать реализационные договоры в специальном кодифицированном акте - Торговом кодексе России.

# Дополнительная литература

1. Андреева Л.В. В защиту необходимости договора оптовой купли-продажи//Хозяйство и право. 1999. N 11.

2. Вахнин И.Г. Договор купли-продажи и поставки товаров//РИСК. 1997. N 6.

3. Витрянский В.В. Договор купли-продажи и его отдельные виды. М., 1999.

4. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М., 2001.

5. Шевченко Л.И. Регулирование отношений поставки: теория и практика. СПб., 2002.

# Глава 10. Структура договорных связей

1. Торговый оборот представляет собой чрезвычайно сложную систему хозяйственных связей, основанную на заключаемых его участниками договорах. Ведущую роль здесь играют реализационные договоры, юридически организующие операции товарно-денежного обмена. Договоры в настоящее время применяются во всех сферах торгового оборота и по отношению ко всем видам товаров.

Создание рыночной системы хозяйственных отношений в числе других аспектов включает в себя формирование оптимальных структур договорных связей. Рациональные договорно-хозяйственные связи способствуют последовательному развитию экономики, сбалансированности спроса и предложения, сокращению затрат, ускорению доставки товаров к покупателям.

Закон регламентирует лишь отдельные вопросы определения структуры договорных связей. В основном выбор структуры договорных отношений зависит от усмотрения субъектов коммерческой деятельности, выражая одно из проявлений договорной свободы. Поэтому главная нагрузка в формировании оптимальных договорных связей ложится на юридические службы и коммерсантов, а успех данной работы зависит от их подготовленности и инициативы.

При анализе структуры договорных связей следует различать несколько аспектов. Прежде всего, в каждой организации необходимо выявлять и схематически "прочерчивать" основные связи с договорными контрагентами. Иными словами, должна быть выделена структура основных договорно-хозяйственных связей фирмы. Такими признаются наиболее крупные по объемам, по стоимости товаров, носящие регулярный характер либо по иным причинам значимые для организации отношения. Случайные и мелкие договоры здесь могут не приниматься в расчет.

Совокупность основных связей определяет хозяйственный профиль, содержание деятельности организации. Исполнение таких договоров формирует доходы, предопределяет размеры налоговых выплат и другие затраты. Структура договорных связей решающим образом влияет на внутреннее построение фирмы, на численность персонала, распределение обязанностей между сотрудниками. Разработка бизнес-планов и принятие большинства управленческих решений должны сообразовываться с процессом исполнения основных договоров. Деятельность всех функциональных подразделений фирмы также должна подчиняться задаче исполнения основных договоров.

Второй не менее значимый аспект структуры договорных связей образует обеспечение взаимозависимости договоров по основной деятельности и всех вспомогательных договоров, содействующих осуществлению первых. Фактически это создание "грозди" из основных и требующихся для их исполнения вспомогательных и обслуживающих договоров. Данная задача существует всегда.

К примеру, если производственная организация заключила с покупателем договор на продажу 200 стульев, то для исполнения обязательства она должна заключить еще 15-20 вспомогательных договоров. Прежде всего, нужны договоры со смежниками на приобретение от них древесины, обивочных тканей, крепежных материалов, тары, упаковки, товарных ярлыков и др. Необходимы договоры на энерго- и теплоснабжение. Требуется заключить договор с транспортной организацией на отгрузку в установленный срок товара своему покупателю. Для четкой организации договорной работы целесообразно составление по каждому крупному и среднему договору сетевых графиков. Сетевые графики строятся с помощью компьютера или вручную. Они вы-глядят в виде древообразной схемы, которая позволяет совместить по количествам, срокам и другим параметрам условия основного и вспомогательных договоров. Без такой взаимосогласованности, увязки всех показателей невозможно четко определить условия вспомогательных договоров, основной договор не может нормально выполняться.

К сожалению, проблемы структурного конфигурирования договоров, построения сетевых графиков договорных связей почти не исследуются в юридической науке и в теории менеджмента. По этим вопросам нет теоретических трудов и методических разработок. Между тем без проработки структур договорных связей нельзя нормально вести договорную работу, добиваться прибыли.

Указанные проблемы относятся к достаточно новой области знания - так называемым организационным технологиям. В России имеются исследования по организационным технологиям, организации управления деятельностью коллективов. К сожалению, при наличии общей теории пока мало прикладных разработок, а в области правовой деятельности их почти нет.

Значительные структурные особенности имеют договорные связи, основанные на привлечении должником к исполнению обязательства других организаций-соисполнителей. Если из закона или договора не вытекает обязанность должника выполнить предусмотренные договором обязанности лично - должник вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц.

В этом случае должник выступает в роли генерального исполнителя, привлеченные им к выполнению обязательства лица - в роли субисполнителей. Отношения между генеральным исполнителем и привлеченными им субисполнителями определяются заключаемыми между ними самостоятельными договорами, в которых генеральный исполнитель (должник по генеральному договору) выступает в качестве кредитора.

Генеральный исполнитель несет перед кредитором ответственность за последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств субисполнителями, а перед последними - ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение кредитором обязательств по генеральному договору.

В подобном порядке строятся отношения в случаях, когда необходимо привлечение к исполнению обязательств организаций, специализирующихся на выполнении определенных видов работ и потому способных выполнить их дешевле и с лучшим качеством. Таковы отношения принципалов с агентами, привлекающими по договорам субагентов, комитентов с комиссионерами и субкомиссионерами и др.

При наличии генерального договора кредитор вправе заключать договоры на выполнение отдельных видов работ данного рода лишь с согласия генерального исполнителя. В этом случае привлеченные по самостоятельным договорам в качестве должников лица не участвуют в отношениях, вытекающих из генерального договора. Они несут ответственность за исполнение своих обязательств непосредственно перед кредитором.

2. Более полное рассмотрение в юридической и торгово-экономической литературе получил другой структурный аспект - характер договорных связей между изготовителями и потребителями товара. Здесь различают два вида связей:

а) прямые связи - они устанавливаются непосредственно между изготовителями и потребителями товара, причем под потребителями в данном случае предлагается понимать организации, получающие товар для предпринимательских или хозяйственных нужд;

б) связи с участием промежуточных организаций. Здесь процесс продвижения товара опосредуется несколькими реализационными договорами, составляющими так называемую договорную цепочку.

Посреднические организации могут выполнять различные функции. В нормальных рыночных условиях они занимаются перераспределением полученных ресурсов, т.е. закупкой крупных партий товара и дробной перепродажей его мелким потребителям. Однако основная масса российских посредников покупают партию товара в одном месте и затем перепродают эту же партию в другом месте.

В последнее десятилетие договорные цепочки насчитывают по различным видам товаров от 3 до 5 звеньев. Такое понятно в ситуации, когда 90% малых предприятий являются торговыми или торгово-посредническими, иначе говоря, одно производит, а девять торгуют.

Перед каждым изготовителем и потребителем возникает вопрос: оформлять ли ему прямой договор или соглашаться на участие во взаимоотношениях посредника? Решение об этом должно приниматься с учетом следующих обстоятельств.

Для организации-изготовителя более выгодна продажа товара оптовому посреднику, а не напрямую потребителю. Привлечение посредника снимает с изготовителя основные обязанности, связанные с реализацией товара. Целый комплекс трудоемких и сложных операций перелагается на посреднические звенья. Нередко оптовые организации создают на предприятиях свои участки и службы, принимающие товар прямо из цехов и занимающиеся его отгрузкой покупателям. Изготовитель получает значительный выигрыш, снимая с себя задачу поиска покупателей, подбора ассортиментных партий товара, отгрузок по множеству адресов.

Кроме того, убыстряются расчеты за товар, поскольку посредник оплачивает сразу стоимость всего переданного ему товара. Это быстрее и надежнее, чем собирать деньги от множества мелких покупателей.

Важно учитывать также следующее. Посреднические организации сами не используют товар, они отдалены от потребителей. Поэтому в России посредники сейчас менее требовательны в вопросах ассортимента, качества, сроков отгрузки и других моментов. Конечные получатели, в том числе розничные торговые организации, гораздо внимательнее и придирчивее относятся к определению таких условий, что увеличивает для изготовителей объемы работы и связанные с этим затраты, поскольку все согласованные с потребителями условия подлежат выполнению.

Таким образом, установление связей с торговыми посредниками дает выгоды изготовителю. Однако все они могут быть сняты тем, что цена оптовой продажи всегда ниже той, которую уплачивает конечный получатель. В печати можно встретить данные о том, что размер посреднических наценок сейчас составляет от 22 до 32 процентов. Однако нередко отмечаются факты, когда посредники продают скупленный товар намного дороже.

Поэтому важно просчитывать, соотносить размер предоставляемой посреднику скидки с цены с величиной тех затрат, которые окажется вынужден нести сам изготовитель, если будет реализовывать свой товар непосредственно потребителям. Только такой расчет и должен служить основой для выбора изготовителем структуры реализационных связей.

Для потребителей в обстановке слабой конкуренции, сохраняющегося монопольного положения изготовителей и посредников возможности выбора структуры связей существенно ограничены.

По мере развития рыночных отношений проблема выбора структуры связей встанет и перед потребителями. Для них решение вопроса о том, покупать ли товар у изготовителя либо у оптового посредника, также не может быть одинаковым. Выбор структуры связей должен осуществляться с учетом тех преимуществ, которые дает первый или второй вид связей.

Заключение договора с оптовым посредником предполагает два варианта отгрузки товара:

1) транзитная отгрузка, когда товар по указанию посредника отправляется изготовителем сразу в адрес потребителя.

Отгрузка будет носить транзитный характер и в тех случаях, когда в соответствии с договором покупатель выдает поставщику отгрузочную разнарядку. В ней указываются адреса непосредственных получателей, количество, ассортимент, сроки отгрузки им товара.

Отправка товара получателям согласно отгрузочной разнарядке представляет собой исполнение, произведенное для покупателя. Данный порядок следует отличать от исполнения в пользу третьих лиц. Получатели товара не могут заявлять самостоятельных требований к отправителю, соответственно последний не обязан учитывать их интересы при исполнении договора, заключенного с покупателем;

2) складская отгрузка. При ней товар доставляется от изготовителя сначала на склад посредника и уже затем переотправляется потребителю.

Транзитная отгрузка не дает потребителю никаких выгод. Более того, приходится платить наценку посреднику, хотя товар грузится в адрес потребителя непосредственно изготовителем. Размеры посреднических наценок в стране весьма ощутимы для покупателей, превышают существующие за рубежом. Так что транзитные отгрузки - это тот случай, когда для потребителя действует принцип "выталкивания" посредника и перехода на прямые связи с изготовителем.

Положения о поставках продукции и товаров предусматривали право покупателя на установление прямых договорных связей с изготовителем и исключение посредников. В настоящее время интересам общества в целом соответствует линия на сокращение числа излишних посреднических организаций, лишь удорожающих и замедляющих движение товарных потоков. Поэтому соответствующее право организаций-покупателей следовало бы вновь закрепить в законе.

При складском режиме поставок потребителю следует выяснять, какие преимущества дает ему участие посредника. Преимущество, прежде всего, может состоять в том, что у потребителя отпадает необходимость создавать запасы соответствующего товара. Не нужно арендовать складские помещения, уменьшаются расходы на хранение. По мере возникновения потребности можно оперативно получить нужное количество ресурсов со склада оптовой организации. Важно лишь точно знать, способен ли посредник поддерживать постоянный запас для удовлетворения текущих запросов потребителей. Если такой гарантии нет, то запас придется создавать самому потребителю, приобретая ресурсы непосредственно у изготовителя.

Для потребителей представляют интерес дополнительные услуги, которые посредник способен оказывать, осуществляя работу с товаром. Таковы, например:

1) подборка ассортиментных групп товара, т.е., по терминологии коммерсантов, превращение производственного ассортимента в торговый; составление комплектов изделий, производимых разными изготовителями. Сами производители не в состоянии оказывать такие услуги;

2) предпроизводственная подготовка материалов, раскрой, изгиб, нарезка по необходимым размерам согласно заказам покупателей;

3) упаковка и расфасовка товара в количествах, удобных для пользователей. Пока расфасовка значительной части отечественных продовольственных товаров осуществляется в организациях розничной торговли в не приспособленных для этого помещениях либо у прилавка продавцом. Это в 10-12 раз дороже, чем фасовать механизированным способом у изготовителя или на складе оптовой организации.

Имеется множество других услуг, которые способны оказывать оптовые организации. Нередко только через посредников, из создаваемых ими складских запасов, можно приобретать малые количества изделий, получать запчасти для снятых с производства машин и оборудования. Для изготовителей осуществлять отгрузки мелких партий или сохранять производство деталей к старым видам технических изделий крайне невыгодно. В то же время согласно ст. 6 Закона РФ "О защите прав потребителей" изготовители обязаны в течение 10 лет после снятия технических изделий с производства продолжать выпуск запчастей к ним. Данную проблему можно решить на основании договоров с оптовыми организациями о хранении у них запаса запасных частей к таким товарам.

Конкуренция будет заставлять оптовые организации бороться за место на рынке. Пока в такой борьбе слабо используются возможности расширения видов услуг, предоставляемых потребителям. Организации оптовой торговли используют свои складские площади всего наполовину, остальное сдают в аренду под гаражи и пр., хотя площади могли бы использоваться для операций с товаром.

3. Имеется немало видов отношений, где структура договорных связей по реализации товаров отличается значительным своеобразием.

Так, существенными особенностями характеризуется структура связей по поставкам для государственных нужд. Согласно установленному порядку организации, определяемые Правительством РФ, а в регионах - органами исполнительной власти, получают право выступать в качестве заказчиков. Они на конкурсной основе производят отбор поставщиков соответствующих ресурсов. На основании подписанного заказчиком и поставщиком государственного контракта между сторонами возникает обязательство по поставкам для государственных нужд. Эта схема применяется, когда заказчиками выступают организации, сами использующие товар, например, унитарные или казенные предприятия.

В тех случаях, когда товар закупается для других лиц, ст. 531 ГК РФ предусматривает выдачу заказчиком, заключившим контракт, отгрузочной разнарядки поставщику. Товар отгружается согласно разнарядке в адреса получателей, но стоимость товара оплачивается заказчиком, которому выделены средства из соответствующего бюджета.

Наряду с этим ст. 529 ГК РФ предусматривает более сложную - двухуровневую структуру связей. В заключенном контракте может быть установлено, что поставка будет производиться не самому заказчику, а определяемому заказчиком покупателю. В этом случае заказчик выдает поставщику и покупателю извещение о прикреплении покупателя к поставщику. В силу заключенного контракта и полученного от заказчика извещения о прикреплении поставщик обязан заключить с покупателем договор на поставку товаров для государственных нужд.

В указанных случаях первое обязательство оформляется государственным контрактом между заказчиком и поставщиком. Второе обязательство создают выдача заказчиком извещения о прикреплении покупателя к поставщику и заключение договора между покупателем и поставщиком. В результате возникают два различных обязательства, в которых совпадает только поставщик. При помощи такой схемы создается ресурсное обеспечение соответствующей государственной программы.

Заказчик сам определяет более предпочтительную структуру договорных связей. При этом он исходит из целей сохранения за собой контроля за реальной поставкой необходимых ресурсов, выступает обязанной стороной по оплате их стоимости.

Могут применяться более сложные структуры связей. Таковы ситуации, когда контракт и основанный на нем договор на поставку заключают одни организации, а отгрузка товаров производится в адрес других лиц, не участвующих в договорных отношениях и лишь фактически использующих товары в хозяйственных целях. В этих случаях уже не заказчик, а покупатель по договору поставки для государственных нужд выдает поставщику отгрузочную разнарядку. Таким способом, к примеру, осуществляется поставка закупленных для государственных нужд продовольствия, медицинской продукции и иного имущества в войсковые части, организации МЧС и другим специальным потребителям.

Правильное, умелое формирование структуры связей важно для организации еще одного вида отношений, а именно поставок товаров из одного региона страны в другой. Межрегиональные торговые связи чрезвычайно значимы. Они способствуют улучшению снабжения населения, развитию конкуренции на товарных рынках. Они закрепляют и углубляют производственную кооперацию между регионами. Весьма актуально для России то, что такие связи создают центростремительные силы, экономически скрепляющие государство.

В ряде нормативных актов содержатся указания о необходимости развития межрегиональных связей, однако на деле такая работа почти не ведется. Нередко в печати встречается информация о том, что руководитель одной области заключил с руководителем другой области или республики договор о взаимных поставках товаров. Следует сознавать, что такие встречи и соглашения не влекут за собой реального осуществления поставок. Причина подобного положения состоит в неразработанности механизма установления межрегиональных договорно-хозяйственных связей.

В настоящее время производственные и торговые организации в основном перешли в частную собственность. Поэтому для налаживания торговых связей органы исполнительной власти региона предварительно должны на своей территории найти потенциальных продавцов, выяснить возможные объемы продаж и приемлемые уровни цен, условиться о согласии отгружать товары в другой регион. Со своей стороны, администрация потребляющего региона обязана выяснить, какие организации желают закупить соответствующие товары, в каких количествах и по каким предельным ценам.

Лишь после этого могут заключаться межрегиональные соглашения. К соглашениям должны прилагаться протоколы, содержащие сведения о конкретных продавцах и покупателях товаров, объемах продаж. После этого должно быть оказано содействие заключению договоров между продавцами и покупателями, осуществлено необходимое стимулирование, в частности путем предоставления кредитов или гарантий оплаты товара. Должен осуществляться контроль за реальным выполнением поставок по межрегиональным соглашениям.

Лишь при таком порядке становится возможным установление товаропотоков между разными регионами. Налаживание межрегиональных поставок - это совершенно новое дело для органов исполнительной власти. Указанные проблемы пока не разработаны правовой наукой и не урегулированы в законодательстве.

Важно в связи со сказанным учитывать следующее. Работа юриста в современных условиях требует овладения новыми знаниями, в частности умением разработки оптимальных структур договорных связей. Предпринимателям на практике все чаще приходится заниматься конструированием договорных и финансовых схем, причем достаточно сложных и разветвленных. Без этого невозможно решать серьезные хозяйственные задачи. Юридические службы призваны оказывать необходимую правовую помощь в указанных вопросах.

Ведение подобной работы требует особой подготовки. Здесь приходится использовать специальный понятийный аппарат и программные средства. Существующий правовой словарь (сделки, юридические факты, правоотношения и т.п.) для этого совершенно непригоден. Однако для решения указанных задач требуется большая научная работа, составляющая одно из направлений теории коммерческого права.

# Дополнительная литература

1. Андреева Л.В. Коммерческое право России: Проблемы правового регулирования. М., 4004.

2. Коммерческое (торговое) право: Учебник/Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. М., 2002.

3. Осипова Л.В., Синяева И.М.  Основы коммерческой деятельности: Учебник для вузов. М., 1997.

# Глава 11. Выработка условий торговых договоров

1. Оценивая значение договоров, известный американский юрист Р. Паунд пишет, что "богатство в коммерческий век вырастает преимущественно из договоров". В этих словах выражается признание ведущей роли договора как правового средства организации взаимосвязанной деятельности субъектов, в том числе при реализации товаров.

Особо важный вопрос коммерческой работы - выработка условий основных торговых договоров: оптовой купли-продажи, поставки и др. В юридической литературе можно найти пояснение положений закона об условиях договоров, различные классификации этих условий. Однако сегодня нужно знание более высокого уровня. Требуются не комментарии к закону, а методики, указывающие основания и порядок выработки содержания договоров в конкретных обстоятельствах. Речь идет о том, как в зависимости от возможностей, условий деятельности и интересов сторон должны строиться основные пункты договора.

Для ведения такой работы требуются новые подходы к праву, а также специальная подготовка, овладение техникой договорной работы, умением проектирования договоров, что гораздо сложнее, чем традиционное толкование норм. Российские ученые-юристы одними из первых стали осваивать эти важные для хозяйственной жизни направления. Первые публикации по технике договорной работы, методике формирования условий договоров появились уже лет 25-30 назад. Здесь можно назвать труды Д.Н. Сафиуллина, С.А. Хохлова и других авторов.

Для ведения договорной работы следует, прежде всего, установить соотношение нормативных актов и усмотрения сторон в определении содержания договоров.

В любом договоре можно выделить два вида условий: прямые (вырабатываемые самими сторонами) и подразумеваемые. Подразумеваемые условия входят в договор из закона, иных правовых актов и обычаев делового оборота. Подразумеваемые условия не записываются в текст договора, ибо они и так обязательны для сторон. Они становятся обязательными для участников договора в силу самого факта заключения договора. Обязательными всегда являются относящиеся к данному виду договора императивные положения закона и иных правовых актов. Такими являются и диспозитивные правила, если стороны намеренно или по недосмотру не выработали собственную формулировку соответствующего условия.

Однако более важна вторая группа условий - прямые, которые вырабатываются самими сторонами. Закон оказывает влияние на их формирование, но это влияние уже совсем иного рода. Можно назвать следующие способы воздействия закона на усмотрение договорных контрагентов при выработке таких условий.

Во-первых, закон содержит общедозволительные положения. Они позволяют сторонам заключать договоры, вообще не предусмотренные законом; разрешают включать в договоры по своему усмотрению любые условия, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия определено законом или иными правовыми актами. Методом регулирования коммерческого права, как и гражданского, является дозволительность.

Во-вторых, закон может предписывать сторонам выработать определенные условия, не касаясь их содержания. Это может выглядеть как требование о наличии в договоре условия о предмете, сроках и других существенных условий. Имеется немало указаний правовых актов о необходимости решения соответствующих вопросов в договоре. Подобные нормы уполномочивают субъектов на самостоятельную выработку содержания договорных пунктов. Такие нормы можно назвать управомочивающими.

Закон нередко (и это специфика частного права) предусматривает договорные условия в диспозитивном виде. Стороны могут выработать любую формулировку такого условия, но если они этого не сделали, то будет действовать условие, содержащееся в диспозитивной норме.

Наконец, многие правовые нормы рассчитаны на конкретизацию их содержания. В правовых актах даются предельно общие правила, которые зачастую должны "развертываться", подгоняться сторонами под конкретные условия их деятельности.

Имеются и другие способы воздействия законодательства на определение субъектами содержания заключаемых договоров.

Нельзя обойти такой вопрос, как соотношение стандартизированных (типовых) текстов и индивидуально вырабатываемых договоров. Порой высказываются утверждения, что на Западе работают в основном по стандартизированным проформам договоров; существует множество таких проформ договоров, разработанных промышленными и торговыми ассоциациями.

Конечно, когда купля-продажа осуществляется в типовом режиме, например, при биржевых операциях или при регулярной продаже производителем или крупной оптовой организацией своих товаров, то приходится использовать стандартизированные тексты. Применение шаблонных проформ договоров вполне допустимо, когда речь идет о продаже незначительных количеств товара и в отношениях сторон нет существенных особенностей.

Однако в нашей договорной практике, к сожалению, дело обстоит совершенно иначе. Если на Западе используются сотни договорных проформ, которые разработаны для реализации конкретных видов товаров, то российские фирмы нередко по имеющемуся у них общему образцу договора реализуют любые товары. Точно так же в издаваемых брошюрах с образцами договоров предлагается один общий текст для каждого вида договоров.

Если составлять договор, руководствуясь текстом закона, комментариями к нему либо взяв за основу общий образец, то в таком договоре всегда будет отсутствовать главное: согласованность содержания договора с конкретными условиями деятельности субъектов, их реальными возможностями и хозяйственными интересами. Исполнение подобного договора всегда будет сопряжено с трудностями, излишними затратами.

Поэтому необходимо использовать другой способ работы. Каждое включаемое в договор условие должно вырабатываться индивидуальным образом, с тем чтобы максимально учитывать конкретные возможности и интересы контрагентов, обеспечивать достижение необходимого им результата. В этом состоит основной смысл техники договорной работы, в этом же заключается важное правило коммерческого права.

Оптимальное определение условий договоров предполагает привлечение к их выработке наиболее квалифицированных специалистов фирмы по соответствующим вопросам. Согласование с другой стороной приемлемых формулировок производится в ходе преддоговорных контактов. Когда проведение переговоров представляется неоправданным из-за значительных затрат, стороны могут достичь необходимого результата путем переписки, излагая возможные формулировки соответствующих пунктов и основания, по которым не могут быть приняты требования контрагента.

2. Для торговых договоров, как и любых других, существенным является условие о предмете. В российском законодательстве содержание предмета купли-продажи впервые предусмотрено ст. 455 ГК РФ. Условие о предмете считается согласованным, если из него можно определить наименование и количество товара. Итак, предмет реализационных договоров выражается через наименование товара и через его количество.

На практике приходится сталкиваться с затруднениями, когда указанное в договоре наименование нечетко или неполно обозначает предмет сделки. Так, стороны нередко используют обобщенные, видовые понятия, например, "нефтепродукты", "кондитерские изделия". Это серьезный дефект договора, поскольку такого наименования явно недостаточно для исполнения обязательства. В подобных случаях возникает необходимость дополнительно учитывать сведения об ассортименте или о качестве товара. Они позволяют уточнить, конкретизировать предмет.

В отношении количества коммерческая практика признает допустимым как конкретное указание числа единиц, метров или массы товара, так и установление в договоре не собственно количества, а порядка определения количества товара. Например, стороны указывают, что продавец обязуется передать количество сахара, которое удастся закупить на полученные от покупателя деньги по цене, которая сложится на момент закупки. Возможность подобного косвенного определения количества закреплена в ст. 465 ГК РФ, а для внешнеторговых контактов - в п. 14 Венской конвенции 1980 г.

В торговых отношениях часто встречается примерное определение количества товара путем указания минимального и максимального пределов. Разновидностью установления верхнего и нижнего пределов являются предусматриваемые допустимые отклонения. Они устанавливаются при массовых поставках товаров и предполагают, что договор выполнен надлежащим образом, если отступление не превышает допустимого процента. Согласно обычаям международной торговли, если количество товара указано со словами "около" или "приблизительно", то допустимая разница при поставке может составлять плюс-минус 10 процентов.

Вместе с тем нельзя определять один, только высший или только низший, предел либо указывать количество со словами "до" или "не более такого-то размера". Такие слова могут быть истолкованы как любое количество не свыше или не ниже указанного в договоре.

Количество продаваемого товара может дробиться на отдельные партии с отгрузкой в частные сроки (сроки для отгрузки частей от общего количества). Когда в договоре определены партии, то они также рассматриваются как предмет, но уже для соответствующего периода. Понятие партии товара как количества, подлежащего поставке в частный срок, появилось в российском законодательстве лишь в последние годы. Раньше такого термина вообще не существовало, что создавало известные затруднения. Это также свидетельствует о значительном отставании в разработке повседневно необходимых понятий отечественного торгового права.

Размеры отдельных партий могут быть одинаковыми, однако могут определяться в несовпадающих количествах. Необходимость различного размера партий может диктоваться неодинаковым спросом на товар в разных сезонах, колебаниями объемов производства в течение года в связи с остановкой оборудования на профилактический ремонт или массовыми летними отпусками рабочих. Указанные обстоятельства надлежит учитывать на стадии заключения договора.

При реализации товаров с ограниченными сроками годности, прежде всего скоропортящихся товаров, приходится использовать сложные конструкции условия о количестве. В договоре согласовывается минимальный объем поставок на год с распределением по месяцам. При этом предусматривается, что отгрузка производится в соответствии с заявками покупателя (получателей): суточными, пятидневными или иными. Общее количество поставленного товара подсчитывается по окончании месяца. Такой порядок позволяет планировать необходимый минимум производства и продаж и вместе с тем оперативно изменять количество с учетом колебаний спроса. Так определяется количество отгружаемых организациям розничной торговли молочных, хлебобулочных, мясных, рыбных и иных подобных товаров.

Непосредственно с предметом связан такой показатель, как ассортимент (или, что одно и то же, - номенклатура) товаров. Принято различать групповой и развернутый ассортимент. Групповой ассортимент обозначает в укрупненных показателях виды товара: обувь мужская, автомобили легковые. Под развернутым ассортиментом понимаются конкретные марки, модели, рецепты, фасоны, размеры товара. Изделие может переводиться в самостоятельную ассортиментную позицию в результате указания сторонами в договоре любого признака, выделяющего товар из товаров данного вида. Это может быть показатель, касающийся цвета, рисунка, порядка упаковки, расфасовки и т.п. При большом числе ассортиментных позиций они указываются в спецификации, оформляемой как часть договора.

Если изделие выделено в отдельную ассортиментную позицию, то покупатель заинтересован в передаче ему именно такого товара. Статья 512 ГК РФ предусматривает, что в поставочных отношениях замена изделий одного ассортимента другими допускается с предварительного письменного согласия покупателя, даваемого до отгрузки заменяющего товара. При несоблюдении этого правила поставщик несет ответственность за неисполнение обязательства, даже если покупатель принял и оплатил товар другого ассортимента.

Для договора купли-продажи ст. 468 ГК РФ иначе решает вопросы изменения ассортимента. (Это одно из многочисленных и ничем не обусловленных расхождений общих положений о купле-продаже и норм о поставке, создающих "специфику" договора поставки). Согласно названной норме покупатель вправе отказаться от принятия доставленных продавцом товаров незаказанного ассортимента и потребовать их замены. Однако если покупатель в разумный срок не сообщит об отказе от товаров ненадлежащего ассортимента, то он не может требовать их замены и договор признается выполненным. Такой порядок сопряжен с большим риском для продавца, поэтому целесообразно по аналогии предусматривать в договорах процедуру изменения ассортимента, установленную для отношений по поставкам.

При колебаниях спроса и сложности установления ассортимента на длительные сроки возможно определение ассортимента лишь на ближайшие периоды: квартал или полугодие. В таких случаях, в особенности при заключении договоров на несколько лет, в них следует определять порядок согласования ассортимента на каждый отдельный период. Важно конкретно указывать, кто и в какие сроки высылает проект спецификации на следующие периоды, в какой срок могут заявляться разногласия и как они урегулируются. Когда договор определяет ассортимент на год или на ряд лет, то в нем может предусматриваться противоположное условие, а именно право покупателя уточнять согласованный ассортимент, например, внося предложение об этом за 30 дней до начала каждого квартала.

В торговых договорах могут и должны предусматриваться обязанности продавцов по расширению ассортимента, освоению выпуска новых видов товаров, более привлекательных по своим свойствам. Договор - единственное правовое средство решения задачи удовлетворения ассортиментных запросов потребителей. Ведущая роль договора в удовлетворении ассортиментных запросов общества пока слабо осознана нашими управленцами и правовой наукой. В законодательных актах, цивилистических трудах не найти рекомендаций об использовании возможностей договора для расширения и обновления ассортимента приобретаемых товаров.

В обстановке приниженной роли договора в стране весь советский период происходило свертывание, оскудение ассортимента товаров. В настоящее время процесс расширения ассортимента российских товаров идет крайне медленно. Сохраняется дефицит, нехватка многих видов изделий, хотя, по данным статистики, производственные мощности загружены лишь наполовину.

Движущей силой в данном деле должны стать требования оптовых и розничных торговых организаций, других потребителей к производителям при заключении договоров. Промышленность сама в условиях монополизма и слабой конкуренции улучшать ассортимент не начнет. Это подтверждает зарубежная и отечественная практика. Лишь когда в массе договоров начнут предусматриваться условия о последовательном расширении и обновлении ассортимента, только тогда дело изменится к лучшему.

Включение в договор условий об изменении ассортимента нередко требует от производителей инвестиций, финансовых затрат на закупку оборудования и материалов, разработку и освоение новых технологий. Для того чтобы быть уверенным в возмещении ему таких затрат, поставщик должен добиваться точного определения в договоре того, какие конкретно новые изделия, в каких количествах и начиная с какого периода должны будут поставляться покупателю.

С предметом договора тесно связано условие о сроках. Следует, прежде всего, различать срок действия договора и срок передачи или отгрузки товара. По сроку действия различают краткосрочные, среднесрочные (от года до пяти лет) и долгосрочные (пять и более лет) договоры.

В отношении сроков передачи (отгрузки) товара законодательство о купле-продаже не требует их указания в договоре. Такое совершенно неприемлемо для торговых отношений.

Срок передачи или отгрузки, которая приравнивается к передаче, может определяться конкретной датой или указанием периода, в котором должен быть отгружен товар. При регулярном характере отгрузок наряду с общим сроком поставки в договоре устанавливаются частные сроки, т.е. периоды для отгрузок отдельными частями (партиями). Если договор предусматривает поставку отдельными партиями, но сами периоды поставки не определены, то согласно ст. 508 ГК РФ товары должны поставляться равными партиями помесячно.

Установление частных сроков актуально для любых видов реализационных договоров: поставки, оптовой купли-продажи, поставки для государственных нужд, контрактации. ГК РФ урегулировал эти вопросы только для отношений по поставкам. Поэтому при заключении других видов реализационных договоров самим сторонам следует предусматривать в них частные сроки отгрузок и размеры отдельных партий. Установление в договорах частных сроков оказывает серьезное упорядочивающее воздействие на производственную и торговую деятельность субъектов.

При выработке условий о сроках следует учитывать такие факторы, как длительность цикла производства изделий, продолжительность транспортировки, наличие у продавца и покупателя складских площадей для хранения готового товара и др. Исходя из них в договорах указываются соответствующие по продолжительности частные сроки (7-дневные, 10-дневные и иные), причем такая периодичность должна быть обоснованной в экономическом и других отношениях, базироваться на тщательных расчетах.

Условие о частных сроках требует его увязки с ассортиментом и количеством. Изготовление изделий в широком ассортименте связано с частыми переналадками оборудования. Остановки для переналадки уменьшают выход готовой продукции. Поэтому для совмещения ассортиментных запросов потребителей с задачей сохранения объемов производства используются сложные конструкции условий о сроках. Так, применяются двойные сроки: по общим объемам поставки (они более короткие) и по развернутому ассортименту - более продолжительные.

Для этого в договорах предусматривается, например, что поставщик обязан отгружать товар в 5-дневные сроки в количествах, составляющих 1/6 стоимости месячной партии товара. Одновременно устанавливается, что в пределах месячного срока поставщик обязан поставить товар всего согласованного ассортимента. Подобный порядок позволяет производителю значительно сократить число переналадок и потери от остановок оборудования.

На определение сроков влияет и продолжительность транспортировки. По закону обязательство считается исполненным своевременно, если товар сдан перевозчику для доставки покупателю в последний день срока. Однако требуется еще время на транспортировку, которое может быть достаточно продолжительным. Поэтому если покупатель предусмотрел поставку товаров в январе, то поставщик может отгрузить товар 31 января, и его действия будут правомерными, хотя товар поступит к получателю через полмесяца или через месяц.

Для обеспечения заблаговременного получения товара стороны нередко предусматривают дискретные сроки, например месячные, но с обязанностью отгрузки товара до 10-го или 15-го числа каждого месяца. Такой режим не ухудшает положения продавца. Он располагает тем же месячным объемом времени для изготовления и отправки каждой партии, изменяется лишь порядок исчисления месяца. Зато покупатель приобретает возможность в пределах этого же месяца получить товар и использовать его в хозяйственных целях.

Досрочная отгрузка товара согласно ст. 457 и 508 ГК РФ допускается лишь с согласия покупателя. Поставщики стремятся включать в договоры условие о праве досрочной отгрузки, поскольку это расширяет возможности для операций с товарами. Покупателям целесообразно ограничивать право досрочной отгрузки определенными объемами, например, полумесячными или до полной загрузки транспортного средства. В обмен на возможность досрочной отгрузки покупателю следует добиваться ответных льгот для себя в определении других условий договора. Определение условий договоров в коммерческой практике обычно является результатом выторговывания взаимных льгот и преимуществ.

В договорах применяются и иные конструкции условий о сроках. Предпосылками их выработки служат не нормы закона, поскольку закон не регулирует всего многообразия возможных решений. Субъекты сами осуществляют юридико-конструктивную работу, основываясь на анализе условий деятельности, своих возможностей и интересов.

В качестве самостоятельного условия, определяющего частоту передачи товара, помимо сроков могут устанавливаться графики отгрузки или завоза товара. Графики представляют собой календарное расписание с указанием дней отгрузки (завоза). Они могут предусматриваться как часовые и даже минутные, в частности при завозе продуктов в школьные столовые, полуфабрикатов в магазины, товаров по торговым точкам.

Установление графиков резко упорядочивает процесс доставки товаров, сокращает простои транспортных средств под выгрузкой, дает значительную экономию средств как для каждой отдельной организации, так и для общества в целом. Однако их выполнение требует высокой дисциплины и согласованности действий исполнителей. Широкое овладение навыками выработки в договорах и соблюдения графиков - это общехозяйственная, национальная проблема. Пока основная масса отечественных предпринимателей не умеет воспринимать свою деятельность в графиках, в организованных периодах.

Сроки поставки и графики отгрузки - это разные условия договора. Так, частные сроки могут быть соблюдены, а все графики сорваны. Поэтому за нарушение графиков должна предусматриваться отдельная ответственность. Доказать убытки от таких нарушений весьма сложно. Поэтому более пригодно установление в договоре штрафов, причем достаточно высоких, за несоблюдение графиков.

Важно определять в договоре порядок действий в случаях нарушения продавцом сроков передачи товара. Закон урегулировал эти вопросы лишь в отношении договоров поставки. Согласно ст. 511 ГК РФ количество товара, недопоставленное в одном частном периоде, подлежит восполнению в следующем периоде в пределах срока действия договора. Восполнение должно производиться в согласованном ассортименте, а если он не определен, то в том ассортименте, который не был поставлен в срок. Следует по аналогии определять эти условия также в других видах реализационных договоров.

Покупатель вправе отказаться от товара, поставка которого просрочена. Статья 511 ГК РФ устанавливает, что об отказе он обязан известить поставщика. Товар, который отгружен до получения поставщиком отказа, должен быть принят и оплачен покупателем. Во избежание затруднений с использованием несвоевременно отгружаемого товара важно контролировать выполнение договоров и оперативно заявлять отказ от товара, поставка которого просрочена и в котором отпала потребность. Это актуальные вопросы, особенно в отношении сезонных и иных товаров, спрос на которые колеблется.

В договорах купли-продажи ст. 457 ГК РФ устанавливает более практичный порядок. Продавец вправе отгружать товар, передача которого просрочена, только получив на это согласие покупателя. Подобное условие целесообразно предусматривать также в договорах поставки и в других реализационных договорах, особенно по сезонным и скоропортящимся товарам. В этом случае поставщиком сначала должно быть получено согласие покупателя и лишь в соответствии с ним производиться восполнение недопоставки.

Для реализационных договоров важно определение порядка доставки и места сдачи товара. В силу ст. 458 ГК РФ товар по договору купли-продажи может быть передан, т.е. вручен покупателю в месте нахождения покупателя либо в месте нахождения товара. Когда договором купли-продажи не предусмотрена передача товара, то обязательство считается исполненным с момента сдачи товара органу транспорта для доставки покупателю.

Что касается договоров поставки, то ст. 510 ГК РФ возлагает на поставщика обязанность доставки товара покупателю, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Право выбора вида транспорта принадлежит поставщику, если его вид не определен договором. Отсюда возникает необходимость согласовывать в договорах более экономичный для покупателя способ транспортировки.

Для контрагентов значимы вопросы распределения расходов по транспортировке. Действуют следующие традиции торгового оборота. Погрузка товара на транспортное средство производится продавцом и за его счет, если иное не установлено договором. Выгрузка поступившего товара осуществляется средствами и за счет получателя.

Сами транспортные расходы определяются согласно договору. Транспортные расходы непосредственно связаны с ценой товара и потому нередко включаются в состав его цены. С учетом этого различают вид франко-цены. Франкировка представляет собой определение цены товара в ее соотношении с расходами по перевозке. Чаще всего применяют два следующих вида: франко-цена - станция (порт) отправления и франко-цена - станция (порт) назначения. В первом случае в цену товара не включаются транспортные расходы, и их возмещение производится отдельно, во втором - в цену товара заранее закладываются усредненные расходы по перевозке. Оплачивая товар, покупатель одновременно в его цене возмещает продавцу понесенные последним затраты по перевозке.

Таким образом, транспортные расходы всегда ложатся на покупателя. Вопрос лишь в том, закладываются ли эти расходы заранее в цену товара либо оплачиваются отдельно от стоимости товара.

Изданные Международной торговой палатой Правила ИНКОТЕРМС, которые все чаще по инициативе сторон применяются во внутреннем торговом обороте, детально регулируют вопросы франкировки. Они предусматривают наряду с названными моделями и другие способы распределения расходов по основной и по дополнительной перевозке товара.

Проблема доставки товаров является одной из наиболее острых для изготовителей и оптовых организаций, которые стремятся выйти на широкий рынок, причем основные сложности связаны не со стоимостью перевозки, а с обеспечением сохранности товара в пути. Оптимальный вариант - перевозка товара автотранспортом по схеме "от двери до двери", т.е. доставка непосредственно на склад покупателя. Пока немногие продавцы готовы предложить покупателям такую возможность. Здесь используется несколько решений. Перед покупателем выдвигается требование, чтобы купленная партия была равна полному контейнеру или норме загрузки крытого автомобиля, поскольку в этом случае шоферу легче обеспечить сохранность груза.

При перевозках по железной дороге снижен контроль за целостностью груза, и потому нередки недостачи или порча товара. Попытки страховать груз позволяют компенсировать его стоимость по цене покупки, но не возмещают покупателю неполученные доходы. Поэтому, хотя перевозки автотранспортом обходятся дороже, покупатели идут на эти издержки. Лишь при перевозках массовых сырьевых и производственных грузов (древесина, металл, стройматериалы и т.п.) выгодным становится использование железнодорожного и речного транспорта.

При выработке условий о порядке доставки необходимо предусматривать меры, направленные на обеспечение сохранности товара. Таково включение требований об использовании отправителем средств пакетирования, крепления, укрытия груза. Средства пакетирования - это тканевые и проволочные сетки, грузовые пакеты, специализированные контейнеры, поддоны и др. Они не только затрудняют хищения, но и значительно ускоряют и удешевляют погрузку и выгрузку. При отправке в малогабаритных контейнерах следует предусматривать необходимость их погрузки на платформе или в кузове автомобиля дверцами внутрь друг к другу. Имеется множество других приемов, позволяющих повысить сохранность товара при перевозке. Все эти вопросы могут решаться исключительно на основе договоров и должны предусматриваться в них.

При массовых отправках товара следует определять в договоре частоту отгрузок, например, не более одного-двух вагонов или автомобилей в день, неделю, декаду. Необходимо устанавливать предельные размеры, т.е. количество одновременно отгружаемых партий товара, чтобы не столкнуться с проблемой выгрузки целых эшелонов. Предельные размеры одновременно отгружаемых партий могут указываться и при доставке автомобильным транспортом, что крайне актуально в отношении скоропортящихся товаров (полуфабрикаты, фрукты, зелень и т.п.).

Важно предусматривать обязанность продавца телеграммой или по телефону заблаговременно уведомлять получателей об отправке им товара. Подача уведомлений позволяет заранее подготовиться к приему товара, ускорить выгрузку, уменьшить потери. Этому же способствует установление графиков доставки. Если предусмотренная договором обязанность уведомления не выполнена продавцом, то на него можно отнести понесенные убытки. Вместе с тем более удобно установление в договорах ответственности в виде штрафа за такие нарушения.

По соглашению между сторонами обязанность вывоза товара может возлагаться на покупателя; такой порядок называется самовывозом. Вывоз осуществляется собственным транспортом покупателя или заказанным транспортом. Самовывоз иногда дополняется условием о выборке товара, т.е. праве отбора покупателем на складе продавца товаров в желаемом ассортименте. Подобный порядок расширяет для покупателя возможность выбора более интересных для него товаров.

Условие о самовывозе требует дополнительных организационных мер. Так, в договорах должны предусматриваться конкретные дни прибытия за товаром. Может устанавливаться обязанность продавца извещать покупателя в определенный срок (за 2-3 дня) о готовности товара для вывоза. Одновременно должна вводиться ответственность продавца за непредставление товара к сдаче либо за невыборку его покупателем. Это - самостоятельные нарушения договора, требующие установления отдельной штрафной ответственности.

Одновременно с определением порядка доставки в договоре могут решаться вопросы перехода права собственности на товар. Факт сдачи товара перевозчику для доставки его покупателю по общему правилу влечет переход права собственности от продавца к покупателю. Вместе с тем в договоре по-иному может быть определен момент перехода права собственности. Во внешнеторговой и зарубежной практике широко используется такой прием, как резервирование продавцом права собственности до момента оплаты покупателем стоимости товара. В этом случае продавец сохраняет возможность распорядиться находящимся в пути или у покупателя товаром, поскольку покупатель еще не приобрел на него права собственности.

Возможны и другие решения данного вопроса. Так, в силу ст. 491 ГК РФ до момента оплаты покупатель не вправе распоряжаться товаром или отчуждать его, если иное не предусмотрено договором или не вытекает из свойств товара. Здесь право собственности признается перешедшим к покупателю, но он лишен правомочия распоряжения товаром. Подобное условие может конкретизироваться в любом реализационном договоре.

Одновременно стороны определяют следующее. Согласно ст. 459 ГК РФ риск случайной гибели или повреждения товара переходит на покупателя с момента исполнения продавцом обязательства по передаче товара, а по товарам, проданным во время нахождения в пути, - с момента заключения договора. Эта норма детализирует общее правило ст. 213 ГК РФ об отнесении риска на собственника. Вместе с тем в договоре могут предусматриваться иные решения. Так, например, в интересах добросовестного покупателя, оплатившего в порядке предоплаты стоимость товара, целесообразно устанавливать, что продавец, получивший деньги за товар, несет риск его случайной утраты или порчи до момента фактического поступления товара к покупателю.

3. Одним из важнейших для реализационных договоров является условие о качестве продаваемых товаров. Под качеством принято понимать совокупность характеристик объекта, относящихся к его способности удовлетворять установленные или предполагаемые потребности.

Федеральный закон от 27.12.02 N 184-ФЗ "О техническом регулировании", принятый с учетом требований ВТО, кардинально изменил ранее существовавшую систему правового регулирования качества. Закон ввел ряд новых инструментов регламентации качества, а именно: техническое регулирование, технический регламент, международный стандарт, национальный стандарт, оценка соответствия, декларирование соответствия, знак обращения на рынке и др. Они требуют быстрейшего освоения и внедрения в коммерческую практику.

Закон предусматривает издание общих и специальных технических регламентов. Они принимаются международным договором России, федеральным законом, указом Президента РФ или постановлением Правительства РФ. Общие регламенты устанавливают обязательные для исполнения требования к объектам технического регулирования (продукции, в том числе зданиям, строениям, сооружениям, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации). Специальные технические регламенты устанавливают требования к отдельным видам продукции и процессам, в отношении которых недостаточно предписаний общих технических регламентов. Всего до 2007 года предусматривается издать 350-400 технических регламентов.

Предусмотрен отказ от централизованного определения качества товаров через множество (22 тыс.) ГОСТов и иных документов, детально регламентировавших требования к изделиям вплоть до их цвета и формы. Важнейшими принципами стандартизации названы добровольность применения стандартов и недопустимость их противоречия требованиям технических регламентов. Требования стандартов в отношении качества рассматриваются как минимальные. Они могут без ограничений дополняться в договорах более высокими показателями.

Видами стандартов, согласно ст. 13 Закона, являются национальные стандарты, общероссийские классификаторы технико-экономической и социальной информации и стандарты организаций. Закон допускает также возможность применения международных стандартов. Имеется более 12 тысяч таких стандартов, принятых Международной организацией по стандартизации (ИСО), категории ИСО 9000.

Проекты национальных стандартов могут разрабатываться любыми субъектами, которые вносят их на утверждение Федеральной службы по техническому регулированию и метрологии. Стандарты организаций разрабатываются и утверждаются самой организацией, заинтересованной в этом. Организация, разработавшая проект такого стандарта, может направить его на экспертизу в названную Федеральную службу, которая дает свое заключение по проекту.

Национальные стандарты и стандарты организаций применяются независимо от страны или места происхождения товара. Поэтому стандарты могут быть установлены на товары, приобретенные у других лиц либо закупленные по импорту и реализуемые в России. Данное правило означает также возможность применения одной организацией стандарта, разработанного и утвержденного другим субъектом. При этом лицо, применяющее стандарт, обязано указать, какой организацией утвержден стандарт, его название, номер и дату утверждения.

Другим инструментом регулирования качества, подлежащим применению в торговом обороте, является сертификация или, что одно и то же, - подтверждение соответствия качества заявленным требованиям. Изготовитель или продавец подтверждают путем сертификации соответствие своих товаров требованиям применяемых стандартов или условиям заключенных договоров. Итак, сертификация служит инструментом обеспечения соблюдения применяемых стандартов или показателей качества, указываемых продавцом в договоре.

Подтверждение соответствия качества заявленным требованиям бывает обязательным или добровольным. Сама процедура подтверждения может основываться: а) на проверке качества товара органом по сертификации или б) на подаваемой заявителем декларации о соответствии.

Перечень товаров, подлежащих обязательной сертификации, установленный постановлением Правительства РФ от 13.08.97 N 1013, предусматривал необходимость сертификации до 80% товаров потребительского назначения. Сейчас он значительно сокращен согласно постановлению Правительства РФ от 10.02.04 N 72. Обязательная сертификация проводится органом по сертификации с проверкой самих товаров, а в необходимых случаях - даже наличия у изготовителей возможности обеспечить устойчивый уровень качества. При прохождении сертификации лицу выдается сертификат соответствия.

Наряду с этим обязательное подтверждение соответствия товаров по перечню, утвержденному постановлением Правительства РФ от 07.07.99 N 766, осуществляется путем подачи заявителем декларации в орган по сертификации. К декларации прилагаются техническая документация, результаты исследований (испытаний) и измерений и другие доказательственные материалы. Оформленная по установленным правилам декларация подлежит регистрации Федеральной службой по техническому регулированию и метрологии. Зарегистрированная декларация служит документом, подтверждающим соответствие товара положениям стандартов или условиям договоров.

Добровольное сертифицирование производится по инициативе заявителя на основании договора с органом по сертификации. Коммерческая организация или объединение организаций могут создавать системы добровольной сертификации на целые группы товаров. Для подтверждения их соответствия организация или объединение направляют в орган по сертификации комплект необходимых документов. Эти документы подтверждают соответствие товара требованиям стандарта или условиям заключаемых договоров, а также наличие у заявителя возможности устойчивого обеспечения надлежащего качества товаров.

Орган по сертификации: 1) выдает заявителю сертификат соответствия на товар, прошедший добровольную сертификацию; 2) предоставляет заявителю право на применение знака соответствия, если это предусмотрено системой добровольной сертификации, в которую входит заявитель.

Товары, сертифицированные на соответствие национальному стандарту, могут маркироваться знаком соответствия национальному стандарту. Вид знака соответствия, предусматриваемого системой добровольной сертификации, определяется самой системой добровольной сертификации. Остальные товары, соответствие которых установленным требованиям подтверждено в порядке, установленном Федеральным законом "О техническом регулировании", маркируются знаком обращения на рынке. Указанный знак наносится в информационных целях, а его изображение устанавливается Правительством РФ.

Закупаемые по импорту товары, подлежащие обязательной сертификации, должны быть предварительно сертифицированы в России в общеустановленном порядке. Сейчас контроль за соответствием импортных товаров целям стандартизации крайне слаб. По данным печати, российский продовольственный рынок стал сегодня всемирной помойкой. В Россию практически бесконтрольно ввозятся продукты, запрещенные к употреблению в развитых странах. Причем ввозятся по бросовым ценам, из-за чего их охотно покупают недобросовестные торговцы, наживающие на этом огромные прибыли.

Как распределяются обязанности по обеспечению качеством между субъектами торгового оборота? По смыслу закона, изготовитель и оптовая организация - продавец несут ответственность за соответствие товара принятому стандарту или условиям договора, а также правильное использование сертификата соответствия, декларации о соответствии и знака соответствия или знака обращения на рынке. Оптовые и розничные торговые организации при продаже приобретенного товара отвечают за само наличие сертификата соответствия или декларации о соответствии и знака соответствия (знака обращения на рынке) на реализуемом товаре, когда сертификация обязательна либо когда ее добровольное проведение предусмотрено договором с продавцом.

Требования стандартов и способы подтверждения соответствия должны учитываться при заключении и исполнении торговых договоров. ГК РФ вообще не упоминает о стандартах и не предусматривает механизмы привязки стандартов к условиям договоров. В результате деятельность по стандартизации и договорная работа оказались оторваны друг от друга. В немалой степени по этой причине в последние годы контролирующими органами отмечается ухудшение качества российских товаров.

Какие приемы могут использоваться для привязки в договорах показателей качества товаров к требованиям стандартов. Можно назвать следующие основные способы такой работы:

1) если на товар имеется стандарт и стороны условились им руководствоваться, то в договоре должны быть указаны наименование, номер и дата утверждения этого стандарта. В договоре необходимо также указать наименование организации, утвердившей стандарт;

2) при отсутствии у покупателя текста стандарта следует предусматривать обязанность его высылки вместе с договором или в иной установленный срок, например в 10-дневный. Распространена ситуация, когда в договоре назван стандарт, а работники фирмы-покупателя его не имеют и не знают, что в нем предусмотрено. Стандарт необходим для того, чтобы проверять товар по всему перечню установленных в нем требований;

3) при согласии руководствоваться стандартом в договоре необходимо конкретно указывать марки, сортность, другие изменяющиеся характеристики, определение которых отнесено стандартом к усмотрению сторон. Для покупателя важно настаивать на поставке изделий лучших сортов и марок или с отдельными более высокими показателями качества;

4) в случае разработки стандарта в виде ступенчатого (порогового), предусматривающего несколько последовательно улучшающихся уровней качества, надлежит устанавливать в договоре сроки начала поставки изделий улучшенных модификаций;

5) должен быть конкретно определен порядок удостоверения продавцом соответствия товара установленным требованиям. Это может быть условие о высылке продавцом сертификата соответствия (декларации о соответствии), заверенного сертифицирующим органом, нотариусом или продавцом, а также об обязанности проставлять на каждом изделии знак соответствия или знак обращения на рынке.

ГК РФ не только не содержит упоминаний о стандарте, но даже не требует обязательного определения в договорах условия о качестве. Статья 469 ГК РФ устанавливает, что при отсутствии в договоре условия о качестве продавец обязан передать товар, пригодный для целей обычного использования такого товара. Подобный способ определения качества приемлем для стран с общей высокой культурой производства. Он непригоден для России, где пока низок уровень качества большинства товаров. Поэтому в каждом реализационном договоре следует определять качественные характеристики товара. Это может делаться путем отсылки к показателям соответствующего стандарта, а когда стандарт отсутствует - путем непосредственного определения требований к качеству в договоре.

Улучшение качества - одна из важнейших общегосударственных задач, определяющих положение нации в мире. Государство, которое не смогло наладить изготовление первосортных товаров, всегда будет оставаться обреченным на экономическую зависимость. По уровню качества большинства товаров мы значительно отстаем от развитых стран. Однако основная проблема в том, что сохраняющееся низкое качество наслаивается на правовую и организационную необеспеченность работы по его улучшению, на отсутствие конкуренции между товаропроизводителями.

В деле улучшения качества важно учитывать и использовать правовые возможности, регулятивный потенциал договора. Современной России требуется не просто поддержание качества на уровне стандартов, потому что отечественные стандарты в основном закрепляют низкие показатели качества, тогда как требуется последовательное улучшение качества большинства производимых товаров. Именно договору, а не системе стандартизации, которая в отрыве от договоров малопригодна для этого, принадлежит ведущая роль в решении данной задачи.

Как же использовать договор для содействия улучшению качества?

Важно прежде всего определять в договоре конкретные показатели качества, не оставлять их неурегулированными, на что совершенно неосновательно ориентирует ГК РФ. Как свидетельствует практика, целесообразно выделять условие о качестве товара в виде самостоятельного раздела договора.

Для поставщиков всегда положительные результаты дает разработка стандартов на изготавливаемые (для оптовых организаций - на регулярно поставляемые) товары. Покупатели всегда отдают предпочтение товарам, качественные характеристики которых конкретно указаны в установленной документации. Разработка стандартов и сертифицирование соответствия реализуемых товаров должны составлять необходимую часть конкурентной стратегии фирм.

При отсутствии стандартов в договоре должны определяться основные показатели качества товаров. Покупателям следует до закупки выяснять, какие недостатки наиболее часто встречаются в соответствующих товарах, и включать в договоры условие о недопустимости таких дефектов. Нужно консультироваться у своих специалистов (мастеров, товароведов), проводить опросы потребителей о том, какие пожелания у них имеются к улучшению качества товара, а затем включать их в договоры в виде требований к продавцам о качестве.

Договор надлежит использовать для последовательного, поэтапного улучшения качественных показателей. Наиболее пригодны для этого долгосрочные договоры, в которых по годам могут наращиваться уровни качества, предусматриваться более высокие пороги качества. Вместе с тем даже в годовых договорах при систематических связях можно каждый раз вводить дополнительные требования к качеству товара, предусматривать улучшение тех или иных характеристик. Позитивные перемены с качеством начнутся тогда, когда в массе договоров появятся подобные условия.

Закон предусматривает, что поставщик удостоверяет качество товара соответствующим документом. Документы о качестве высылаются вместе с товаром, если иное не установлено договором. Вид документа и его содержание определяются стандартом на конкретный товар. Если в стандарте эти вопросы не решены, то вид и содержание документа, а также порядок его представления определяются договором.

Документы о качестве могут быть различными, практика выработала множество их видов. Таковы удостоверение о качестве, паспорт, технический паспорт, инструкция по эксплуатации, комплектовочный талон, ярлык качества и др. Следует учитывать, что сертификата соответствия или декларации о соответствии обычно совершенно недостаточно для удостоверения качества товара, в связи с чем и требуются указанные документы. Роль этих документов возросла. Статья 464 ГК РФ установила, что если документы, относящиеся к товару, не переданы в установленный срок, то покупатель вправе отказаться от товара. Поэтому в договоре должны определяться содержание и порядок высылки такого документа, т.е. какие сведения о товаре в нем указывать, в каком количестве представлять: один экземпляр на партию товара или на каждое изделие, высылать ли его вместе с товаром или отдельно от него.

Высылка документа, с необходимой полнотой удостоверяющего качество товара, крайне важна для проверки товара покупателем, определения надлежащей цены, оперативной передачи в производство или в розничную продажу.

Закон РФ "О защите прав потребителей" установил, что документация к товару должна представляться на русском языке. Однако это важное правило повсеместно нарушается. Организациям-покупателям следует дополнительно закреплять данное требование в отношении импортных товаров в договоре.

В договорах предусматриваются также требования к маркировке товаров и тары. Если маркировка тары предназначена для покупателя и транспортной организации, перевозящей груз, то маркировка товара содержит сведения, необходимые пользователю. Товарная маркировка наносится на само изделие, на его упаковку либо на прилагаемые ярлык, этикетку, вкладыш. Содержание маркировки определяется правовыми актами, стандартами, в том числе на конкретные виды товаров, а также договором.

На товары потребительского назначения должны наноситься сведения, предназначенные для граждан-покупателей. Согласно Закону РФ "О защите прав потребителей" (ст. 8-12) информация должна содержать адрес и фирменное наименование изготовителя (продавца), цену, гарантийный срок, если он установлен, и другие данные. Состав информации и требования к содержанию информации по группам товаров определены стандартами ГОСТ Р 51121-97 "Товары непродовольственные. Информация для потребителей. Общие требования" и ГОСТ Р 51074-97 "Продукты пищевые. Информация для потребителей. Общие требования".

Статья 18 Федерального закона от 02.01.2000 "О качестве и безопасности пищевых продуктов" предусматривает необходимость указания на этикетках, ярлыках либо на листках-вкладышах упакованных пищевых продуктов более широкого круга необходимых сведений для потребителей по данным видам товаров.

Статья 458 ГК РФ установила важное правило: товар не признается готовым к передаче, если он не маркирован или иным образом не идентифицирован для целей договора. Это означает, что при отсутствии маркировки и иной необходимой информации товар не признается поставленным, а обязательство не считается исполненным. Установление такого порядка резко повышает значимость маркировки, четкого определения в договоре содержания маркировки и иной информации и способа ее нанесения.

В 1977 г. международной организацией EAN был разработан Европейский стандарт символьной маркировки - штриховая маркировка. Она представляет собой сочетание 13 штрихов и пробелов разной толщины. Штриховой код наносится на изделие типографским способом или приклеиваемой этикеткой. Он считывается сканирующим устройством. В соответствии с законодательством Европейского союза товары без штриховой маркировки не допускаются к продаже.

В России общее руководство работой по штриховому кодированию товаров осуществляет внешнеэкономическая ассоциация автоматической идентификации - ЮНИСКАН. По запросам организаций ЮНИСКАН выдает им коды для маркировки производимых товаров, ведет соответствующий банк данных.

Линии штриховой маркировки состоят из 4 групп. Линии первой группы обозначают код страны - изготовителя товара. Линии второй группы присваиваются ЮНИСКАН конкретной организации - изготовителю или продавцу товара. Последующие пять знаков кода разрабатываются изготовителем (продавцом) товара и отражают информацию о товаре, необходимую для самого изготовителя и для покупателей товара. Последний разряд кода является контрольным числом алгоритма.

Штриховая маркировка обычно используется одновременно с цифровой, наносимой ниже штриховой. Символьная маркировка дает возможность программного регулирования многих торговых операций, таких, как учет количества произведенных товаров в развернутом ассортименте, контроль за поступлением и реализацией товаров, оперативное пополнение запасов товара на складе и в торговом зале и др.

С качеством связано также установление гарантийных сроков и сроков годности либо сроков службы изделий.

Под гарантийным понимается срок, в течение которого проданный товар должен соответствовать требованиям к его качеству, заявленным продавцом. Сроки гарантии устанавливаются стандартом на соответствующий товар либо предусматриваются в договоре. В договоре могут быть предусмотрены более длительные сроки гарантии против указанных в стандарте. Согласно ст. 471 ГК РФ гарантийный срок начинает исчисляться с момента передачи товара покупателю, если иное не предусмотрено договором.

Срок годности - это период, в пределах которого изделие обнаруживает свои потребительские свойства либо допустимо к употреблению. для машин, приборов и других товаров длительного пользования могут устанавливаться сроки службы. В соответствии со ст. 478 ГК РФ срок годности исчисляется от даты изготовления товара. Срок службы исчисляется со дня передачи товара потребителю. Перечень товаров длительного пользования, на которые изготовитель обязан установить срок службы, утвержден постановлением Правительства РФ от 16.06.97 N 720. В этом же постановлении содержится перечень товаров, которые по истечении срока годности считаются непригодными для использования по назначению.

При закупках товаров со сроками годности важно предусматривать в договоре условие об остаточном сроке годности, конкретно определяя его. Например, при покупке партии цемента с годичным сроком годности в договоре может быть предусмотрено, что остаточный срок годности на момент поступления цемента к покупателю должен составлять не менее 2/3 общего срока годности. Одновременно должны предусматриваться последствия несоблюдения этого условия в виде права отказаться от принятия и оплаты товара, а также обязанности продавца самому вывезти этот товар от покупателя. Оставление несогласованными указанных условий ведет к значительным потерям для покупателей и экономики страны в целом.

Наряду с качеством в договоре решаются вопросы комплектности. Под комплектностью понимается набор из изделия и отдельных вспомогательных или запасных частей к нему, его принадлежностей. Таким образом, комплект - это установленный перечень из основного и вспомогательных изделий, принадлежностей. Все единицы комплекта должны отгружаться покупателю одновременно, если иное не предусмотрено сторонами.

Комплектность устанавливается стандартом на соответствующее изделие или договором. В договорах может предусматриваться поставка товаров с дополнительными частями комплекта за специальную плату либо без отдельных единиц комплекта. Изменение комплектности производится по требованию покупателя.

4. Подробного рассмотрения требует порядок выработки условий о цене и способе расчетов.

Прежде условие о цене было для договора поставки существенным. Сейчас ст. 424 ГК РФ вывела цену даже из числа необходимых условий реализационных договоров. Установлено, что при отсутствии в договоре условия о цене оплата производится по той цене, которая в момент заключения договора обычно взималась за аналогичное имущество. Такой порядок неприемлем для коммерческих договоров, поскольку вносит неопределенность во взаимоотношения сторон. Определить обычно взимаемую цену за товар порой бывает довольно трудно, особенно когда дело касается нового или впервые закупаемого товара. Поэтому сторонам следует конкретно определять цену товара в договоре.

На некоторые товары и услуги цены устанавливаются государственными органами. Централизованное регулирование цен осуществляется в ограниченном круге случаев для решения внешнеэкономических задач и удовлетворения социальных нужд населения. Для коммерческой деятельности эти вопросы не актуальны.

Пункт 2 ст. 424 ГК РФ устанавливает важное правило: изменение цены после заключения договора не допускается, если иное не предусмотрено законом или договором.

С учетом недопустимости последующего изменения цен стороны по-разному определяют в договоре порядок реагирования на инфляционные процессы и конъюнктурные колебания спроса. Для учета инфляционных процессов в договорах, в том числе при продаже на внутреннем рынке, цены могут устанавливаться применительно к более устойчивой валюте, например, к денежной единице ЕС - евро. В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлена соглашением сторон.

Для учета конъюнктурных колебаний нередко предусматривается, что цены на товар согласовываются до начала каждого частного срока или даже перед отгрузкой каждой отдельной партии. Имеется множество других способов учета колебаний цен в ходе исполнения обязательств.

Цена может использоваться как средство стимулирования к надлежащему исполнению обязательств. Для этого в договоре могут устанавливаться ценовые коэффициенты или дифференцированные цены: при отгрузке товара точно в согласованный срок - большие, при задержке исполнения - меньшие. Может предусматриваться уменьшение цены при предварительной оплате и увеличение цены на случаи несвоевременной оплаты. Таким образом, договорное условие о размере цены может использоваться для решения различных задач. Пока коммерсанты и юристы слабо учитывают эти возможности.

Одно из важнейших для сторон договора - условие о способе расчетов. Способы, или формы, расчетов предусматриваются в договоре самими сторонами с учетом требований закона. Конкретные формы расчетов сейчас регулируются гл. 46 ГК РФ, а также документами ЦБ РФ, в частности Положением о безналичных расчетах в Российской Федерации, утвержденным ЦБ РФ 03.10.02 N 2-П, и иными актами.

Статья 861 ГК РФ предусматривает общее для предпринимательских организаций требование о безналичном осуществлении расчетов через банки. Сейчас по установленному ЦБ РФ порядку наличные расчеты возможны на сумму до 60 тыс. рублей, при закупках сельскохозяйственной продукции - до 100 тыс. рублей. В мировой хозяйственной практике таких жестких ограничений не существует и достаточно широко используются наличные расчеты за товар, за перевозки и за другие услуги. Применение наличных денег сдерживается неудобствами перевозки и пересчета крупных сумм и риском хищений.

Статья 862 ГК РФ предусмотрела следующие основные способы безналичных расчетов: платежными поручениями, чеками, по аккредитиву и по инкассо. Наряду с ними признаются допустимыми иные способы расчетов, предусмотренные законом или применяемые в банковской практике.

Из каких предпосылок должны исходить стороны при выборе в договоре способа расчетов? Для каждой из сторон и народного хозяйства в целом выгодно сближение момента передачи товара и уплаты за него денег. Совпадение во времени актов вручения товара и получения за него денег является оптимальным в экономическом отношении.

Кроме того, способ расчетов должен обеспечивать для продавца надежность и оперативность получения денег за реализуемый товар. Для покупателя важно обеспечить соответствие уплачиваемой суммы фактическому количеству и качеству приобретаемого товара. Способ расчетов должен определяться в договоре так, чтобы по возможности полнее совместить указанные интересы сторон.

Безналичные расчеты должны осуществляться субъектами с использованием форм расчетных документов, установленных ЦБ РФ (приложения к Положению о безналичных расчетах в Российской Федерации). При этом ЦБ РФ ориентирует организации на широкое применение электронных форм расчетных документов.

Расчетные документы сдаются в банк, с которым у клиента имеется договор банковского счета. Банк обрабатывает документы и направляет их непосредственно (при наличии корреспондентских отношений) или через расчетно-кассовый центр ЦБ РФ исполняющему банку. Одновременно с передачей расчетного документа в соответствующих случаях делается проводка по перечислению денежной суммы. Принятие документов исполняющим банком создает составное расчетное обязательство с несколькими участниками. Важно понимать права, обязанности и ответственность каждого из участников расчетного обязательства по отношению друг к другу.

При расчетах платежными поручениями плательщик сдает в обслуживающий его банк поручение о перечислении за счет средств, находящихся на его банковском счете, определенной суммы в пользу получателя средств. Поручение оформляется на бланке установленной формы за подписями уполномоченных лиц с проставлением печати. При отсутствии или недостаточности денежных средств на счете плательщика платежное поручение помещается в картотеку. Оплата таких поручений производится по мере поступления средств. Однако договором между банком и плательщиком может предусматриваться оперативное кредитование банком счета плательщика (овердрафт). Такой порядок применяется банками в отношении финансово устойчивых клиентов.

Банк проставляет штемпель и расписывается на платежном поручении о принятии его к исполнению, а один экземпляр возвращает плательщику. Однако принятие банком поручения далеко не всегда означает, что деньги поступят на расчетный счет продавца. Во-первых, денег может не быть на корреспондентском счете банка, принявшего поручение; во-вторых, денег может не быть на счете банка, обслуживающего продавца. Поступающие на счет банка денежные средства списываются по долгам самого банка и не доходят до клиентов.

Таким образом, платежные поручения ненадежны и неудобны для обеих сторон. Они не позволяют покупателю контролировать количество и качество отгружаемого в его адрес товара, дают возможность недобросовестным продавцам завладевать средствами покупателя без фактической отгрузки товара. Да и для продавца, отгрузившего товар, они не гарантируют поступление уплаченных покупателем средств по причинам, нередко зависящим от банков.

Неизмеримо более эффективны в указанных отношениях чеки. В законе (ст. 143 ГК РФ) закреплено положение о том, что чек не только является способом расчетов, но также представляет собой ценную бумагу.

Такое положение ошибочно. У чека в российских условиях отсутствуют свойства ценной бумаги. Так, лицо не может обратить свои денежные средства в чек и свободно конвертировать их обратно. На сумму чека нельзя получить процентный доход, дивиденд. Период существования выписанного чека составляет 10 дней, между субъектами стран СНГ - 20 дней, других государств - 70 дней. Выдача чека следует за требованием о платеже, а не требование за чеком, как это имеет место в отношениях с ценными бумагами. Среди функций, выполняемых чеком, единственной является функция способа расчетов.

В цивилистике нет четкой теории ценной бумаги, вследствие чего ценной бумагой объявляют коносамент, хотя это бланковый договор морской перевозки (и товарораспорядительный документ), или чек, хотя это чисто расчетный документ. Чек является исключительно принадлежностью расчетного обязательства.

Реквизиты чека указаны в ст. 878 ГК РФ. Они воспроизводят общеустановленные требования к содержанию чека. Указанные реквизиты должны иметься у любого чека. Статья 880 ГК РФ предусматривает выдачу именных чеков и переводных, передача по которым прав производится путем индоссамента. Платеж по чеку может быть обеспечен посредством аваля с указанием наименования, места нахождения авалиста и даты аваля. Использование переводных чеков и авалирование чеков, которые придают им некоторое сходство с ценной бумагой - векселем, в России просто невозможно. Следует учитывать, что по законодательству большинства стран авалирование чеков запрещено.

При расчетах чеками организация дает распоряжение банку в виде чека уплатить указанную в нем сумму денег лицу, в пользу которого выдан чек. Чекодателем является юридическое лицо, имеющее денежные средства в банке, которыми оно вправе распоряжаться путем выдачи чеков. Чекодержатель - лицо, в пользу которого выдан чек.

Расчеты чеками имеют то высокое достоинство, что позволяют совместить операции передачи товара и вручения чека, который в тот же день может быть предъявлен банку для оплаты. Определенным неудобством является то, что обычно принято личное вручение чека, хотя возможны передача его с курьером или отсылка почтой. Выданный чек действителен в течение 10 дней, а во внешнеторговых расчетах - 70 дней. На чеке может делаться надпись "расчетный". В этом случае наличные деньги по нему не выдаются, а средства в безналичном порядке зачисляются на указанный в нем счет чекодержателя. При неоплате чека исполняющим банком возможно взыскание суммы чека по исполнительной надписи нотариуса.

В связи с многочисленными злоупотреблениями гл. 7 Положения о безналичных расчетах в РФ существенно ограничивает применение чеков. Бланки чеков выпускаются коммерческими банками и являются документами строгой отчетности. При получении чековой книжки клиент обязан депонировать соответствующую сумму денежных средств в банке. Названное Положение не допускает межфилиальный оборот, расчеты чеками через расчетно-кассовые центры ЦБ РФ. В результате чеки, выпущенные коммерческим банком, могут использоваться в основном для расчетов между клиентами этого банка, причем требуется указание в договоре между клиентом и банком о допустимости расчетов чеками. Соответственно, чек, выпущенный одним банком, не может быть принят к оплате в другом банке, если только у этого банка нет корреспондентского субсчета банка, выпустившего чек.

Таким образом, общепринятая в мире практика инкассирования, т.е. предъявления к оплате чека чекодержателем в своем или любом ином банке, в России исключена. В результате возможности применения этой эффективной формы расчетов у нас в стране резко свернуты. Если в США доля расчетов чеками в безналичных платежах составляет 80%, то в России - лишь 0,1 процента. Для нормализации расчетов в коммерческой сфере требуется последовательное совершенствование правового регулирования расчетов чеками.

Достаточно надежны для сторон расчеты по аккредитиву. Порядок аккредитивных расчетов регламентирован ст. 867-873 ГК РФ, а во внешнеторговых отношениях - Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов, изданными Международной торговой палатой (изд. 1993 г. N 500).

Аккредитивные расчеты применяются в случаях, предусмотренных договором между сторонами. Контрагенты вправе решать в договоре многие вопросы, касающиеся аккредитива. Этим обусловливается активное развитие техники аккредитивных расчетов по сравнению с другими способами расчетов, которые более консервативны.

В науке нет четкой концепции аккредитивного расчетного обязательства. К нему пытались, причем совершенно безуспешно, применить модель договоров комиссии, поручения и т.п. Между тем оно представляет собой типичное составное обязательство.

Для расчетов по аккредитиву плательщик (покупатель) сдает в свой банк, который называется банк-эмитент, расчетный документ, который именуется "аккредитив". В нем указываются вид аккредитива, срок его действия, подлежащая уплате сумма, наименование и реквизиты продавца, исполняющий банк, вид и количество подлежащих отгрузке товаров и др. Указываются точное наименование и внешние требования к документам, при предъявлении которых производится выплата денежных средств по аккредитиву. Денежные средства по аккредитиву переводятся в банк продавца, именуемый исполняющим банком. Там они хранятся на отдельном лицевом счете.

Различают безотзывные и отзывные аккредитивы - об этом должно быть указано в его тексте. При отсутствии записи о виде аккредитива он считается отзывным. Такой аккредитив может быть изменен или отозван банком-эмитентом без согласования с получателем средств.

Аккредитив может открываться как разовый на один платеж или делимый с оплатой отдельно стоимости каждой партии товара. В зарубежной коммерческой практике применяются так называемые револьверные, т.е. пополняемые покупателем, аккредитивы на оплату отгружаемых продавцом партий товара. Сама процедура открытия аккредитива достаточно сложна, в связи с чем плательщики предпочитают использование делимых и револьверных аккредитивов при систематическом характере отгрузок товара.

Применение аккредитива имеет тот недостаток, что связано с отвлечением из оборота покупателя его денежных средств, которые на достаточно длительный срок блокируются на лицевом счете в банке продавца. Для устранения таких отрицательных моментов может предусматриваться, что денежные средства плательщика в исполняющий банк не переводятся. Посылается только заявление об открытии аккредитивного счета для продавца. По данному признаку различают покрытые аккредитивы, сопровождающиеся переводом средств в банк поставщика и депонированием их на лицевом счете, и непокрытые. Непокрытые аккредитивы выставляются под ответственность банка-эмитента и называются подтвержденными.

Для предотвращения замораживания средств плательщика в исполняющем банке в договоре могут предусматриваться ограниченные сроки, на которые должен выставляться аккредитив. Так, в договоре можно установить, что срок действия аккредитива будет составлять 10 или 15 дней. В этом случае при готовности товара к отгрузке продавец направляет покупателю телеграмму с требованием о выставлении аккредитива. При поступлении денежных средств продавец имеет возможность в пределах срока действия аккредитива отгрузить товар и получить в банке причитающуюся ему сумму.

Для получения денежных средств продавец после отгрузки товара предъявляет исполняющему банку реестр счетов в 4 экземплярах и комплект документов, предусмотренных в обоснование требования о платеже. Полный перечень необходимых документов и внешние требования к ним согласовываются сторонами в договоре купли-продажи и указываются покупателем в самом аккредитиве. Это обычно счет-фактура, заверенный перевозчиком транспортный документ, подтверждающий отгрузку соответствующего товара в надлежащий пункт назначения, отгрузочная спецификация, акт проверки количества товара, экземпляр сертификата соответствия или декларации о соответствии. Для импортных товаров может дополнительно требоваться акт о наличии маркировки и инструкций на русском языке и др. После проверки этих документов исполняющий банк зачисляет средства на счет продавца.

Контроль исполняющих банков по представляемым продавцами документам за правильностью отгрузки товаров защищает интересы покупателей. Статья 871 ГК РФ ввела порядок, давно уже применяемый во внешнеторговых расчетах, который резко повысил роль и ответственность банков-эмитентов за правильность расчетов. Согласно названной норме исполняющий банк после выплаты денег продавцу пересылает комплект документов, против которых произведен платеж, банку-эмитенту. Тот, в свою очередь, проверяет документы. При установлении несоответствия документов условиям аккредитива банк-эмитент обязан потребовать от исполняющего банка возмещения сумм, неосновательно выплаченных продавцу.

Таким образом, проверку документов, предусмотренных аккредитивом, сейчас обязаны осуществлять оба банка: банк-эмитент и исполняющий банк. И если допущены небрежность или злоупотребление, то покупатель всегда сможет добиться возмещения ему неосновательно отданных денежных средств.

Закон предусматривает такой способ, как расчеты по инкассо. Инкассо означает осуществляемую банком по поручению заявителя операцию по получению денежных средств от плательщика. ГК РФ и документы ЦБ РФ предполагают два вида платежей по инкассо: акцептные и базакцептные. Они осуществляются на бланке инкассового поручения либо платежного требования. Инкассовые поручения и платежные требования сдаются заявителем в обслуживающий его банк, который пересылает их в банк плательщика. К расчетному документу прилагаются согласно реестру документы, обосновывающие требование о платеже.

Законом достаточно широко предусмотрено безакцептное, т.е. без согласия плательщика, списание сумм с его банковского чета. Так, в безакцептном порядке производится списание сумм недоимок налоговыми органами, пенсионными фондами. Право на безакцептное списание стоимости товара может быть предусмотрено договором между продавцом и покупателем. Это эффективная мера повышения надежности платежа. Однако на практике она не встречается.

Банки, принимающие к исполнению инкассовые поручения на безакцептное списание, проверяют лишь правильность заполнения расчетного документа и указание в нем законных оснований для списания денежных средств. Инкассовые поручения, не исполненные из-за отсутствия денежных средств на счете плательщика, помещаются в картотеку по счету в ожидании поступления средств либо по указанию взыскателя возвращаются ему для реализации путем обращения взыскания на имущество должника.

Расчеты по инкассо в акцептном порядке могут быть предусмотрены договором между продавцом и покупателем и осуществляются с использованием платежных требований. При поступлении платежного требования в банк, обслуживающий плательщика, банк делает представление к акцепту, т.е. предлагает плательщику в срок, указанный в самом требовании (обычно 5-дневный), сообщить о согласии на уплату суммы.

При наличии предусмотренных законом или договором оснований плательщик может заявить отказ от акцепта платежного требования. В качестве оснований для полного или частичного отказа в договоре могут предусматриваться: отгрузка незаказанного товара, неправильное указание цены, обнаруженная недостача товара, отсутствие необходимой маркировки и информации на товаре и иные конкретные нарушения условий договора. Отказ от акцепта представляет эффективное средство защиты интересов покупателей.

Акцепт, как и отказ от него, должен быть сделан в письменной форме. Если плательщик не сообщил банку о своем согласии произвести платеж, платежное требование возвращается без исполнения.

В советский период расчеты в порядке акцепта платежных требований были закреплены в Положениях о поставках продукции и товаров в качестве основной формы расчетов. С прекращением действия названных Положений расчеты акцептуемыми платежными требованиями почти перестали применяться. Между тем данный способ расчетов содержит значительно большие возможности для обеспечения интересов продавцов и покупателей, чем расчеты платежными поручениями.

Как свидетельствует практика, коммерсанты крайне слабо учитывают достоинства тех или иных способов расчетов и используют их для достижения соответствующих целей. Закон также не оказывает им необходимого содействия в этом. Согласно ст. 516 ГК РФ если в договоре не определен иной способ расчетов, то расчеты при поставках должны осуществляться платежными поручениями. Для других видов обязательств этот вопрос оставлен неурегулированным. Более целесообразным было бы установить для всех видов реализационных договоров правило, что при отсутствии в договоре условия о способе расчетов расчеты должны производиться в порядке акцепта платежных требований.

Во внешнеторговых отношениях широко применяется такой способ расчетов, как документарное инкассо. Он предусматривает высылку продавцом комплекта документов на отгруженный товар и предъявление их под контролем банка покупателю. В случае отказа покупателя от оплаты стоимости товара банк возвращает документы продавцу, который вправе распорядиться своим товаром. Данный способ может применяться и при расчетах во внутренней торговле.

От способа (формы) расчетов следует отличать порядок расчетов. Принято выделять два порядка: периодические платежи и зачет взаимных требований.

При многократном совершении операций по передаче товара или оказанию услуг в договоре могут быть предусмотрены расчеты в порядке периодических платежей. Для этого в договоре определяются размеры частных платежей и сроки их внесения, а также сроки сверки расчетов и погашения разницы. Например, при постоянном завозе хлебобулочных изделий в магазин или строительных материалов на объекты в договоре может быть предусмотрено, что покупатель перечисляет продавцу 5, 15 и 25-го числа каждого месяца по 1/3 стоимости месячного количества товаров. В течение 5 дней по окончании месяца стороны сверяют расчеты. Такой порядок резко сокращает бухгалтерский и банковский документооборот. При периодических платежах расчеты производятся платежными поручениями или чеками.

Так, указом Президента РФ от 22.09.93 N 1401 "Об упорядочении расчетов за сельскохозяйственную продукцию и продовольственные товары" предусмотрено, что при постоянных хозяйственных связях расчеты за получаемую покупателями сельскохозяйственную и пищевую продукцию производятся в порядке периодических (плановых) платежей в размерах и в сроки, определяемые соглашением сторон, но не реже 3 раз в месяц.

В качестве порядка расчетов рассматривается зачет взаимных денежных обязательств. Статья 410 ГК РФ определяет зачет как способ полного или частичного прекращения обязательства. Таким образом, зачитываемые требования могут совпадать либо не совпадать по размеру. Для зачета достаточно заявления одной стороны. В отношениях между юридическими лицами заявление о зачете должно быть письменным. Путем зачета прекращаются встречные однородные требования, которыми, в частности, признаются взаимные денежные требования, независимо от их оснований.

Статья 823 ГК РФ легализовала авансовые и предварительные платежи, которые прежде не допускались. При этом авансирование и предварительные платежи названы коммерческим кредитом и на них распространены правила о договоре денежного займа.

Авансовые и предварительные платежи никак не обеспечивают интересы покупателей, перечисливших средства продавцу. Поэтому во избежание риска утраты средств следует добиваться согласия на расчеты по аккредитиву, в порядке акцепта платежных требований или по документарному инкассо.

Можно предусмотреть в договоре частичную оплату не в виде аванса, а в качестве задатка. В этом случае при неисполнении договора продавцом с него может быть взыскана сумма задатка в двойном размере. Более удобная и надежная форма расчетов должна согласовываться в ответ на предоставление контрагентом встречных льгот по ценам, ассортименту и другим условиям продажи товара.

Перед российской экономической и каждой отдельной коммерческой организацией стоит задача качественного совершенствования договорной работы, перевода ее на более высокий уровень. Выработка условий договоров должна базироваться на анализе реальных возможностей и интересов основных подразделений фирмы, учете их требований к контрагентам. Необходимо наиболее полное использование регулятивных возможностей каждого договора как универсального правового средства, позволяющего урегулировать весь комплекс вопросов, возникающих во взаимоотношениях сторон. Выход на подобный уровень договорной работы повышает устойчивость и надежность работы фирмы, ее экономические перспективы.

Коммерческая деятельность в силу ее природы всегда была сферой правового творчества, постоянного поиска и выработки новых, более эффективных юридических решений. Это наглядно проявляется и в вопросах формирования условий реализационных договоров. Вместе с тем является очевидно необходимым законодательное закрепление специфики торговых договоров. Такое закрепление невозможно в рамках гражданского законодательства, исходящего из принципа одинакового регулирования отношений между гражданами и торгового оборота. Для предоставления подлинной свободы экономической деятельности требуется самостоятельное законодательное регулирование договорных отношений коммерсантов в Торговом кодексе РФ.

# Дополнительная литература

1. Актуальные проблемы коммерческого права: Сборник статей. М., 2002.

2. Вахнин И.Г. Об основаниях формирования условий договора в предпринимательской деятельности//Хозяйство и право. 1999. N 3.

3. Завидов Б.Д. Договорное право России. М., 1998.

4. Хохлов С.А. Организация и техника договорной работы на предприятии. Свердловск, 1982.

5. Хохлов С.А. Договорная работа: Учебное пособие. Свердловск, 1986.

# Глава 12. Посреднические договоры в торговле

1. Коммерческая деятельность по своей природе предполагает широчайшее использование посредничества и связанного с ним представительства. Именно в торговле посредничество и представительство получили детальную разработку и многообразие проявлений. Здесь они активно развиваются соответственно развитию и изменяющимся требованиям самой торговли.

Торговое посредничество давно превратилось в самостоятельный вид предпринимательства. В рыночном обществе посредническая деятельность приобретает одно из приоритетных значений как механизм, способствующий развитию торгово-хозяйственных связей, активизации продаж товаров. Проводимые исследования свидетельствуют о том, что существует прямая зависимость между общим состоянием экономики и уровнем применения торговых посреднических услуг.

Развитие посредничества в сфере товарного обращения является объективным процессом, отражающим углубление общественного разделения труда. Использование посредников дает производителям и оптовым торговым организациям значительную экономию трудовых и материальных ресурсов, позволяет ускорить совершение торговых операций и улучшить их качество, поскольку посредник обладает более высоким профессионализмом в своей области.

В отличие от широкого понимания посредничества как участия в продвижении товаров от изготовителей к потребителям, в коммерческом праве данный термин имеет иное значение. Оно может пониматься как установление субъектом правовых или экономических отношений с контрагентами при посредничестве либо участии другого лица.

Коммерческое посредничество следует рассматривать как оказание посредником юридических и фактических услуг в осуществлении продаж (закупок) товаров за счет средств других лиц от своего имени или от их имени.

Активное развитие торгового посредничества обусловлено рядом факторов. Привлечение посредников неизмеримо расширяет зоны торговой деятельности коммерсантов, позволяет им проникать на такие рынки, где они сами не могут рассчитывать на успех из-за неизвестности в данном регионе либо незнакомства с особенностями торговли в нем. Если коммерсантом выдано 10 доверенностей разным лицам на ведение торговой деятельности, это означает, что 10 субъектов в различных точках будут осуществлять такую же деятельность, что и сам коммерсант, умножая его доходы.

В юридической литературе укоренился взгляд на посредника как на лицо, "действующее в чужом интересе". Такой подход неверен для коммерческого права. Посредник действительно обязан выполнять данное ему поручение с наибольшей выгодой для принципала (доверителя). Однако он всегда работает за вознаграждение, размер которого обычно увеличивается при более выгодном совершении им сделки. Так что коммерческий посредник действует не только в чужом, но одновременно и в собственном интересе.

Значительные преимущества для самих посредников создаются тем, что ведение их дела обычно не требует значительного вложения денежных средств, как это необходимо, например, для производства товаров или осуществления розничной торговли. Экономический успех посредника зависит от степени его профессиональной подготовки в соответствующих вопросах, деловой активности и инициативы. Участие посредника ведет к определенному увеличению цены товара, однако это увеличение всегда ниже, чем при реализации товара через промежуточные торговые звенья.

Наряду с содействием в совершении торговых сделок посредники зачастую принимают на себя выполнение дополнительных работ, относящихся практически ко всем этапам осуществления хозяйственных связей. Они могут заниматься поиском и предоставлением информации о потенциальных и приоритетных покупателях и продавцах, анализировать надежность продавца и платежеспособность покупателя, согласовывать содержание или отдельные условия будущих договоров, непосредственно производить приемку, хранение и обработку товаров, страховать их. Однако такие услуги посредников всегда носят дополнительный характер по отношению к главной задаче содействия реализации (приобретению) товара.

Отношения посредничества неразрывно связаны с отношениями по представительству. Связь посредничества с представительством носит однонаправленный характер. Это означает, что посредничество предполагает отношения по представительству, тогда как представительство зачастую не связано с посредничеством. Представительство нередко возникает из закона, из трудового договора, из судебного решения.

П.П. Цитович, детально рассматривавший особенности торгового посредничества и представительства, отмечал, что торговый представитель действует, сам решает дело, имеет свое усмотрение, а не передает лишь чужое решение (подобно нотариусу). Совершаемое им действие есть акт его воли, но это действие относится на имя и на счет его хозяина. На совершение этого действия у представителя: а) было уполномочие, власть; б) хозяин дал ему поручение (приказ). Исполняя своим действием, актом своей воли, волю хозяина, представитель сделал не свое, а чужое дело. Поскольку представитель действует, он должен иметь в своей личности условия дееспособности[\*(32)](#sub_9932).

Представительство в сфере торговой деятельности является коммерческим и на него распространяются специальные правила ст. 184 ГК РФ. Коммерческое представительство имеет существенную специфику, делающую его особой юридической конструкцией. Коммерческий представитель вправе совершать такие действия, которые не может совершать представитель общегражданский.

2. Отношения по коммерческому посредничеству и представительству в основном регулируются законом.

В гл. 10 ГК РФ "Представительство. Доверенность" коммерческому представительству посвящена ст. 184 кодекса. Коммерческим представителем может быть только коммерческая организация или лицо, являющееся индивидуальным предпринимателем. Такое требование обусловлено возможностью возложения на коммерческого представителя имущественной ответственности за ненадлежащее исполнение своих обязанностей. Также и представляемыми (принципалами, доверителями) при коммерческом представительстве могут быть только коммерческие организации или индивидуальные предприниматели.

Коммерческое представительство в отличие от общегражданского: 1) представляет собой профессиональную деятельность представителя; 2) как правило, состоит в совершении множества или неопределенного количества действий для представляемого; 3) носит возмездный характер, тогда как гражданское представительство предполагается безвозмездным; 4) может предусматривать совершение как юридических, так и фактических действий для представляемого.

Коммерческий представитель вправе действовать одновременно в интересах разных сторон в сделке с их согласия, что запрещено общегражданскому представителю. Он не приобретает права собственности на получаемое имущество. Закон разрешает заключать с коммерческим представителем договор о полной материальной ответственности. Коммерческий представитель, как и любой предприниматель, освобождается от ответственности только при наличии обстоятельств непреодолимой силы. Он не вправе разглашать сведения, составляющие коммерческую тайну представляемого (принципала, доверителя). Коммерческий представитель вправе удерживать находящиеся у него вещи, которые подлежат передаче доверителю, в обеспечение своих требований по договору поручения.

Закон определяет особенности статуса и порядка деятельности некоторых видов коммерческих представителей, например, брокеров и дилеров. Согласно ст. 9 Закона РФ "О товарных биржах и биржевой торговле" брокерская деятельность определяется как совершение биржевых сделок биржевым посредником от имени клиента и за его счет, от имени клиента и за свой счет или от своего имени и за счет клиента. Брокеры осуществляют свою деятельность путем создания брокерских фирм и контор либо в качестве независимых брокеров, имеющих статус индивидуальных предпринимателей.

Наряду с этим закон предусматривает совершение биржевых сделок биржевым посредником от своего имени и за свой счет с целью последующей перепродажи на бирже (дилерская деятельность).

Понятие брокерской и дилерской деятельности более полно и четко раскрываются в ст. 3 Федерального закона от 22.04.96 N 39-ФЗ "О рынке ценных бумаг". Помимо этого нормы о брокерской деятельности, а также о статусе таможенных брокеров и страховых брокеров содержатся в Таможенном кодексе РФ (ст. 157) и Законе РФ от 27.11.92 N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" (ст. 8).

Коммерческое посредничество, а соответственно, и представительство регулируются также заключаемыми договорами. В ГК РФ предусмотрены следующие договоры коммерческого посредничества: поручение, комиссия и агентирование. Наряду с ними в торговой практике достаточно широко применяются регулирующие фактическое посредничество договоры об исключительной продаже товаров, дистрибьюторские контракты, договоры торгового агентирования (простого посредничества) и случайного посредничества. Их содержание определяется общими нормами договорного права и документами Международной торговой палаты о соответствующих договорах, имеющими значение торговых обычаев.

3. Договор комиссии сформировался как договор торгового предпринимательства. коммерсантами осуществляются огромные объемы комиссионных продаж. В странах, имеющих торговые кодексы, договор комиссии регулируется этими кодексами. В дореволюционной России договор комиссии также регламентировался Торговым уложением 1887 и 1903 гг. Глава 51 ГК РФ "Комиссия" воспроизводит большинство положений Торгового уложения. Современные особенности совершения комиссионных операций почти не нашли отражения в кодексе.

Содержание договора комиссии определяется ст. 990 ГК РФ. Согласно этой норме одна сторона - комиссионер обязуется по поручению другой стороны - комитента за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента. В договоре внешнеторговой комиссии, называемом консигнацией, комиссионер именуется консигнатором, а комитент - консигнантом.

Изучение норм гл. 51 ГК РФ свидетельствует о том, что и в российском законодательстве происходит все более глубокое разделение коммерческой (предпринимательской) и бытовой комиссии. Особенности отношений коммерческой комиссии в отдельных областях хозяйственной деятельности регулируются также другими законами, например, Федеральным законом от 08.12.95 N 193-ФЗ "О сельскохозяйственной кооперации". Подобно тому, как фактически разделилась на два подвида купля-продажа (на розничную и оптовую), есть все основания для законодательного разделения коммерческой комиссии и комиссии бытовой.

Согласно п. 2 ст. 990 ГК РФ договор комиссии может быть заключен на определенный срок или без указания срока его действия, с указанием или без указания территории его исполнения, с обязательством комитента не предоставлять третьим лицам право совершать в его интересах и за его счет сделки, совершение которых поручено комиссионеру. Договор может заключаться с условием относительно ассортимента товаров, являющихся предметом комиссии. Подобные положения касаются лишь договоров коммерческой комиссии и не имеют отношения к договорам с участием граждан.

По поручению комитента комиссионер находит на соответствующем рынке покупателей (продавцов), самостоятельно проводит переговоры с ними и сам заключает от своего имени, но за счет комитента договор купли-продажи с лицом, которое предложит наиболее выгодные условия. Все права и обязанности, вытекающие из совершенных комиссионером сделок с другими лицами, возникают для самого комиссионера, хотя бы комитент и был назван в сделке, т.е. было указано, в чьих интересах действует комиссионер. Это правомерно, поскольку комиссионер вступает в отношения с другими лицами от своего имени и несет ответственность перед покупателем (продавцом) за выполнение принятого на себя обязательства.

Не изменяет данного правила и то обстоятельство, что комитент может участвовать в переговорах между комиссионером и продавцом (покупателем) товара и высказывать свои предложения по условиям договора. В договоре коммерческой комиссии может предусматриваться право комитента заявлять возражения по условиям заключенного договора купли-продажи и обязанность комиссионера внести требуемые изменения в договор. В соответствии с существующей практикой комиссионер обязан выслать комитенту экземпляр договора, заключенного с третьим лицом.

Совершение сделок "за счет комитента" означает, что комитент финансирует выполнение заключаемых комиссионером договоров либо предоставляет имущество для реализации. Поэтому предпринимательский риск, т.е. вероятность получения прибыли или понесения убытков, ложится на комитента как на собственника приобретаемого за его счет или отчуждаемого имущества, отсюда необходимость особого построения отношений между комиссионером и комитентом.

Принятое на себя поручение комиссионер обязан исполнять: во-первых, в соответствии с указаниями комитента; во-вторых, на наиболее выгодных для комитента условиях. Таким образом, при совершении сделок комиссионер обязан руководствоваться интересами комитента и его указаниями.

Комиссионер вправе отступать от указаний комитента в случае, если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах комитента и он не мог предварительно запросить комитента либо не получил своевременно ответ на свой запрос. При несоблюдении таких требований отрицательные последствия отступления от условий поручения ложатся на комиссионера. Так, если комиссионер без разрешения комитента продал товар в кредит или выдал аванс, то при возникновении убытков он обязан возместить утраченные денежные средства комитенту.

Статья 995 ГК РФ ввела принятое в зарубежном законодательстве положение о том, что комиссионеру, действующему в качестве предпринимателя, может быть предоставлено право отступать от указания комитента без предварительного запроса. В этом случае комиссионер обязан в разумный срок уведомить комитента о допущенном отступлении, если иное не предусмотрено договором. Это также один из примеров последовательного разделения комиссии коммерческой и бытовой.

Особое значение имеют условия договора комиссии в отношении цены, по которой комиссионер может продавать или покупать за счет комитента товары, а также о порядке платежа. ГК РФ устанавливает последствия отдельных отступлений комиссионера от указаний комитента по этим вопросам.

Комиссионер, продавший имущество по цене ниже согласованной с комитентом, обязан возместить последнему разницу, если не докажет, что у него не было возможности продать имущество по согласованной цене и продажа по более низкой цене предупредила еще большие убытки. В случае, когда комиссионер был обязан предварительно запросить комитента, комиссионер должен также доказать, что он не имел возможности получить предварительно согласие комитента на отступление от его указаний.

Если комиссионер купил имущество по цене выше согласованной с комитентом, комитент, не желающий принять такую покупку, обязан заявить об этом комиссионеру в разумный срок по получении от него извещения о заключении сделки с третьим лицом. В противном случае покупка признается принятой комитентом. Если комиссионер сообщил, что принимает разницу в цене на свой счет, комитент не вправе отказаться от заключенной для него сделки.

Особый случай представляет реализация товара на условиях более выгодных, чем предусмотрено поручением. По российскому законодательству (ст. 992 ГК РФ) дополнительно полученная сторонами выгода делится сторонами поровну, если иное не предусмотрено договором комиссии. По законодательству ряда западных стран в таких случаях вся выгода поступает комитенту как собственнику товара.

В литературе о договоре комиссии рассматриваются в основном условия этого договора, вытекающие из положений закона. Однако для коммерческой комиссии не менее важно определение общеторговых условий, касающихся поручаемой покупки или продажи товара: об ассортименте, о качестве, о сроках продажи и передачи, о допустимом снижении цены, о требованиях к маркировке товара и тары, о сопроводительной документации. Здесь имеется много важных моментов.

Значительно отличаются по содержанию договоры в зависимости от того, передается ли реализуемый товар комиссионеру или с товаром работает сам комитент, действующий во исполнение сделок комиссионера. С учетом этого обстоятельства сторонам приходится определять способ транспортировки, пункт отгрузки или доставки, согласовывать транспортные реквизиты, порядок прохождения таможенных процедур и другие вопросы. При передаче товара комиссионеру он одновременно становится хранителем и отвечает за целостность товара. На него может возлагаться страхование сохранности товара.

В коммерческой сфере комиссионеры нередко привлекают для реализации товаров другие организации - субкомиссионеров. При заключении договора с субкомиссионером комиссионер остается ответственным перед комитентом по всем предусмотренным в соглашении между ними обязательствам.

Товар, поступивший к комиссионеру для продажи, остается собственностью комитента. Учет такого товара и вырученных от его продажи денежных сумм ведется на отдельных счетах. На этот товар и денежные средства комитента не может быть обращено взыскание по собственным долгам комиссионера.

Совершение сделок за счет комитента влечет обязанность комиссионера передать комитенту имущество или деньги, полученные от третьего лица по сделке. Вместе с тем комиссионер может оставить в своей собственности средства, передача которых не предусматривается законом и договором. Таковы, например, суммы неустоек, взыскиваемых комиссионером с третьих лиц за неисполнение ими обязательств по сделке. Комитент не может претендовать на эти средства, поскольку не является стороной в договоре с третьими лицами.

Выгода комиссионера состоит в получении комиссионного вознаграждения. Его размер традиционно устанавливается в виде процента от цены продажи (покупки) товара. Если стоимость проданного товара перечисляется комитенту частями, то и вознаграждение может выплачиваться по каждой части. В силу ст. 991 ГК РФ если порядок выплаты договором не определен, то вознаграждение уплачивается после полного исполнения договора комиссии, т.е. получения комитентом средств за весь товар. Вознаграждение выплачивается и в том случае, если договор не был исполнен по причинам, зависящим от комитента. Когда договор комиссии исполнен частично, комиссионер может требовать уплаты вознаграждения лишь пропорционально выполнению поручения.

Комиссионер имеет право также на возмещение ему всех необходимых расходов, которые он понес. Такие расходы связаны с транспортировкой, выгрузкой, переоценкой, страхованием, если оно предусмотрено. Вместе с тем комиссионер не вправе требовать уплаты ему вознаграждения как хранителю товара, возмещаются лишь затраты по хранению. По принятой практике в расходы не включается заработная плата персоналу, которая выплачивается из вознаграждения, получаемого за исполнение договора.

В случае возложения на комиссионера обязанности оказания дополнительных услуг комитенту (проведение маркетинговых исследований, рекламных мероприятий, осуществление предпродажной доработки товаров, сервисного обслуживания покупателей и т.п.) плата за такие услуги должна определяться в договоре отдельно к ставке комиссионного вознаграждения.

Выплата вознаграждения обусловливается представлением комиссионером комитенту отчета об исполнении поручения и передачей всего полученного по договору комиссии. Комитент, имеющий возражения по отчету, должен сообщить о них комиссионеру в течение 30 дней со дня получения отчета, если договором не установлен иной срок. В противном случае отчет считается принятым.

Для обеспечения выплаты вознаграждения и затрат ст. 997 ГК РФ предусматривает право комиссионера на односторонний вычет своей доли из сумм, поступивших для комитента. Вычет отличается от удержания, предусмотренного ст. 359 и 360 ГК РФ. Реализация удерживаемого имущества допускается в порядке, установленном для реализации залогов, т.е. по решению суда. Вычет своей доли - неизмеримо более действенный способ обеспечения интересов комиссионеров.

Договор коммерческой комиссии широко используется в России для реализации импортируемых товаров, что обусловливается недостатком оборотных средств у торговых фирм и трудностью получения банковского кредита. Договор комиссии нередко применяется для определения перспектив сбыта новых, нетрадиционных видов товаров.

Как уже было сказано, во внешнеторговых отношениях договор комиссии именуется консигнационным. Договоры консигнации регулируются Типовым коммерческим агентским контрактом, разработанным Международной торговой палатой (изд. 1991 г. N 469) и Руководством по составлению коммерческих агентских контрактов (изд. 1983 г. N 410). В них наряду с агентским контрактом детально регламентируются отношения по консигнации, даются рекомендации по составлению консигнационных контрактов.

В режиме консигнации продажа товаров осуществляется с консигнационного склада посреднической организации, получающей товар от импортера (консигнанта). Договором на консигнатора возлагается более широкий круг обязанностей, чем во внутреннем торговом обороте. Консигнатор должен принять товар от транспортной организации, а в случае несохранности получить коммерческий акт и добиться возмещения потерь от перевозчика, выполнить таможенные процедуры, уплатить сборы, пошлины и акцизы, вывезти товар на свой склад, осуществлять его хранение и организовать сбыт покупателям.

В договоре устанавливается, может ли консигнатор продать весь товар сразу или реализовать его частями. При необходимости поддержания запасов товара на складе этот товар хранится в процессе реализации от 1 года до 5 лет. В договоре распределяются расходы по хранению товара, может предусматриваться необходимость страхования товаров, консервации непроданных товаров.

Со своей стороны консигнант обеспечивает консигнатора технической документацией на товар, сертификатом соответствия, рекламными материалами. Он в необходимых случаях проводит обучение сотрудников организации-консигнатора, предоставляет своих квалифицированных специалистов для участия в переговорах с покупателями и в подготовке заключаемых консигнатором договоров с третьими лицами.

Стоимость товара перечисляется консигнанту частями по мере реализации. Непроданный в согласованный срок товар подлежит возврату по указанию консигнанта. В договор может включаться условие об обязанности консигнатора в случае необеспечения продажи в установленный срок самому оплатить консигнанту полную стоимость товара, т.е. выкупить его. Этот прием внешнеторговой комиссии, обусловленный сложностями возврата товара за рубеж, может применяться и во внутреннем обороте.

Последствия неисполнения комиссионером обязанностей по продаже товара могут предусматриваться в договоре или определяться последующими соглашениями. Помимо обязанности выкупа нереализованного товара возможны и другие решения вопроса о судьбе товара, например:

- возврат нереализованного товара комитенту;

- передача товара для продажи другому комиссионеру;

- продажа всей партии с торгов в аукционном порядке;

- распродажа по ценам, устанавливаемым для уцененных товаров.

Нечеткой урегулированностью в законе и теоретической неразработанностью характеризуется проблематика ответственности комиссионера в торговом обороте. Здесь следует выделять три группы оснований ответственности комиссионера перед комитентом:

1) ответственность комиссионера за допущенные нарушения условий договора комиссии. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора комиссии комиссионер отвечает по общим правилам ответственности для предпринимательских организаций;

2) ответственность комиссионера за неисполнение сделки третьим лицом, т.е. за нарушение заключенной им сделки со стороны третьего лица.

Важной особенностью отношений по договору комиссии является то, что комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение сделки третьими лицами. Такое может иметь место, в частности, когда товар продан покупателю на условии последующей оплаты, а платеж от покупателя не поступил. Подобные ситуации актуальны для коммерческой комиссии, в особенности для консигнации. Здесь риск возможных убытков ложится на комитента.

Поскольку договоры с третьими лицами заключаются комиссионером от своего имени, а риск их неисполнения несет комитент, то для заявления комитентом требования к третьим лицам комиссионер обязан передать комитенту права требования к третьим лицам. С учетом этого в комиссионных договорах можно заранее предусматривать уступку комитенту прав требования к третьим лицам, а также указывать сроки для передачи комиссионером необходимых документов комитенту для предъявления иска к третьим лицам. Если уступка права не производилась, то иски к покупателям заявляет сам комиссионер как кредитор по договорам.

Закон делает изъятия из общего правила о риске неисполнения сделок третьими лицами. ГК РФ предусматривает возможность комиссии на условии делькредере (от лат. del credere - на веру). В этом случае комиссионер принимает на себя ручательство за поступление имущества или платежа от третьего лица, которому товар передается до оплаты. Согласие о деятельности на условии делькредере должно быть специально оговорено в договоре комиссии. При совершении сделок в режиме делькредере комиссионер несет больший риск, поэтому размер получаемого им вознаграждения выше, чем при обычной комиссии.

ГК РФ воспринял из зарубежного законодательства еще одно правило, касающееся ответственности комиссионера. Ответственность за третьих лиц может быть возложена на комиссионера, если он не проявил необходимой осмотрительности при выборе контрагента по сделке. Осмотрительность предполагает проверку законности создания и наличие регистрации юридического лица, выступающего контрагентом, выяснение полномочий лиц, действующих от имени организации, поверку платежеспособности покупателя, его деловой репутации. В случае неисполнения обязательства третьим лицом комиссионеру придется доказывать в суде, что он проявил надлежащую осмотрительность при выборе этого контрагента;

3) наконец, ответственность комиссионера за такие действия, которые повлекли для комитента невозможность получить возмещение убытков от третьего лица за нарушение им обязательства по заключенной сделке. В ГК РФ, несмотря на ее высокую актуальность, данная ответственность не предусмотрена.

Достаточно четко эти вопросы были решены в п. 10 Основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций, утвержденных постановлением Совета Министров СССР от 25.07.88 N 888[\*(33)](#sub_9933). Согласно названной норме комиссионер несет ответственность, если нарушения со стороны третьего лица имели место по причинам, зависящим от комиссионера, а также при утрате по вине комиссионера возможности получения сумм от третьего лица. Такие дополнительные основания ответственности комиссионера следует предусматривать в договоре комиссии, в том числе путем отсылки к п. 10 названных Основных условий.

Комитент вправе в любое время отменить данное комиссионеру поручение. Это означает предусмотренную законом возможность одностороннего отказа от договора. В случае отказа от договора комитент обязан возместить комиссионеру лишь фактически понесенные им затраты.

В отношении комиссионера действуют иные правила. Комиссионер вправе односторонне отказаться от исполнения обязательства при наличии условия об этом в договоре либо если договор заключен без указания срока его действия. При досрочном расторжении договора в одностороннем порядке комиссионер должен уведомить комитента о прекращении договора не позднее чем за 30 дней, если иной срок уведомления не предусмотрен договором.

4. Договоры поручения в торговле. Слово поручение по-латыни звучит как "комиссия" (точнее - "комиссио"). Однако в практике договор поручения сформировался как самостоятельный вид, отличный от комиссионного договора.

Согласно ст. 971 ГК РФ поручение - это договор, в силу которого одна сторона - поверенный обязуется совершить от имени и за счет другого лица - доверителя определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя.

Договор поручения, как и договор комиссии, направлен на предоставление юридических услуг. Вместе с тем поверенному приходится наряду с юридическими совершать определенные фактические, предметные действия, однако это не меняет природы обязательства. Видовая сущность каждого договора определяется его основной целью, а не сопутствующими моментами. Поскольку выполнение одних лишь фактических действий не обеспечивает достижение цели поручения, то основным в нем приходится признавать юридические обязанности поверенного.

Договоры поручения приобретают все большее распространение в коммерческой сфере, где на их основе совершаются разнообразные торговые сделки. В торговом предпринимательстве поручение характеризуется особыми чертами, постепенно обособляясь в самостоятельный вид договора. Для учета специфики такого договора используется термин "коммерческое поручение".

В практике широко применяются как разовые, так и долгосрочные или постоянные поручения на совершение торговых сделок. Здесь в качестве поверенных выступают торговые и иные представители. Подобную работу ведут различные посреднические фирмы, заключающие договоры от имени и за счет доверителя. Такую деятельность осуществляют индивидуальные предприниматели: торговые и финансовые брокеры, маклеры.

Содержание прав и обязанностей поверенного определяется рядом документов, прежде всего - договором поручения. В нем указываются содержание необходимых юридических действий, сроки их исполнения, размер и порядок уплаты вознаграждения.

Поскольку работники организации-поверенного вступают в отношения с третьими лицами, они обязаны подтвердить наличие полномочий на совершение действий от имени доверителя. Поэтому кроме договора поверенному зачастую необходима еще и доверенность, которую обязан выдать доверитель (п. 1 ст. 975 ГК РФ).

Надлежит разграничивать случаи, когда для совершения действий от имени доверителя достаточно ссылки на договор поручения, а когда требуется еще и доверенность. Доверенность обычно необходима для заключения договоров и совершения действий с товарными ценностями, деньгами доверителя, оформления ценных бумаг. Доверенность конкретизирует и уточняет объем полномочий поверенного, его права и обязанности.

Имеется еще один регулятор, который наряду с договором и доверенностью определяет права и обязанности поверенного. Статья 973 ГК РФ устанавливает, что поверенный выполняет данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Такие указания обычно даются в ходе исполнения договора, они могут быть устными и письменными. В договоре необходимо определять порядок фиксирования даваемых доверителем указаний, их подтверждения. Данное условие чрезвычайно актуально именно для договоров коммерческого поручения.

Указания позволяют в интересах доверителя оперативно корректировать первоначальные условия договора. По этим причинам закон устанавливает приоритет указаний доверителя над другими документами. В силу ст. 973 ГК РФ поверенный считается надлежаще исполнившим свою обязанность, если он совершил порученные действия в полном соответствии с указаниями доверителя. При этом в законе говорится об указаниях, а не собственно о договоре поручения.

Для торговых отношений п. 3 ст. 973 ГК РФ устанавливает, что поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя, доверителем может быть предоставлено право отступать от его указаний без предварительного запроса об этом. Коммерческий представитель обязан в разумный срок лишь уведомить доверителя о допущенных отступлениях, к тому же если иное не предусмотрено договором поручения.

Указания доверителя в отношении условий продажи (покупки) товаров могут касаться цены, количества, качественных показателей товара, сроков отгрузки, гарантий платежа и т.п.

Закон обязывает поверенного сообщать доверителю по его требованию сведения о ходе исполнения поручения. Поверенный должен без промедления передать доверителю все полученное в связи с исполнением поручения: товары, денежные суммы, ценные бумаги, подписанные оригиналы договоров и иные документы, удостоверяющие возникновение обязательств в результате действий поверенного.

Договор поручения исполняется не только в интересах, но и за счет доверителя. Поэтому в обязанности доверителя входит возмещение поверенному всех расходов в связи с исполнением поручения. Это могут быть как прямые расходы по оплате стоимости приобретенного товара, так и иные необходимые затраты: оплата проезда, телефонных переговоров, печатания и удостоверения документов и др.

Общепринятая практика исходит из того, что поверенный не должен вкладывать в чужое дело собственные деньги. Поэтому доверитель обязан заранее обеспечить его средствами для исполнения поручения, выдав ему необходимый аванс. Окончательные расчеты производятся при сдаче исполнения.

Для договоров коммерческого поручения выплата вознаграждения является обязательной, если только сторонами не оговорен его безвозмездный характер. При неуказании в договоре размера вознаграждения он определяется по правилам ст. 424 ГК РФ. В целях стимулирования деятельности поверенного в договорах коммерческого поручения целесообразно предусматривать, что в случае продажи (приобретения) товара по более выгодной цене дополнительно полученная выручка распределяется между доверителем и поверенным поровну или в иной пропорции.

Договор поручения носит доверительный характер. С учетом этого ст. 977 ГК РФ устанавливает, что доверитель вправе отменить поручение, а поверенный - отказаться от договора. Об одностороннем отказе от договора стороны обязаны заявить за 30 дней или в иной предусмотренный договором срок. Право участников на отказ от договора носит безусловный характер, отказ не требует своего обоснования. Более того, закон объявляет ничтожными соглашения о недопустимости отказа от договора поручения.

Доверитель, отменивший поручение, обязан возместить издержки поверенного и выплатить ему часть вознаграждения соразмерно выполненной работе. Обычно в зачет таких затрат идет уплаченная сумма аванса. Поверенный, со своей стороны, должен заблаговременно известить доверителя об отказе вести его дело, чтобы не создать затруднений для последнего.

Агентский договор получил широкое распространение в зарубежной коммерческой практике, находит применение и в России. Согласно ст. 1005 ГК РФ по такому договору одна сторона - агент обязуется совершить по поручению другой стороны - принципала юридические и иные действия от своего имени и за счет принципала либо от имени и за счет принципала. В зарубежной практике допускается возможность для агента действовать в интересах принципала, не называя имени этого принципала в целях сохранения коммерческой тайны.

К агентским отношениям в зависимости от того, от чьего имени (принципала или агента) совершаются сделки, помимо норм гл. 52 ГК РФ "Агентирование" субсидиарно применяются нормы [ГК](#sub_1) РФ о договорах комиссии и поручения. Отдельные виды агентирования (финансовое, судовое и др.) регулируются также специальными законами.

В юридической литературе высказываются суждения об агентировании как о гибриде договоров поручения и комиссии. Такие взгляды неверны. Агентский договор не просто объединяет, но он расширяет возможности договоров комиссии и поручения, трансформируясь в самостоятельный договорный вид. Агентские договоры очень богаты по своим регулятивным возможностям. В зарубежной практике сформировалось и устойчиво применяется более ста подвидов агентских договоров.

В России возможности этого договора пока используются довольно слабо, хотя некоторые самостоятельные его подвиды уже сложились: финансовое, судовое, туристическое агентирование, риэлтерство и др. Та же транспортная экспедиция, которую цивилистика пока четко не классифицировала, - это фактически агентский договор.

Развитие агентирования вызвано важными потребностями торгового оборота. Агентские договоры позволяют выделить из общего состава деятельности какие-то сложные обязанности, требующие профессиональной подготовки и опыта, и поручить их выполнение агентским фирмам. Последние в силу специализации способны выполнить порученные им операции экономичнее и качественнее. Возложение принципалом постоянных или разовых заданий на агентов, находящихся в других регионах, освобождает от необходимости создания там филиалов.

Агент обычно совершает для принципала большое число разнообразных операций, выполняя одновременно действия как юридического, так и фактического характера. Все эти действия не регламентируются детально в договоре, чтобы не ограничить оперативную самостоятельность агента. Определяются лишь основные обязанности агента и необходимые результаты работы. Агентские отношения в торговом обороте нередко носят продолжительный характер и оформляются долгосрочными договорами.

Агент, подобно поверенному или комиссионеру, должен исполнять поручение лично. Возложение исполнения обязательства на субагентов допускается лишь с согласия принципала. Он обязан руководствоваться договором и указаниями принципала. Важным моментом коммерческого агентирования является возможность для агента при отсутствии указаний принципала действовать в соответствии с обычаями торгового оборота.

Агент может действовать от своего имени или от имени принципала. Для совершения действий от имени принципала (это более распространенная модель отношений) кроме договора требуется доверенность. Стороной в сделках, совершенных от имени принципала, признается принципал. В этих случаях в результате действий агента между продавцом и покупателем устанавливаются прямые договорные связи. Соответственно, в договоре подлежат урегулированию все условия, необходимые для реализационных сделок.

Агент не несет риска убытков по таким сделкам, поскольку все права и обязанности устанавливаются для принципала. Однако агент отвечает за ненадлежащее исполнение собственных обязанностей, совершаемых непосредственно им действий: оформление документов, проверку товара и т.п.

В случае, когда в агентском договоре предусмотрены общие полномочия на совершение сделок от имени принципала, последний в отношениях с третьими лицами не вправе ссылаться на отсутствие у агента надлежащих полномочий, если не докажет, что третье лицо знало или заведомо должно было знать об ограничении полномочий агента. В соответствии с существующей практикой ограничения полномочий агента не могут касаться определения категорий покупателей (продавцов) товара.

При заключении агентом договора от своего имени приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или даже вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки. Поскольку сделка совершается за счет принципала, риск неисполнения обязательства третьими лицами, как и в договорах комиссии, ложится на принципала. Требования из таких договоров к третьим лицам заявляются самим агентом либо, если это предусмотрено договором, принципалом, которому агент переуступает права требования по сделке.

Право на получение агентом вознаграждения становится в зависимость от результата, каковым признается выполнение агентом обязанностей, предусмотренных договором. Если в договоре не определен порядок уплаты вознаграждения, то оно подлежит уплате в течение 7 дней с момента представления агентом отчета за прошедший период или за выполнение всего объема работ. К отчету должны быть приложены необходимые доказательства расходов, произведенных агентом в связи с исполнением договора. Принципал, имеющий возражения по отчету агента, должен сообщить о них агенту в течение 30 дней со дня получения отчета. В противном случае отчет считается принятым принципалом. Расходы по выполнению поручения возмещаются агенту независимо от результата, если иное не предусмотрено договором.

Отдельного упоминания требует торговое агентирование, осуществляемое за рубежом. Утвержденный Международной торговой палатой Типовой коммерческий агентский контракт (изд. 1991 г. N 496) предусматривает, что торговый агент не совершает сделок, а лишь подыскивает возможного покупателя и согласовывает с ним будущие условия сделки. В силу п. 2 ст. 182 ГК РФ лица, уполномоченные на вступление в переговоры относительно возможных в будущем сделок, не являются представителями. Договор с покупателем заключает сама организация, в интересах которой работает агент. Торговое агентирование при отсутствии отношений представительства нередко именуется простым посредничеством. Привлечение агентов активизирует продажи, позволяет избежать многозвенности торговых договоров, ведет к снижению трансакционных издержек.

Агент осуществляет деятельность на определенной территории. Он должен обеспечить организацию продаж в соответствии с общими условиями договора купли-продажи, переданного ему фирмой. Агент и принципал могут договариваться об объеме продаж на каждый год. Однако невыполнение согласованного минимума продаж не рассматривается как нарушение со стороны агента. Агент информирует принципала о конъюнктуре рынка, состоянии конкуренции на своей территории.

Агент обязан убедиться в платежеспособности покупателя, чьи заказы он передает принципалу. Агент имеет право на вознаграждение за все продажи товаров, совершенные принципалом в пределах действия контракта на обусловленной территории, а по законодательству Европейского союза - даже в течение 6 месяцев по окончании контракта. Контракт может быть расторгнут по письменному заявлению любой из сторон.

К числу агентских относится договор транспортной экспедиции. Однако услуги по этому договору оказываются не по поводу реализации товара, а в связи с процессом перевозки. Поэтому данный договор нельзя отнести к торгово-посредническим. Он входит в группу договоров, содействующих торговле, и должен рассматриваться вместе с ними.

5. Торговая практика уже давно привела к появлению договоров, в которых обязательство купли-продажи дополняется условиями об исключительном характере отношений сторон. Так, покупатель принимает на себя обязанность приобретать определенные товары только у своего продавца и не приобретать такие товары от других продавцов. В свою очередь продавец обязуется не продавать соответствующие товары в данном регионе другим покупателям.

Подобные договоры наиболее широко используются во внешнеторговой практике и получили название дистрибьюторских контрактов. Их применение регулируется Типовым дистрибьюторским контрактом, подготовленным Международной торговой палатой (изд. 1991 г. N 518). Заключая такой договор, организация-дистрибьютор принимает на себя обязательство покупки товара иностранной фирмы в качестве ее монопольного импортера. Сторона, заключающая контракт с дистрибьютором, именуется продавцом или грантором.

Дистрибьютор действует как фактический, а не юридический посредник. Он приобретает и реализует товар от своего имени, за свой счет по самостоятельно заключаемым договорам. Этим дистрибьютор отличается от комиссионера, поверенного или агента. Однако он одновременно обязуется оказывать продавцу услуги по сбыту товара, что делает данные отношения посредническими.

В дистрибьюторских контрактах устанавливается минимальное количество товаров, которое дистрибьютор закупает у продавца на год или иной период. Такая заданность объемов продаж важна для планирования производства и отгрузок. Вместе с тем необходимым условием договора является согласование дополнительных поставок товара по заказам дистрибьютора.

Дистрибьютор получает прибыль не только за счет разницы между ценой приобретения и ценой продаж товара. В договорах предусматривается также скидка с цены в пользу дистрибьютора за гарантированный сбыт товара. Предусматриваются меры поощрения для дистрибьютора за превышение минимального уровня продаж.

Поскольку дистрибьютор выступает монопольным импортером, иностранный продавец обязуется не продавать свои товары для сбыта на данной территории другим торговцам. Этим создаются преимущества для дистрибьютора, облегчаются возможности реализации получаемого товара.

Дистрибьютор призван способствовать увеличению продаж товаров. Он обязуется прилагать все усилия для продвижения товара в соответствии с пожеланиями продавца и защищать его интересы. Для этого в контракте предусматривается, что дистрибьютор обязан организовать сбытовую сеть товаров. В этих целях он может заключать субдистрибьюторские и иные договоры, например, торгового агентирования. Дистрибьютор должен информировать поставщика о своей деятельности, конъюнктуре рынка и состоянии конкуренции в пределах оговоренной территории и др. Оказание таких услуг носит обязательный характер наравне с основной операцией покупки товара. Эти устойчивые особенности взаимоотношений дают основания для отнесения дистрибьюторских контрактов к обязательствам посреднического характера.

Стороны могут условиться о проведении совместной рекламы товаров, участии в оптовых ярмарках, выставках, презентациях. Расходы на эти цели распределяются соглашением сторон. Однако в соответствии с практикой образцы изделий для ярмарок и выставок предоставляются грантором, поскольку данная деятельность осуществляется в его интересах.

В контракте должны определяться условия, связанные с реализацией товара: о гарантийном обслуживании, ремонте, создании обменного фонда, послепродажном сервисе. При наличии условия о гарантийном обслуживании должно предусматриваться создание у дистрибьютора запаса комплектующих частей, которые предоставляются продавцом бесплатно. Расходы на гарантийное обслуживание по условиям контракта могут вычитаться дистрибьютором из стоимости получаемых товаров.

Во внутреннем обороте дистрибьюторским контрактам соответствуют договоры об исключительной продаже товара. Заключая такие договоры, оптовые и розничные торговые организации становятся распространителями товаров, приобретаемых ими от изготовителей или головных сбытовых фирм. При выработке содержания таких договоров стороны заимствуют пригодные для внутреннего оборота положения Типового дистрибьюторского контракта, а также учитывают имеющийся опыт соответствующих отношений.

Условие об исключительном характере отношений сторон нередко предусматривается не только в договорах купли-продажи, но также и в посреднических договорах. Так, возможность установления условий об исключительности отношений закреплена ст. 990 и 1005 ГК РФ для договоров комиссии и агентирования.

Рассмотрение проблематики торгового посредничества свидетельствует о неудовлетворительной законодательной регламентации многих возникающих здесь вопросов. Без четкой правовой основы невозможно улучшить организацию товарного обращения. Именно поэтому необходим Торговый кодекс России, призванный урегулировать в комплексе и на более качественном уровне указанные важные виды отношений.

# Дополнительная литература

1. Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебное пособие. М., 2004.

2. Завидов Б.Д. Договоры посреднических услуг. М., 1997.

3. Крылов С. Стороны в договоре поручения//Хозяйство и право. 1999. N 8.

4. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности/Под ред. А.С. Комарова. М., 2001.

5. Рябиков С.Ю.  Агентские соглашения во внешнеэкономических связях. М., 1992.

5. Суханов Е.А. Агентский договор//Вестник ВАС РФ. 1999. N 1.

# Глава 13. Договоры, содействующие торговле

1. Коммерческое право может претендовать на положение отрасли частного права, если наряду с собственно торговой деятельностью оно также регулирует отношения, обслуживающие торговлю, комплексно организует их.

В числе договоров коммерческого права в качестве особой классификационной группы принято выделять договоры, содействующие торговле.

В данную группу включаются не только договоры хранения, перевозки, страхования, как это было в дореволюционном торговом праве. Развитие торгового оборота привело к появлению новых видов договоров, в том числе на:

- проведение маркетинговых исследований;

- оказание разнообразных рекламных услуг;

- предоставление и обработку коммерческой информации и др.

Договоры рассматриваемой группы имеют не только торговое, но и общегражданское значение. Относительная доля их применения в собственно торговых и в гражданских отношениях различна для разных видов договоров. Так, договоры на проведение маркетинговых исследований, транспортное экспедирование обслуживают преимущественно потребности торговли. Что касается договоров на распространение рекламы, предоставление информации, хранение и страхование, то они помимо торговли применяются в других сферах предпринимательства, а также в отношениях с участием граждан.

Некоторые из этих договорных видов, например, договоры страхования, перевозки грузов, транспортной экспедиции, возникли в коммерческом праве и были заимствованы у него правом гражданским. В данном случае имеется необходимость выделения их коммерческо-правовой специфики.

Применение договоров данной группы в торговой сфере отличается определенными особенностями, получающими закрепление в законодательстве и обычаях делового оборота. Данный процесс получил название "коммерциализации" соответствующих договорных институтов. Для учебной дисциплины и науки коммерческого права первоочередное значение имеет выявление и познание особенностей применения соответствующих договоров в торговом обороте, их роль в содействии торговле, пути повышения эффективности их использования в интересах развития товарного рынка.

2. Договоры на проведение маркетинговых исследований в силу их чрезвычайной значимости для коммерческой деятельности и предпринимательства в целом требуют первоочередного рассмотрения.

Маркетинговые исследования получили за рубежом широчайшее распространение. По данным западной печати, в развитых странах в маркетинговой деятельности занято более 1/4 работников хозяйственной сферы. По американской статистике, затраты на маркетинг составляют до 50% конечной цены многих видов товаров.

В его современном виде маркетинг возник в США после Великой депрессии 1929-1932 гг. Именно маркетингу принадлежит главная роль в устранении кризисов перепроизводства, в снятии казавшейся неразрешимой проблемы несбалансированности между производством и потреблением.

Маркетинг предполагает общее изменение идеологии хозяйствования. До 30-х годов прошлого века предприниматели исходили из верховенства производства, т.е. сначала изготавливали товар, а затем прилагали всевозможные усилия, чтобы его продать. С 50-х годов господствующей стала концепция маркетинга, которая требует первоначального определения запросов в товаре и выявления круга потребителей и лишь затем изготовления необходимых товаров. Общая цель маркетинга в том, чтобы производить лишь то и столько, что, безусловно, будет продано. Всеобщее следование этому требованию позволило полностью исключить кризисы перепроизводства.

В современных условиях маркетинг стал обязательным этапом любой производственной и торговой деятельности, приобрел комплексный характер. Он не только обеспечивает приспособление производства к запросам покупателей, но также включает в себя разработку способов стимулирования сбыта, активизации продаж. В специальной литературе под маркетингом понимаются самые различные приемы, методы рыночной работы. Вместе с тем подобных мер, рассчитанных на собственные усилия продавцов, совершенно недостаточно, поскольку производственные и торговые фирмы сами не в состоянии осуществлять необходимые исследования товарных рынков. Это под силу только специализированным маркетинговым организациям, выполняющим такую работу на основе заключаемых договоров.

Правовое регулирование маркетинговых отношений существует в виде документов зарубежных общественных организаций, имеющих значение обычаев торгового оборота. Здесь следует назвать подготовленный Международной торговой палатой и Европейской организацией маркетинговых исследований и исследований общественного мнения (ЕСОМАР) Международный кодекс по практике маркетинговых и социальных исследований (изд. 1976 г.). Первым значительным научным трудом по правовым проблемам маркетинга является книга Е.В. Измайловой "Правовое регулирование маркетинга"[\*(34)](#sub_9934).

Отказ от централизованного планирования производства и распределения товаров предполагает взамен предоставление производителям инструментов, обеспечивающих точное определение того, что и сколько нужно изготавливать товаров, с кем налаживать договорные связи. Необходимы правовые и организационные средства, позволяющие перестроить производство под сбыт, под продажу. Инструментом решения данной задачи служит договор на маркетинговые исследования.

Можно дать следующее определение этого договора. По договору на проведение маркетинговых исследований исполнитель обязуется в соответствии с заданием заказчика провести исследование возможностей продаж соответствующего товара и передать заказчику полученный результат, а заказчик обязуется принять результат исследования и оплатить стоимость работ.

В России отсутствует правовая база маркетинга, что создает сложности для развития современного рынка и внедрения новых способов хозяйствования. На практике анализ возможностей сбыта обычно подменяют услугами по поиску покупателей для определенной партии товара. Большинство договоров на маркетинг фактически являются договорами на маклерские услуги, т.е. подыскание для продавца покупателей его товара. В результате наши производственники работают вслепую, с завязанными глазами; в стране не используется значительная часть производственных мощностей, поскольку организации-изготовители не в состоянии выявлять реальный покупательский спрос и переходить на выпуск необходимых товаров.

В Программе "Структурная перестройка и экономический рост в 1997-2000 годах", утвержденной постановлением Правительства РФ от 31.03.97 N 360[\*(35)](#sub_9935), указывается на неразвитость маркетинговых служб, слабое знание запросов потребителей и, как следствие этого, - неспособность российских предприятий к полноценному сбыту своей продукции на внутреннем и внешнем рынке. В качестве одного из направлений содействия экономическому росту Программа предусматривает развитие системы маркетинга. Необходимым условием развертывания в стране маркетинговых исследований является преобразование существующих ныне псевдомаркетинговых фирм в подлинные маркетинговые исследовательские центры и увеличение их числа с тем, чтобы обеспечить постоянное выполнение заказов производственных и оптовых торговых организаций на проведение маркетинговых изысканий.

ГК РФ не упоминает договор маркетинга. Поэтому при заключении таких договоров стороны должны руководствоваться общими установлениями о договорах. Необходимо также учитывать положения Международного кодекса по практике маркетинговых и социальных исследований.

Интересен вопрос о классификации маркетинговых договоров. В юридической литературе их нередко относят к договорам на оказание услуг, что нельзя признать верным. Маркетинговые договоры принадлежат к типу договоров на выполнение работ. Результатом проведения маркетингового исследования является подготовленный исполнителем и содержащий необходимые данные отчет, который, в свою очередь, может быть предметом торговых сделок.

Договор маркетинга однотипен с договором на выполнение проектных и изыскательских работ. Их различия определяются сферой применения, методами выполнения и характером результата исследований. если договор на выполнение проектных и изыскательских работ применяется в сфере капитального строительства, землеустройства и т.п., то договор на проведение маркетинговых исследований - в области производства товаров и их реализации.

Для сторон важно конкретно и четко определить задачи маркетингового исследования. Расплывчатое или неправильное определение задачи может повлечь значительные расходы, не дав желаемого результата. Поэтому в большинстве случаев заключению маркетингового договора должно предшествовать составление задания на проведение исследования. Заказчик зачастую не в состоянии сформулировать требующую решения задачу, для него существуют лишь хозяйственные проблемы, состоящие в затруднительности сбыта товара или в падении продаж. Поэтому более продуктивно, когда задание разрабатывается самим исполнителем при участии заказчика и утверждается последним.

Задание должно включать:

1) направление и цели исследования, т.е. общую формулировку задач, которые должны быть решены;

2) определение методов исследования: наблюдение, эксперимент, опросы, экспертные оценки и др.;

3) масштабы изучения материала;

4) допустимые величины погрешностей и другие требования.

Разработка задания позволяет определить трудоемкость, сроки исполнения и стоимость самого маркетингового исследования. Нередко при разработке задания выясняется, что затраты на исследование превысят ценность их результата, что влечет отказ заказчика от продолжения отношений. Поэтому разработку проекта задания целесообразно оформлять самостоятельным договором на оказание консультационных услуг с отдельной оплатой.

В самом договоре маркетинга должен быть определен его предмет. Это - наименование работы с отсылкой к заданию на проведение. Должны быть указаны руководящие документы, в соответствии с которыми выполняется работа. Таково, прежде всего, задание на проведение маркетингового исследования, а когда сторонами установлены этапы проведения, то также программа выполнения работ с указанием содержания, частных сроков и результатов каждого этапа.

Устанавливается общий срок выполнения работ, порядок сдачи работ, требования, предъявляемые к отчету исполнителя. В договоре определяются стоимость работ и порядок расчетов. Результатом работ являются выводы и рекомендации, подготовленные исполнителем на основе исследования и излагаемые в отчете. Спецификой маркетинговых работ служит конфиденциальный характер, недопустимость передачи другим лицам не только результатов исследования, но также задания на проведение исследования и всех рабочих материалов.

Выводы и рекомендации, содержащиеся в отчете исполнителя, могут касаться объемов возможных продаж определенных видов товаров, динамики колебаний спроса в будущие периоды, указания перспективных регионов сбыта и групп потенциальных покупателей товара, желательных изменений ассортимента и качественных характеристик, необходимых рекламных и информационных мер и т.п.

Необходимым требованием к результатам маркетингового исследования является достаточность содержащегося в отчете объема информации для принятия решения заказчиком о выпуске конкретного товара, объемах производства, ассортименте и качественных показателях, уровне цен. Кроме того, заказчик должен располагать данными для определения направлений и способов продвижения товара на рынок.

Как и всякие работы, маркетинговые исследования должны обеспечиваться гарантией достоверности, надежности результатов. Для этого в договоре может предусматриваться ответственность маркетолога, например, в виде обязанности возврата части полученной платы при недостижении спрогнозированных результатов. Необходимо учитывать, что достижение ожидаемого результата в виде соответствующего увеличения продаж товара зависит не только от достоверности выводов маркетолога, но и от множества других факторов, в том числе от квалифицированности действий самого заказчика. Поэтому основания и размеры ответственности исполнителей в маркетинговых договорах должны определяться очень взвешенно.

При определении ответственности маркетологов должны применяться по аналогии положения, предусмотренные ст. 761 ГК РФ об ответственности исполнителей по договорам на выполнение проектных и изыскательских работ. В соответствии с названной нормой при обнаружении недостатков в маркетинговых работах исполнитель обязан безвозмездно произвести необходимые дополнительные работы.

Договором может быть предусмотрено, что убытки, причиненные исполнителем заказчику, не возмещаются или подлежат возмещению в пределах стоимости (полной или частичной) работ, в которых выявлены недостатки. По смыслу п. 4 ст. 723 ГК РФ условие договора об освобождении исполнителя от ответственности за определенные недостатки не освобождает его от ответственности, если доказано, что такие недостатки возникли вследствие виновных действий или бездействия исполнителя.

3. Важное значение для осуществления коммерческой деятельности имеют договоры на рекламу и на передачу информации.

Рекламой применительно к коммерческой деятельности признается распространение в любой форме и с помощью любых средств информации о товарах либо о юридическом лице (предпринимателе), которая предназначена для неопределенного круга лиц и призвана формировать или поддерживать интерес к этим товарам или лицу и способствовать реализации товаров.

По объемам использования рекламы Россия занимает одно из ведущих мест в Европе. Несмотря на это, договорные отношения по созданию и распространению рекламы специально не регулируются ГК РФ и другими гражданско-правовыми законами. При заключении таких договоров следует руководствоваться общими положениями ГК РФ о договорах, нормами авторского права, иными нормативными актами, относящимися к данной деятельности. Существуют развитые обычаи делового оборота по рекламе. Международной торговой палатой в 1937 г. был принят Международный кодекс рекламной практики, он существенно обновлен в 1986 г.

В рекламной деятельности подлежат учету требования Федерального закона от 18.07.95 N 108-ФЗ "О рекламе"[\*(36)](#sub_9936), Закона о конкуренции и других специальных законов. Эти правовые акты регулируют публичные отношения в сфере рекламы. Так, целями Федерального закона "О рекламе" являются защита от недобросовестной конкуренции в области рекламы, предотвращение и пресечение ненадлежащей рекламы.

Объектом рекламы могут быть предлагаемый товар либо лицо, осуществляющее производство или продажу товара. Реклама товара имеет целью стимулирование его продаж, побуждение потребителя к приобретению соответствующего товара, а также оказание помощи в выборе товаров. При рекламировании организации - изготовителя или продавца товара преследуется цель побудить потребителя обратиться именно к данной фирме и этим расширить круг покупателей и увеличить объемы продаж. При рекламировании изготовителя или продавца товара покупателям сообщается информация, призванная сформировать или поддержать интерес к этой фирме, ее идеям и начинаниям и способствовать их реализации.

Различают следующие основные виды рекламы:

- печатная реклама, которая распространяется в виде листовок, проспектов, каталогов, буклетов, плакатов и т.п.;

- реклама, публикуемая в газетах, журналах, в книгах, в телефонных и иных специализированных справочниках;

- наружная реклама в виде щитов, вывесок, растяжек, световых экранов и т.п.;

- радио- и телереклама в виде кино- и видеороликов, радиоклипов и т.п.;

- реклама на транспорте в виде рисунков и надписей на бортах транспортных средств, подъем рекламных материалов в воздух с помощью технических средств;

- сувенирная реклама в полиграфическом или промышленном исполнении в виде блокнотов, календарей, полиэтиленовых пакетов, канцелярских принадлежностей и т.п.;

- реклама на месте продажи в виде рекламной упаковки, оформления витрин магазинов и торговых помещений и т.п.

Международная рекламная ассоциация предложила классификацию готовой рекламы, включающую 12 видов, часть которых названа выше. Фактически видов рекламы не 12, а больше. Можно назвать рекламу в сети Интернет, которая сама насчитывает до 10 видов, проведение презентаций, выставок и др. Содержание договоров будет значительно различаться в зависимости от вида производимой или используемой рекламы.

В рекламных отношениях следует, прежде всего, выделять договоры между заказчиками (рекламодателями) и рекламопроизводителями по поводу создания конкретного рекламного продукта. Содержание такого договора будет определяться общими положениями о подряде на выполнение работ с соответствующими особенностями, связанными со спецификой создаваемой продукции.

Для изготовления рекламы, требующей творческой деятельности, широко используется авторский договор заказа. Он применяется при создании рекламы на телевидении, на радио, плакатной рекламы. Даже наружная или сувенирная реклама зачастую не сводится к написанию текста, а требует художественного решения. Создание такой рекламы определяется общим режимом договора авторского заказа. Здесь необходимы предварительное составление задания, подготовка сценария (эскиза, макета и др.) и его утверждение заказчиком.

В договоре должна предусматриваться обязанность рекламо-производителя изготовить именно рекламный продукт. Многие отечественные рекламные фирмы в целях ослабления своей ответственности указывают в договорах, что они изготавливают не рекламу, а рекламную информацию, т.е. некий полуфабрикат, порядок использования которого определяет сам заказчик. Это одно из негативных следствий отсутствия законодательного регулирования данных отношений.

Заказчик обязан принять изготовленный по договору рекламный продукт и оплатить его стоимость.

Ответственность сторон определяется по общим правилам для договоров подряда и авторского заказа. Вместе с тем в договоре специально должна предусматриваться обязанность рекламопроизводителя возместить потерпевшим лицам убытки, если реклама нарушает авторские и смежные права третьих лиц. Данное условие касается ответственности за несанкционированное использование в рекламе чужих художественных и музыкальных произведений или иных объектов интеллектуальной собственности. При отсутствии в договоре такого условия ответственность за нарушение авторских и смежных прав возлагается на заказчика рекламы.

От договоров на создание рекламной продукции существенно отличаются договоры на распространение рекламы, относящиеся к типу договоров на оказание услуг. Гражданский закон также не регулирует эти отношения.

Можно предложить следующее определение договора. По договору на распространение рекламы исполнитель (рекламораспространитель) обязуется совершить в определенной сторонами форме и порядке действия по распространению соответствующих сведений о рекламируемом объекте или лице в целях привлечения интереса к этому объекту (лицу), а заказчик (рекламодатель) обязуется оплатить стоимость оказанных услуг.

В России рекламораспространители обычно действуют как агенты по модели договора комиссии - от своего имени, но в интересах и за счет рекламодателя. За рубежом крупные рекламные фирмы работают от своего имени и за свой счет, хотя и в интересах заказчика; затраты рекламораспространителя возмещаются ему в составе уплачиваемого вознаграждения. Распространение рекламы осуществляется путем предоставления и использования мест в печатных изданиях, технических средствах радиовещания, телевизионного вещания, эфирного времени и иными способами.

Содержанием договора является совершение исполнителем действий по распространению соответствующих сведений рекламного характера. Предмет такого договора определяется тремя составляющими: наименование услуги, способ ее выполнения и объем услуг. Трудности в конкретизации предмета и других условий договора создаются множественностью видов рекламы и сложностью их описания.

В зависимости от вида рекламы условия договора будут выглядеть весьма различно. Так, при распространении рекламы в прессе важно урегулировать: а) в каких печатных изданиях будет размещено объявление; б) с какой периодичностью должно публиковаться рекламное объявление; в) на какой конкретно странице журнала или газеты должно быть размещено объявление, в какой части страницы, каким кеглем оно будет набрано. В договорах на распространение телерекламы следует определять: а) на каких каналах будут размещаться рекламные ролики - общероссийских или региональных; б) в каких передачах должен быть показан ролик. Для заказчика в данном случае важна актуальность передачи, интерес к ней зрителей; в) сколько раз в течение суток будет показан ролик, в какое время дня и др.

В отношении статичных видов рекламы (щитовой, стендовой, на растяжках и т.п.) процесс распространения сводится к размещению изделий с рекламной информацией в выбранных местах и их закреплению. При этом должно производиться согласование установления рекламы с соответствующими органами и соблюдение установленных требований к размещению такой рекламы.

В договорах на распространение рекламы следует указывать круг потребителей рекламной информации, вид рекламы, точную характеристику средств и способов ее распространения, частоту и продолжительность рекламных действий, предусматривать совместный анализ результатов рекламных действий, размеры необходимых затрат и вознаграждения исполнителя.

При заключении и исполнении договоров на рекламу надлежит учитывать положения Федерального закона "О рекламе", который предусматривает важные требования как к самой рекламе, так и к деятельности по ее размещению и распространению. Он определяет особенности организации рекламы в местах продажи, устанавливает ограничения для размещения рекламы, перечень документов и согласований, необходимых для наружной рекламы, размеры платы за размещение наружной рекламы, требования, предъявляемые к рекламе отдельных групп товаров (алкогольных напитков, табачных изделий, медикаментов и др.), меры ответственности за нарушение законодательства о рекламе.

Названный закон вводит понятия недобросовестной, недостоверной, заведомо ложной, неэтичной рекламы и определяет их содержание. Недобросовестной рекламой, в частности, признается такая, которая дискредитирует лиц, не пользующихся рекламируемым товаром, содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с товарами других лиц. Недостоверной является реклама, в которой присутствуют не соответствующие действительности сведения в отношении определенных характеристик товара или самого рекламодателя. Заведомо ложной является реклама, с помощью которой рекламодатель умышленно вводит в заблуждение потребителя рекламы.

Одним из основных недостатков работы наших рекламораспространителей является безадресность действий, неразработанность приемов доведения информации до "активных пользователей", т.е. лиц, являющихся потенциальными покупателями соответствующего товара. Между тем целенаправленный, прицельный характер рекламных действий многократно повышает эффективность рекламы, позволяет избегать излишних затрат. С учетом этого перед рекламными фирмами должно выдвигаться требование об обеспечении целенаправленного, адресного распространения рекламы. Это достаточно сложная и трудоемкая работа, требующая проведения прикладных исследований, накопления баз данных о потенциальных потребителях.

От единоразовых услуг по распространению рекламы следует отличать проведение рекламных кампаний. Для заключения договора на проведение рекламной кампании требуется предварительное составление задания на проведение работ и программы выполнения работ с выделением в ней отдельных видов работ, их основных характеристик и сроков выполнения. Результативность организуемых рекламных акций в значительной степени зависит от квалифицированного, продуманного определения условий договоров на их проведение.

При определении ответственности рекламораспространителя необходимо учитывать следующие обстоятельства. Рекламораспространитель несет ответственность за ненадлежащее исполнение предусмотренных договором обязанностей по общим правилам ответственности предпринимательских организаций. Разглашение рекламораспространителем третьим лицам конфиденциальной информации о рекламодателе признается нарушением договора. Фактический провал рекламной кампании или недостижение ожидаемого эффекта от распространения рекламы не могут рассматриваться как нарушение исполнителем его обязанностей и не влекут ответственности для последнего.

Отдельного рассмотрения требуют договоры на передачу и на переработку информации. Оперативное получение сведений о потребителях соответствующих товаров, возможных объемах продаж, финансовой надежности контрагентов представляет одну из главных предпосылок наращивания объемов товарооборота, развития российского товарного рынка. Поэтому надлежащее информационное обеспечение коммерсантов сейчас много важнее рекламы.

Информация не является имуществом и потому не входит в круг объектов коммерческого права. Вместе с тем использование информации представляет собой важный момент коммерческой деятельности.

По поводу информации могут заключаться договоры на: а) оказание информационных услуг; б) передачу информации; в) переработку информации. Передача деловой информации, используемой в торгово-предпринимательской деятельности, опосредуется договором купли-продажи.

В законе имеет место нечеткость в определении видовой принадлежности отношений по предоставлению информации. В ст. 779 ГК РФ говорится лишь об информационных услугах, хотя в коммерческой сфере ведущее значение принадлежит договорам на продажу информации.

В чем различия между услугой по предоставлению информации и ее продажей? Основной отличительный признак услуги - это совпадение во времени предоставления услуги и ее потребления. В отличие от этого получение за деньги сведений, которые будут использоваться коммерсантом в его деятельности, - это уже купля-продажа. Необходимых сведений у продавца в момент заключения договора может не быть, они только будут собираться. Также и приобретатель использует полученные сведения не одномоментно, как при услуге, а неограниченное время, когда они потребуются. Приобретенная информация используется покупателем по собственному усмотрению. Для обозначения предмета таких договоров весьма пригоден используемый в законодательстве термин "информационный продукт".

Договорные отношения по возмездной передаче информации не регулируются специально гражданским законодательством. При заключении договоров на предоставление коммерческой информации необходимо руководствоваться общими положениями ГК РФ о договорах, другими правовыми актами.

Подлежат учету также требования Федерального закона от 20.02.95 N 24-ФЗ "Об информации, информатизации и защите информации"[\*(37)](#sub_9937) и других специальных законов, регламентирующих публичные отношения в области информации.

Согласно ст. 2 названного Федерального закона под информацией понимаются "сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления". По справедливому уточнению проф. Копылова В.А. эти сведения "должны включаться в оборот в виде, понятном для восприятия человеком"[\*(38)](#sub_9938).

Используемая участниками товарного рынка информация может касаться сведений о потенциальных продавцах или изготовителях определенного товара, их производственных возможностях, наличии имеющихся запасов товара, спросе потребителей, изменений конъюнктуры на товарных рынках, уровне сложившихся или предлагаемых цен, почтовых и транспортных реквизитов фирм, их финансовой устойчивости и деловой репутации и других вопросов.

Можно предложить следующее определение договора на продажу информации. По договору продажи информации одна сторона, продавец, обязуется передать другой стороне, покупателю, требуемые сведения, закрепленные на соответствующем материальном носителе или выраженные иным доступным для восприятия способом, а покупатель обязуется оплатить стоимость этих сведений.

Предоставление информации потребителям осуществляют специализированные информационные и консультационные фирмы. Они ведут работу по созданию, сбору, накоплению, обработке, хранению, распространению и предоставлению покупателям необходимой информации. Для этого они должны создавать банки данных и информационные системы с применением средств вычислительной техники, автоматизированных телекоммуникационных систем.

Предмет договора выражается через характер сведений и цели, для которых предназначается приобретаемая информация. Объем сведений, которые могут быть представлены об объекте, зачастую безграничен. Поэтому без указания цели крайне трудно обеспечить сбор именно тех сведений, которые нужны потребителю.

Качественными характеристиками информационного продукта служат достоверность и полнота. Достоверность отражает соответствие информации реальным фактам действительности. Полнота означает охват всех возможных по имеющимся источникам сведений об объекте.

Важным моментом исполнения является определение материального носителя, на котором закрепляется информация. В случае передачи на носителе должна обеспечиваться пригодность этого носителя для ознакомления с содержащейся информацией. Вместе с тем особым свойством информации является возможность преобразования формы ее фиксирования, например, текстовой или магнитной записи в звуковую, передаваемую уже другим способом. Поэтому нельзя признать точными высказываемые в литературе утверждения о неразрывности связи информации с материальным носителем.

Порядок предоставления информационного продукта может привязываться в договоре не к носителю, а к способу передачи, например, по электронной почте, факсом, по телефону (телефонограммой), радиосвязью и т.п. В таких случаях важно, чтобы имеющиеся у потребителя приемные технические средства позволяли получать информацию и осуществлять ее использование.

Передача информации может производиться в различном порядке: путем предоставления сведений по разовым запросам покупателя, систематического предоставления информации определенного характера, периодической подготовки и передачи аналитических обзоров соответствующих данных и др. Возможно подыскание информационной организацией по запросу покупателя соответствующих субъектов для установления хозяйственных связей и налаживание непосредственных контактов между ними. Так, в развитых странах действуют "электронные биржи", занимающиеся подбором для клиентов (продавцов и покупателей) возможных контрагентов и передающие им необходимую информацию друг о друге.

В договоре на реализацию информации стороны также определяют сроки (частоту) или точное время предоставления информации, объем передаваемых сведений и другие условия. Предусматриваются размеры платы и порядок ее внесения. Цена информации должна признаваться существенным условием ввиду специфики предмета договора и невозможности определения сопоставимой цены. Устанавливается взаимная ответственность сторон.

Наряду с получением различных сведений коммерсантам требуется переработка и квалифицированный анализ информации о собственной деятельности и работе других участников рынка. Переработка деловой информации и составление на ее основе различных прогнозов и рекомендаций также могут поручаться специализированным организациям, сочетающим в своей деятельности информационные и консультационные функции.

Договоры на переработку и анализ деловой информации относятся к типу договоров на выполнение работ. Их результатом является создание нового информационного продукта. квалифицированно переработанная информация представляет большую ценность, она позволяет принимать более значимые и масштабные управленческие решения.

Для организаций, осуществляющих коммерческую деятельность, необходимым требованием для информационного обеспечения служит документирование информации, осуществляемое в соответствии с обязательными правилами делопроизводства и стандартизации документов и их массивов. Документ, полученный от информационной организации, приобретает юридическое значение лишь в случае подписания его должностным лицом организации. Достоверность документа, обрабатываемого и передаваемого с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем, может подтверждаться электронной цифровой подписью. Фамилии и должности лиц, уполномоченных удостоверять своей подписью передаваемую информацию, а также возможность использования при этом электронной цифровой подписи определяются в договоре.

4. Договор хранения широко применяется для содействия торговле. Общее определение этого договора дается в ст. 886 ГК РФ. Согласно названной норме одна сторона - хранитель обязуется хранить вещь, переданную ей другой стороной - поклажедателем, и возвратить эту вещь в сохранности.

При использовании в коммерческой деятельности договор хранения получает более полное регулирование. Статьи 907-918 ГК РФ выделяют как особый подвид договор хранения на товарном складе. Хранителем по такому договору выступает определенный субъект - товарный склад, представляющий собой специализированную организацию по хранению и осуществлению иных операций с товарами.

Вопросы хранения затрагиваются в законах, регулирующих другие виды обязательств. Так, согласно ст. 38 УЖТ и ст. 79 КВВТ прибывший в адрес грузополучателя груз хранится на станции или пристани бесплатно в течение 24 часов, а за хранение сверх этого срока взимается сбор. Когда вопросы хранения не регламентированы специально для отдельных видов отношений, надлежит руководствоваться общими правилами о договоре хранения, содержащимися в гл. 47 ГК РФ.

Договор хранения должен быть заключен в простой письменной форме. В изъятие из общего порядка простая письменная форма считается соблюденной, если принятие товара на хранение удостоверено сохранной распиской, квитанцией, складским свидетельством или иным документом, подписанным хранителем. При несоблюдении письменной формы договора ссылка на свидетельские показания допускается лишь для определения тождества сданной на хранение и возвращенной вещи (ст. 887 ГК РФ).

Основная цель договора состоит в сохранности вверенного имущества. Однако в коммерческой деятельности хранителям, особенно товарным складам, приходится сочетать хранение с агентированием и выполнять множество иных предусматриваемых договором обязанностей. Таковы отпуск товара получателям по указанию поклажедателя, систематическое освежение запасов товаров с ограниченными сроками годности, подборка групп товаров для отправления получателям, оформление складских и залоговых свидетельств на товар и др.

В случае, когда для обеспечения сохранности товаров требуется изменить условия их хранения, товарный склад вправе самостоятельно осуществить необходимые меры. В тех случаях, когда принятые меры существенно изменяют условия хранения товара, предусмотренные договором, товарный склад обязан уведомить о них товаровладельца. При обнаружении во время хранения повреждений товара, выходящих за пределы согласованных в договоре складского хранения или обычных норм естественной порчи, товарный склад обязан незамедлительно составить об этом акт и в тот же день известить товаровладельца.

Договор хранения в коммерческих отношениях считается платным, если иное не предусмотрено соглашением сторон или нормативными правовыми актами. Плата вносится по окончании хранения либо уплачивается по истечении каждого периода, определяемого сторонами. В плату за хранение включаются все расходы хранителя, если иное не установлено договором. Плату за агентские услуги целесообразно определять и взимать отдельно.

Ответственность хранителя в коммерческих отношениях носит общий характер. Хранитель возмещает убытки от несохранности товара в полном объеме.

Особый случай представляет так называемое ответственное хранение. О нем говорится в ст. 514 ГК РФ и ряде других правовых норм. Отгруженные без договора или с нарушением условий договора товары, если покупатель отказался от их использования, принимаются на ответственное хранение. Согласно ст. 35 УЖТ получатель груза, поставка которого не предусмотрена договором с продавцом, обязан вывезти груз со станции и принять его на ответственное хранение, если возможность отказа от принятия груза не допускается Уставом.

Получатель обязан незамедлительно уведомить отправителя о принятии товара на ответственное хранение и предложить ему распорядиться товаром. Получатель должен обеспечить сохранность таких товаров. Если отправитель в разумный срок не распорядился товаром, то получатель вправе возвратить товар или реализовать его на месте. Скоропортящиеся товары во избежание убытков подлежат реализации на месте, если только отправитель незамедлительно не распорядился ими. Средства, вырученные от продажи товаров, принятых на ответственное хранение, подлежат перечислению отправителю за вычетом затрат получателя на хранение и реализацию.

Обязанность ответственного хранения представляет собой разновидность отношений по хранению. Эти отношения могут возникать при получении вещей по любым видам договоров и даже при отсутствии договора. Включение норм об ответственном хранении не в гл. 47 ГК РФ, регулирующую хранение, а в параграф о договоре поставки - это очевидная неточность ГК РФ.

Для содействия торговому обороту весьма широко применяется договор страхования.

Страхование имеет древнюю историю. Оно возникло в торговой сфере, и многие столетия определялось обычаями торгового оборота. Лишь с середины XVIII в. оно находит законодательное закрепление. В процессе кодификации гражданского законодательства в западноевропейских странах оно было воспринято гражданским правом и получило огромное развитие. Оно применяется в самых различных областях - от социального до страхования запускаемых космических аппаратов.

Природа страхования исследовалась в юридической литературе, однако предложенные решения представляются неточными. Это сказалось и на нечеткости, противоречивости законодательного определения страхования. В законе страхование квалифицируется как отношения по защите имущественных интересов лица либо как возмещение убытков страхователя.

Называть страхование способом защиты интересов лица едва ли верно, поскольку защита устанавливается лишь на случаи нарушения прав и интересов лица. Между тем обязанность выплаты денежного возмещения предусматривается в связи с наступлением определенного события, так называемого страхового случая, а не обязательно в связи с чьими-либо действиями, нарушающими право. Страхование также может быть не связано с понесением убытков. Таковы, например, медицинское страхование, накопительное страхование на случай достижения ребенком совершеннолетия и др.

Более точно будет считать содержанием страхования обязанность уплаты страховщиком страхователю обусловленной суммы для возмещения его потерь или удовлетворения интересов в связи с наступлением определенных обстоятельств.

Отношения по страхованию регулируются гл. 48 ГК РФ, законом РФ от 27.11.92 N 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации" (в редакции Федерального закона от 31.12.97 N 157-ФЗ)[\*(39)](#sub_9939) и другими специальными законами.

Страховщиками могут быть юридические лица, получившие лицензию на ведение этой деятельности. Специализация по видам страхования избирается самим страховщиком.

Страхователями могут выступать любые юридические лица и индивидуальные предприниматели. При страховании необходимым требованием является наличие у страхователя или выгодоприобретателя интереса к объекту страхования. По договору страхования риска ответственности за нарушение договора может быть застрахован только риск ответственности самого страхователя. По договору страхования предпринимательского риска может быть застрахован риск только самого страхователя и только в его пользу.

Договор страхования заключается на основании устного или письменного заявления страхователя. Он обычно оформляется подписанием сторонами составленного страховщиком документа. В заключаемом договоре страхования может иметься ссылка на дополняющие его страховой полис и правила страхования. Вместе с тем договор страхования в виде отдельного документа, подписываемого сторонами, может не составляться. В этом случае подписанный страховщиком страховой полис с приложением или без приложения к нему правил страхования составляют договор страхования. Правила страхования представляют собой внутренний документ страховщика, в который могут вноситься изменения. Поэтому страховщик обязан удостоверить факт передачи страхователю правил страхования, которые применяются в редакции, действовавшей на день их передачи страхователю.

При необходимости страхования регулярно отгружаемых партий товара или перевозимых однородных грузов закон предусматривает возможность оформления отношений по страхованию генеральным полисом. В нем устанавливается единый режим страхования товаров (грузов). Страхователь обязан заблаговременно сообщать страховщику необходимые сведения о каждой поставляемой (перевозимой) партии товаров. На основании генерального полиса и полученных сведений страховщик по требованию страхователя выдает последнему страховой полис на каждую отдельную партию товара. В случае расхождения в содержании обоих документов в силу п. 3 ст. 941 ГК РФ приоритет имеют условия страхового полиса на конкретную партию товара (груза).

Содержание договора страхования образует обязанность уплаты страховщиком страхователю обусловленной суммы для возмещения потерь или удовлетворения иного интереса в связи с наступлением определенных обстоятельств (страхового случая).

Договор страхования - это многопрофильный договор. В соответствии со ст. 929 ГК РФ по договору страхования могут быть, в частности, застрахованы следующие имущественные интересы коммерческих организаций:

- риск утраты (гибели), недостачи или повреждения товара либо иного имущества;

- риск ответственности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда имуществу (жизни, здоровью) других лиц;

- риск ответственности страхователя за нарушение догово-ра - гражданской ответственности. Страхование ответственности по договору допускается в случаях, предусмотренных законом, и производится только в пользу стороны, перед которой страхователь должен нести соответствующую ответственность;

- предпринимательский риск страхователя, в частности, риск неполучения ожидаемых доходов или возникновения иных убытков.

Для торговой деятельности значимо в основном страхование сохранности товаров, зданий, иного имущества, а также страхование коммерческих рисков предпринимателя.

При заключении договора страхования стороны обязаны согласовать в нем существенные условия, предусмотренные ст. 942 ГК РФ, и другие необходимые условия. Должен быть конкретно указан объект страхования. При страховании имущества называется соответствующее имущество, при страховании риска ответственности или иного предпринимательского риска - вид этого риска.

Стороны указывают в договоре характер события, на случай наступления которого осуществляется страхование (страхового случая), хотя возможно страхование независимо от вида негативного события, т.е. от любых случаев.

Страхователь при заключении договора обязан сообщить страховщику известные страхователю обстоятельства, имеющие существенное значение для определения вероятности наступления страхового случая и размера возможных убытков от его наступления, если эти обстоятельства не известны и не могли быть известны страховщику. Требующими разъяснения признаются обстоятельства, оговоренные страховщиком в тексте договора (страхового полиса) или в его письменном запросе.

По сложившейся практике страхование не должно приносить прибыли страхователю. Поэтому при страховании имущества страховая сумма не может превышать его действительной стоимости на момент заключения договора (страховой стоимости). Стороны не могут оспаривать страховую стоимость имущества, определенную в договоре, за исключением случаев, когда страховщик докажет, что он был намеренно введен в заблуждение страхователем. Если страховая сумма, определенная договором, превышает страховую стоимость имущества, договор является недействительным в той части страховой суммы, которая превышает действительную стоимость имущества на момент заключения договора.

Что касается риска неполучения прибыли и иных предпринимательских рисков, то размер их возмещения не должен превышать соответствующих убытков, которые страхователь понес при наступлении страхового случая. Данное положение требует умения определять и доказывать убытки, с учетом которых определяются размеры страхового возмещения.

Плата, которую страхователь обязуется уплатить за страхование, традиционно называется страховой премией. В договоре определяются размеры, порядок и сроки внесения платы. Если договором предусмотрено внесение страховой премии в рассрочку, то устанавливаются размеры и очередность внесения отдельных страховых взносов.

Договор страхования вступает в силу с момента уплаты страхователем первого страхового взноса, если иное не установлено договором. Договор страхования прекращается с истечением срока, на который он заключен, при ликвидации организации-страхователя и в иных случаях, предусмотренных законом или договором.

Выплата страхового возмещения производится на основании заявления страхователя или выгодоприобретателя о наступлении страхового случая. В договоре страхования следует устанавливать конкретный срок, в течение которого должна быть произведена выплата, исчисляя его от даты подачи заявления. Если такой срок не определен, то следует руководствоваться общим 7-дневным сроком исполнения со дня предъявления требования. Рекомендуется также устанавливать в договоре пеню за задержку выплаты страхового возмещения. При отсутствии такого условия страхователь имеет право лишь на взыскание процентов по ст. 395 ГК РФ за просрочку исполнения страховщиком денежного обязательства.

Статьи 963 и 964 ГК РФ называют основания для отказа в выплате страхового возмещения. Таковы наступление страхового случая в результате умышленных действий страхователя или выгодоприобретателя, а также военных действий (мероприятий), народных волнений и забастовок. Перечень оснований для отказа в выплате страхового возмещения может быть дополнен договором. Страховщики нередко включают такие дополнительные основания для отказа в выплате возмещения в правила страхования, прилагаемые к договору страхования. Исключения кабальных условий, предусматриваемых правилами страхования, следует добиваться на стадии заключения договора.

Договор страхования традиционно признается носящим особо доверительный характер. С учетом этого страхователю и выгодоприобретателю законом предоставлено право в любое время отказаться от договора страхования, расторгнуть его в одностороннем порядке.

Для исков по требованиям из имущественного страхования установлен специальный срок исковой давности продолжительностью два года (ст. 966 ГК РФ).

5. Одним из новых видов договоров, содействующих торговле, является договор коммерческой франшизы. Использование в гл. 54 ГК РФ для обозначения этого договора термина "коммерческая концессия" представляется ошибочным, поскольку в зарубежном законодательстве (Франция, ФРГ, ЕС) слова "коммерческая концессия" служат для обозначения торгового посредничества и используются как синонимы дистрибьюторства и дилинга.

Договор франшизы известен с XIX в. Однако бурное развитие он получил в США в 70-е годы ХХ в. как способ легального преодоления ограничений антитрестовского законодательства. Под воздействием успешного американского опыта сформировалась целая группа обязательств, составляющих новое направление предпринимательства, обозначаемых общим понятием франчайзинг (франшизирование). Этот термин стал общепринятым в мировой практике.

Идея франчайзинга основана на передаче одним лицом другим лицам знаний и делового опыта, приобретенных в силу продолжительной и успешной работы в определенной области. Франчайзинг непосредственно связан с высокой деловой репутацией ведущей фирмы. Франчайзинг обеспечивает объединение сети хозяйствующих субъектов вокруг единого центра, передовые технологии и приемы деятельности которого они используют. Это чисто контрактные объединения, поскольку новых юридических лиц здесь не возникает.

Ведущая фирма может развивать свое дело двумя путями: расширять за счет инвестиций собственный бизнес либо вовлекать на основе договоров в сферу своей деятельности другие фирмы. Второй путь обеспечивает получение высокого дохода, не требуя значительных финансовых затрат. Создание франчайзинговых сетей позволяет расширяться, занимая новые ниши рынка через связанные договорами франшизы организации. Именно с помощью такой системы выросли крупнейшие торговые и иные предпринимательские сети.

Значительный экономический выигрыш получают также зависимые организации, применяющие апробированные на практике прогрессивные технологии, приемы ведения предпринимательской деятельности.

Принято различать следующие виды франчайзинга:

1) коммерческий, применяемый в сфере торговли. Здесь одна сторона передает, а вторая получает право на реализацию товаров с использованием торговых технологий, маркетинговых приемов, методов продажи, а также под фирменным именем головной организации. Видом коммерческого является сбытовой франчайзинг, представляющий собой деятельность по реализации товаров под фирменным наименованием и на основе технологий и приемов ведущей организации.

С учетом предметных интересов основное внимание будет уделено коммерческому франчайзингу;

2) производственный, дающий субъекту право на изготовление и реализацию товаров с использованием приемов, технологий и ноу-хау ведущей организации, ее фирменного наименования и товарных знаков;

3) деловой, применяемый в сферах обслуживания, общественного питания (где он впервые и возник), обучения и др.

Сторонами в договоре франшизы являются правообладатель (франчайзер) и пользователь (франчайзи).

Серьезным просчетом гл. 54 ГК РФ стало то, что она свела отношения сторон по договору франшизы в основном к лицензионному соглашению - передаче за плату возможности пользоваться фирменным наименованием, товарными знаками, изобретениями и ноу-хау правообладателя. Между тем сущность франчайзинга состоит в передаче передового опыта, знаний от успешно работающих организаций другим, слабым в указанном отношении. Высокая результативность франчайзинга основана на принципе копирования по определенной системе зарекомендовавших себя на практике эффективных концепций бизнеса.

Товарные знаки, патенты, ноу-хау выступают лишь внешними воплощениями коммерческого опыта и деловой репутации. Они имеют косвенное отношение к профессиональным знаниям и передовому опыту правообладателя и сами по себе не создают изменений в деятельности пользователя. Если, например, оклеить стены заводоуправления ОАО "Москвич" патентами и свидетельствами лучших автомобильных фирм мира, то выезжать из ворот предприятия будут все те же "Москвичи".

Коммерческий опыт в отличие от объектов интеллектуальной собственности нельзя просто продать, ему можно только обучить, перенять его. Для этого за рубежом в договорах франшизы в качестве основного условия предусматривается передача разработанной франчайзером бизнес-системы и устанавливается обязанность пользователя строго соблюдать ее положения. Бизнес-система (или операциональная система) представляет собой регламент организации хозяйственной деятельности, в котором детально определяются все вопросы функционирования фирмы-пользователя. Бизнес-система жестко стандартизирует требования ко всем сторонам работы пользователя, обеспечивая копирование порядка деятельности и даже внешних признаков правообладателя, нередко доводя их до степени неразличимости.

Именно бизнес-системы обеспечивают подтягивание множества посредственно работающих организаций до уровня самых передовых и служат общему повышению уровня хозяйствования в стране. Этот способ организации предпринимательства предполагает создание широких сетей однородных организаций, соблюдающих одинаковые условия, стиль, методы продажи товаров. Так, в США более 1/3 оптовых и розничных торговых организаций входят во франчайзинговые сети и этот процесс активно развивается. Глава 54 ГК РФ вообще не упоминает о бизнес-системе (операциональной системе), уделяя основное внимание лицензионному соглашению и этим сводя на нет возможности договора франшизы.

Бизнес-системы в силу их объемности оформляются как приложение к договору франшизы. Освоение бизнес-системы предполагает стадию подготовки пользователя к работе по новым правилам и обучение персонала. Оно производится специалистами правообладателя. Процесс последующего совершенствования хозяйственной деятельности делает необходимым периодическое внесение изменений в бизнес-систему, что специально обусловливается в договоре.

Договор франшизы носит долгосрочный характер. Заключаемые франчайзером договоры со всеми пользователями должны предусматривать одинаковые условия. Это обязательное требование к договорам франшизы.

В договоре обычно предусматривается условие о содействии пользователю в приобретении торгового или производственного оборудования, стандартизированной офисной мебели и рекламных средств от централизованных поставщиков со скидкой с цены. Это уменьшает необходимые затраты пользователя.

Частью договора является соглашение о предоставлении правообладателем пользователю на срок или без указания срока права использовать в предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д.

Договор должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы договора влечет его недействительность. Договор франшизы (коммерческой концессии) регистрируется органом, осуществившим регистрацию юридического лица, выступающего в качестве правообладателя. Договор, содержащий условие об использовании объектов, охраняемых в соответствии с патентным законодательством, кроме того, подлежит регистрации в федеральном патентном ведомстве. При несоблюдении этого требования договор считается ничтожным.

Пользователь должен поддерживать деловую репутацию франчайзинговой системы. В этих целях в договоре предусматривается право осуществления систематического контроля со стороны правообладателя за соблюдением пользователем правил бизнес-системы. Несоблюдение установленных требований, в частности неспособность следовать деловым стандартам, служит основанием для прекращения договорных отношений.

В договорах производственной и деловой франшизы необходимым условием является обеспечение пользователем соответствия уровня качества изготавливаемых изделий (производимых работ, оказываемых услуг) уровню качества аналогичных товаров (работ, услуг), производимых непосредственно правообладателем. В этих целях в гл. 54 ГК РФ воспроизведено положение ст. 26 Закона о товарных знаках, согласно которому лицензионный договор должен содержать условие о том, что качество товаров пользователя будет не ниже качества товаров правообладателя и что последний будет осуществлять контроль за выполнением этого условия.

Договор предусматривает внесение пользователем первоначального взноса за покупку франшизы. Такая первичная плата покрывает расходы франчайзера на содействие пользователю в переустройстве его фирмы и обучении персонала. Пользователь должен также делать ежемесячные (на Западе - еженедельные) выплаты правообладателю за право пользования его системой бизнеса и поддержку деятельности. Такие платежи называют различно: управленческая плата, роялти, сервисная плата и др. Размеры платы определяются в виде процента от суммы продаж товара пользователем.

Существенные просчеты ГК РФ имеют результатом то, что договоры коммерческой концессии между отечественными предпринимателями насчитываются единицами. Более активно франчайзинг используется во взаимоотношениях иностранных и отечественных фирм. Как показывают изучения, такие договоры составляются по западным образцам на основе зарубежного правового и хозяйственного опыта.

Подобная ситуация явно ненормальна. Договоры франшизы имеют огромную перспективу. Согласно публикуемым в печати прогнозам, к середине нынешнего столетия половина малых предприятий в развитых странах будет работать в режиме договоров франшизы и, следовательно, на уровне лучших, ведущих в своей области фирм. Это требует необходимых изменений в законодательном регулировании отношений франчайзинга.

6. Договор транспортной экспедиции иногда ошибочно определяют как договор перевозки и рассматривают вместе с транспортными договорами. По своей природе данный договор относится к группе агентских договоров. Отличительные черты договора транспортной экспедиции определяются сферой применения. Здесь услуги юридического и фактического характера оказываются в связи с процессом перевозки товара. Существуют книжная, почтовая, денежная экспедиция, но они также связаны с перевозкой соответствующего имущества. Вне перевозки никакого экспедирования не бывает.

Отношения по экспедированию регулируются гл. 41 ГК РФ и Федеральным законом от 30.06.03 N 87-ФЗ "О транспортно-экспедиционной деятельности". Названный закон регламентирует товарное экспедирование и напрямую относится к коммерческой деятельности. Закон предусматривает издание Правил транспортно-экспедиционной деятельности, которые должны быть утверждены Правительством РФ.

Договор определяется следующим образом. По договору транспортной экспедиции одна сторона, экспедитор, обязуется за вознаграждение и за счет другой стороны, клиента, выполнить или организовать выполнение определенных договором услуг, связанных с перевозкой грузов. Итак, соглашение касается услуг, связанных с перевозкой, но не собственно перевозки.

Обязанности по экспедированию могут принимать на себя специализированные организации, созданные для этих целей. Таковы различные экспедиционные агентства и фирмы. Они заключают с клиентами договоры на оказание комплекса услуг по получению от транспортных организаций грузов и доставке их клиенту, а также сдаче к перевозке грузов, отправляемых клиентом.

Г.Ф. Шершеневич в качестве важного признака экспедирования указывал на отсутствие у экспедитора транспортных средств, вследствие чего он не может осуществлять перевозку. Такая трактовка не соответствует современному положению дел. Экспедиционные организации, как правило, располагают автомобильным и другим транспортом, однако он предназначен для выполнения не основной, а вспомогательной перевозки: со станции (порта, пристани, аэропорта) к клиенту или обратно.

Указанные обстоятельства подлежат учету при определении момента исполнения реализационного обязательства, перехода права собственности на товар и решении вопроса об ответственности за несохранность груза. Сдача продавцом товара экспедитору не считается исполнением обязательства по купле-продаже, поскольку экспедитор обязуется передать товар основному перевозчику, а не доставить его покупателю. Перевозка, выполняемая экспедитором и выполняемая основной транспортной организацией, не является прямой смешанной перевозкой, она осуществляется не по единому, а по разным транспортным документам. Покупатель лишен возможности заявить требование к экспедитору по поводу несохранности поступившего груза. Такие требования могут заявляться им лишь к основному перевозчику, принявшему груз от экспедитора, либо к грузоотправителю.

Во многих случаях функции экспедирования принимают на себя сами транспортные организации: порты, станции, автоперевозчики. Для этого в составе транспортных организаций создаются специальные подразделения, которые выполняют такие обязанности.

Отдельные экспедиционные услуги могут оказывать работники транспортных организаций, непосредственно выполняющие перевозку груза, например, работники морских и речных судов. На автомобильном транспорте шофер наряду с перевозкой, как правило, выполняет для клиента отдельные обязанности по экспедированию. Он может производить увязку, укрытие и крепление груза в кузове, следить за сохранностью, оформлять на станции (пристани, в порту) документы для клиента. В таких случаях шофер становится шофером-экспедитором. За оказываемые услуги он получает набавку к зарплате.

Услуг лишь одного экспедитора нередко оказывается недостаточно. Поэтому различные обязанности по экспедированию оказываются рассредоточенными между несколькими разными экспедиторами, каждый из которых выполняет свой круг задач.

С учетом такого разделения функций конкретные виды экспедиционных услуг и размер платы за них стороны предусматривают в: 1) договорах на транспортно-экспедиционное обслуживание, заключаемых со специализированными экспедиционными организациями; 2) организационных договорах, заключаемых с транспортными организациями. Так, в годовых договорах на перевозку грузов автомобильным транспортом определяются виды оказываемых экспедиционных услуг и размеры платы за них; 3) договорах (заказах) на выполнение разовых перевозок грузов.

Договоры предусматривают оказание экспедиторами как фактических, так и юридических услуг. Содержание фактических экспедиционных услуг составляют: а) проверка количества и состояния прибывшего или отправляемого груза, его тары и упаковки; б) нанесение транспортной маркировки на груз и снабжение груза бирками; в) внесение провозных платежей и сборов; г) организация либо непосредственное осуществление доставки груза на станцию (порт, пристань) или со станции к получателю; д) сопровождение груза при перевозке; е) уведомление клиента об отправленных или прибывших в его адрес грузах и иные действия.

Наряду с фактическими действиями экспедитору приходится совершать также юридические действия. Таково заключение экспедитором договоров перевозки с транспортными организациями от имени и за счет клиента, оформление документов по отправлению и приему грузов от перевозчика, осуществление таможенных процедур и др. В таких случаях экспедитор вступает в правовые отношения от имени клиента и должен иметь доверенность на действия по его уполномочию.

Согласно ст. 4 Федерального закона "О транспортно-экспедиционной деятельности" при приеме груза экспедитор обязан выдать клиенту экспедиторский документ, а также представить клиенту оригиналы договоров, заключенных экспедитором от имени клиента на основании полученной доверенности.

Ответственность по договору на транспортно-экспедиционное обслуживание характеризуется рядом особенностей. Экспедитор отвечает за несохранность груза лишь при наличии его вины. При этом согласно ст. 803 ГК РФ если экспедитор докажет, что нарушение обязательства вызвано нарушением договора перевозки, то он отвечает перед клиентом по тем же правилам, по которым перед экспедитором отвечает соответствующий перевозчик. это особая правовая конструкция, предусматривающая, что ограниченный характер ответственности должника обусловливается ограничением по закону ответственности третьего лица, действиями которого вызвано нарушение.

В соответствии со ст. 6 Федерального закона "О транспортно-экспедиционной деятельности" в случае одностороннего отказа экспедитора или клиента от договора сторона возмещает другой стороне убытки, вызванные расторжением договора, и уплачивает штраф в размере 10% суммы затрат, понесенных клиентом или экспедитором.

До предъявления экспедитору иска обязательно заявление к нему претензии. Претензия заявляется клиентом в течение 6 месяцев с приложением обосновывающих документов. Ответ на претензию должен быть дан в течение 1 месяца. Срок исковой давности по требованиям из договора транспортной экспедиции составляет 1 год.

# Дополнительная литература

1. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002.

2. Евдокимова Е. Франшиза и договор коммерческой концессии//Хозяйство и право. 1997. N 12.

3. Измайлова Е.В. Правовое регулирование маркетинга. М., 2002.

4. Суворова С. Договор хранения//Российская юстиция. 1998. N 6.

5. Шахов В.В. Страхование. М., 1997.

6. Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993.

# Глава 14. Регулирование перевозок грузов

1. Один из важнейших участков торгового оборота - транспортировка товара, доставка его от продавца к покупателю. Товар только тогда готов к потреблению, когда будет обеспечена его доставка к месту потребления.

По отношению к торговому обороту деятельность по перевозке грузов должна рассматриваться как содействующая торговле. Процесс перевозок грузов, некогда определявшийся торговыми обычаями, сейчас является сферой преимущественно жесткого законодательного регулирования. Принятые в последнее десятилетие новые транспортные кодексы, как и УАТ РСФСР, остались сводами норм, детально регламентирующих отношения по перевозке. В них практически отсутствуют положения, выражающие требования рыночных отношений, это по своей направленности антирыночные законы. Возможности реализации принципа свободы договора в перевозках остаются крайне ограниченными.

Особо следует сказать о КТМ 1999 г. Прежде это был акт собственно коммерческого права. Он входил в состав Устава торгового 1887 г. подобно тому, как это имеет место в ряде зарубежных торговых кодексов, регулирующих перевозки грузов. С развитием других видов транспорта на морской транспорт приходится малая доля от общего объема перевозок. Поэтому основное внимание мы обязаны уделять железнодорожной и автомобильной перевозкам товаров.

При налаживании перевозок коммерсантам приходится решать ряд сложных задач. Здесь на первый план выходят вопросы скорости доставки к получателю, снижения транспортных расходов, обеспечения сохранности товара. Исходя из этих обстоятельств, выбирается вид транспорта и используемых перевозочных средств, вырабатываются условия договоров, предусматриваются меры защиты груза.

То обстоятельство, что между продавцом и покупателем в качестве необходимого звена включается транспортная организация (нередко - несколько организаций), предполагает особое построение взаимоотношений сторон. Отношения субъектов приходится регулировать сразу несколькими видами обязательств. Эти отношения протекают на разных уровнях, являются многослойными. Они опосредуются несколькими самостоятельными видами договоров, в которых в комплексе и взаимосогласованно следует решать все вопросы, касающиеся транспортировки товара.

Значительная часть важных вопросов перевозки должна находить урегулирование в реализационных торговых договорах: оптовой купли-продажи, поставки, контрактации, поставки для государственных нужд и др. В этих договорах, прежде всего, определяется:

- на какой из сторон лежит обязанность доставки товара в пункт назначения;

- каким видом транспорта и в каких перевозочных средствах будет перевозиться товар, возможна ли замена одного вида транспорта (перевозочного средства) другим;

- условие о виде используемой тары, требования к таре и порядку упаковки товара;

- условие об использовании отправителем специализированных средств для обеспечения сохранности груза. Таковы специализированные контейнеры, поддоны, строп-пакеты, грузовые сетки, оборудование стеллажей и креплений, увязка изделий в блоки, пачки и др.;

- предельный размер одновременно отгружаемых партий товара, календарное расписание отгрузок или интервалы времени между каждой отгрузкой. Данное условие особенно важно при отправках массовых грузов или скоропортящихся товаров;

- обязанность уведомления получателя телеграфом или иным видом связи об отправке ему товара. Это способствует сокращению потерь, улучшению организации транспортного процесса;

- перечень необходимых мер по обеспечению сохранности бьющихся изделий или легко снимаемых узлов и деталей;

- предоставление шоферу возможности уведомлять по телефону диспетчера организации-продавца о прибытии в каждый пункт заезда и др.

Непосредственно в торговых договорах необходимо предусматривать меры по усилению сохранности грузов при перевозке. Перечень таких приемов достаточно разнообразен, даже простейшие из них дают высокий эффект. Так, переход от отгрузки шин в вагоне навалом к отправке в связках по 10-12 штук резко затруднил хищения и уменьшил потери. Производственные фирмы практикуют поставку технологического оборудования с разделением станины и всех снимаемых электронных и механических частей, упаковываемых в специализированный контейнер или прочный ящик. Важно самостоятельно отыскивать решения, позволяющие уменьшить вероятность потерь. Подобные меры должны предусматриваться в договорах в виде конкретных обязанностей продавцов (отправителей).

Во внешнеторговых контрактах решение широкого круга вопросов, касающихся перевозки, осуществляется на основе разработанных Международной торговой палатой Международных правил по толкованию торговых терминов ИНКОТЕРМС (изд. 2000 г. N 560). Правила ИНКОТЕРМС содержат 13 терминов (моделей), предусматривающих распределение обязанностей между продавцом (грузоотправителем) и покупателем в связи с перевозкой товара. Сами термины охватывают достаточно объемный круг обязанностей продавца и покупателя, как-то: заключение продавцом или покупателем договора перевозки, необходимость страхования груза, переход рисков, распределение расходов по погрузке и выгрузке, упаковка и маркировка груза, оформление таможенных разрешений и иных формальностей и др.

Правила ИНКОТЕРМС-2000 могут применяться сторонами также во внутреннем обороте. Суды учитывают соответствующие договоренности сторон при наличии в договоре ссылки на сами Правила и указания соответствующего термина.

Таким образом, многие важные вопросы транспортировки товара подлежат решению уже в торговых договорах. Вместе с тем основные моменты перевозки находят решение в транспортных договорах. Транспортные договоры разделяются на несколько видов, создавая ряд одновременно существующих и связанных между собой обязательств.

2. До начала перевозок грузоотправителю приходится определять вместе с транспортной организацией объемы подлежащих выполнению перевозок грузов, согласовывать порядок и сроки осуществления перевозок.

Обязательства по объемам перевозок (их также именуют "обязательства по подаче транспортных средств и предъявлению груза к перевозке") представляют собой самостоятельный вид обязательств с собственным содержанием и ответственностью.

По такому обязательству перевозчик обязуется предоставить транспортные средства (вагоны, контейнеры, автомобили и т.п.) в согласованных объемах и в сроки, а грузоотправитель обязуется погрузить соответствующее количество груза или передать груз перевозчику для погрузки его силами.

Объемы перевозок могут определяться сторонами в договорах об организации перевозок (эти договоры упоминаются в ст. 798 ГК РФ). На разных видах транспорта организационные договоры имеют различное название и неодинаковое содержание.

Так, согласно ст. 10 УЖТ грузоотправители, грузополучатели при систематическом осуществлении перевозок грузов могут заключать с перевозчиками долгосрочные договоры об организации перевозок. В таких договорах определяются предполагаемые объемы перевозок грузов, сроки и условия предоставления транспортных средств и предъявления грузов для перевозок, порядок расчетов, а также иные условия организации перевозок. В соответствии с указанными договорами перевозчики обязуются в установленные сроки принимать грузы в согласованном объеме, грузоотправители обязуются предъявлять их для перевозки.

Статьей 36 УАТ предусмотрено заключение годовых договоров на перевозку грузов, которые могут заключаться на трехлетний срок. В этих договорах согласовываются объемы перевозок на каждый год (с разбивкой по кварталам), условия перевозок и порядок расчетов. До начала каждого квартала перевозчик и грузоотправитель согласовывают объемы перевозок грузов на месяцы, в соответствии с которыми определяются декадные задания на перевозку грузов. На морском транспорте в соответствии со ст. 118 КТМ стороны заключают долгосрочный договор об организации морских перевозок грузов, в котором предусматривают объемы перевозок грузов в навигационный период или на год с разбивкой по месяцам и иные вопросы организации перевозок.

Другим инструментом установления объемов перевозок служат заявки или заказы грузоотправителей. Наличие в организационном договоре согласованных объемов перевозок не освобождает грузоотправителя от необходимости представления заявки.

На железной дороге заявка на перевозку подается грузоотправителем транспортной организации за 10 дней до начала месяца перевозки, а при отправках на экспорт или в прямом смешанном сообщении - за 15 дней. Заявки на перевозку представляются в трех экземплярах с распределением объемов перевозок по видам грузов, по дорогам назначения. Перевозчик обязан в течение трех дней рассмотреть заявку и сообщить грузоотправителю о ее принятии или об отказе в осуществлении перевозки. Грузоотправитель за 3 дня до начала каждой декады представляет на станцию календарное расписание подачи вагонов.

На автомобильном транспорте при наличии согласованных в годовом договоре объемов перевозок и определении декадных заданий на соответствующий месяц перевозки осуществляются на основании подаваемых заявок. Заявка подается грузоотправителем автоперевозчику по установленной форме до 14 часов предшествующих суток, а на междугородние перевозки - за 48 часов.

В тех случаях, когда организационный договор между сторонами не заключался, объемы перевозок грузов определяются на основании разовых заказов (заявок) грузоотправителя. Подача заказа (заявки) и ее принятие транспортной организацией могут рассматриваться как заключение договора об определении объемов разовых перевозок. Так, перевозки воздушным транспортом, как правило, осуществляются по разовым заказам.

Организационный договор вместе с заявкой или поданный грузоотправителем разовый заказ (заявка) создают обязательство по объему перевозок. Правильное определение условий таких обязательств весьма важно для осуществления перевозок. Существенное значение имеет указание в договоре необходимых видов транспортных средств, поскольку при оставлении неопределенным этого условия выбор вида транспортного средства осуществляется перевозчиком. Между тем для перевозки соответствующих грузов зачастую необходим специализированный подвижной состав: рефрижераторы, цистерны, цементовозы, автофургоны, самосвалы и т.п. Не менее важно точное определение дней и часов подачи транспортных средств.

Статья 793 ГК РФ говорит об ответственности за невыполнение принятой заявки (заказа) на перевозку или иного договора. Транспортными кодексами предусмотрена высокая штрафная ответственность сторон за невыполнение обязательств по объемам перевозок. Перевозчик отвечает за неподачу транспортных средств в согласованных объемах и в сроки, а грузоотправитель - за неиспользование поданных транспортных средств.

Организационные договоры помимо установления обязательств по объемам перевозок служат налаживанию других сторон транспортного процесса. Так, в организационных договорах на железнодорожном транспорте регулируются важные вопросы порядка подачи вагонов под погрузку и выгрузку (по расписанию, через интервалы или по уведомлению), устанавливаются сроки обработки поданных вагонов, определяются ставки платы за услуги. Предусматривается порядок сдачи-приема вагонов, точное место их передачи, ответственные за это лица.

В таких договорах важно согласовывать меры по усилению сохранности грузов: огораживанию пунктов погрузки и выгрузки, их освещению, оснащению средствами сигнализации. Необходимо предусматривать последовательное повышение уровня механизации погрузки и выгрузки. В настоящее время большинство договоров заключается по утвержденной еще Министерством путей сообщения проформе, содержащей минимальный набор условий, что не способствует решению важных вопросов, возникающих во взаимоотношениях сторон.

На автомобильном транспорте основными видами организационных договоров являются годовой договор на перевозку грузов и договор на централизованную перевозку грузов, заключаемые автотранспортной организацией и клиентом. Понятие централизованной перевозки дается в ст. 38 УАТ. При централизованных перевозках автотранспортные организации, сочетая перевозку и транспортно-экспедиционное обслуживание, производят по договору на перевозку и согласованным графикам завоз всех грузов получателю и вывоз от него всех грузов.

В договорах кроме объемов перевозок предусматриваются виды экспедиционных услуг, оказываемых перевозчиком, согласовываются размеры платы за них, определяются пункты погрузки и выгрузки и другие условия.

Клиенты могут разрабатывать и закреплять в договоре схемы грузопотоков и оптимальные маршруты перевозок товара. При выборе маршрутов следует выпрямлять и сокращать путь движения, что позволяет увеличить число ездок в течение дня. Необходимо избирать линии, более безопасные для движения транспорта и предупреждения хищений груза.

Практика перевозок выработала три основных вида маршрутов: линейные, кольцевые и маятниковые.

Линейными маршрутами доставляют товары полногрузным автомобилем в один рейс одному получателю.

Кольцевыми маршрутами товар доставляется одним рейсом нескольким получателям, расположенным в одном населенном пункте. Такой способ позволяет доставлять небольшие партии товара сразу нескольким разным получателям и при этом полнее использовать грузоподъемность автомашин. Здесь в договоре важно определять последовательность завоза в разные точки и учитывать это условие при погрузке в автомобиль грузов для разных получателей.

Маятниковые маршруты используются для того, чтобы при движении в одном направлении выгружать партии товара у различных получателей, а при движении в обратном направлении забирать у покупателей возвратную тару для доставки ее изготовителю. В таких случаях требуется расчет наиболее экономичного маршрута движения, определение последовательности заездов в каждый пункт, правильное размещение в автомобиле грузов, предназначаемых каждому получателю.

Коммерческая практика выработала немало приемов улучшения организации централизованных перевозок. Так, важно согласование графиков подачи транспорта в течение суток, что позволяет сокращать простои транспорта под погрузкой и выгрузкой. По договору с перевозчиком производится оснащение автомобилей подъемными устройствами для погрузки и снятия грузов (подъемный задний борт, мини-кран), установка в кузове рам для перевозки в лотках полуфабрикатов и хлебобулочных изделий, перевозка одежды со складов в магазины "на вешалах".

Если в договоре соответствующее условие не предусмотрено, то перевозчик не обязан дополнительно оборудовать транспорт с учетом особенностей перевозимого товара. Поэтому нередко приходится наблюдать, как в небольших магазинах продавцы вынуждены разглаживать одежду, доставленную от продавца навалом в мешках.

Имеются и другие приемы ускорения перевозок, повышения экономичности погрузки и выгрузки, сохранения товарного вида изделий, предупреждения потерь от несохранности товара. Такие вопросы касаются особенностей взаимоотношений грузоотправителя, перевозчика и грузополучателя. Они не могут быть установлены законом и должны предусматриваться в договорах по инициативе заинтересованной стороны.

3. Самостоятельный уровень отношений образуют договоры на перевозку конкретных партий груза. Это договоры перевозки, заключаемые на каждую отдельную отправку. Вместе с тем точнее будет говорить о составном обязательстве на перевозку каждой отдельной партии груза.

Сторонами в договоре перевозки называют три субъекта: грузоотправитель, перевозчик и грузополучатель. В юридической литературе почти век обсуждается проблема, является ли договор перевозки трехсторонним либо это договор между отправителем и перевозчиком в пользу третьего лица - грузополучателя. Обе эти трактовки представляются неточными.

Договор перевозки нельзя признать трехсторонним, поскольку грузополучатель не участвует в его заключении, более того, не спрашивается даже его согласие на отправку ему груза. Возникающие между тремя названными субъектами отношения нельзя также объяснить на основе модели договора в пользу третьего лица - грузополучателя, ибо закон предусматривает не только права, т.е. пользу, но и многочисленные обязанности грузополучателя, принявшего груз, перед перевозчиком.

Перевозка груза по своим основаниям представляет собой составное обязательство, где из договора двух лиц - отправителя и перевозчика - и юридического факта принятия грузополучателем доставленного груза возникает обязательственное отношение между тремя субъектами. Только в случае принятия груза получатель приобретает возможность заявлять требования к перевозчику по поводу недостачи или порчи этого груза, требовать уплаты штрафа за просрочку доставки и т.п. Со своей стороны, перевозчик может требовать от принявшего груз получателя довнесения провозных платежей, уплаты штрафов и сборов за задержку выгрузки груза из транспортного средства и вывоза его со станции (порта, пристани).

Перевозка осуществляется на основании перевозочных документов. В ст. 785 ГК РФ говорится, что заключение договора перевозки подтверждается составлением и выдачей отправителю груза транспортной накладной или иного документа на груз. Такая запись неточна. Выданный транспортный документ в теории и на практике не рассматривается в качестве доказательства заключения договора перевозки. Перевозочный документ непосредственно выполняет роль договора перевозки, поскольку никакого другого договора перевозки сторонами не заключается. Исключительно на основании данных, записанных в перевозочных документах, определяется в случае возникновения спора вид и количество перевозившегося груза, расстояние перевозки, размер провозной платы и др. Кроме того, транспортная накладная не выдается грузоотправителю. Напротив, сам грузоотправитель заполняет и вручает накладную перевозчику.

На различных видах транспорта перевозка оформляется неодинаково.

На железной дороге перевозка оформляется составлением комплекта перевозочных документов. Грузоотправитель заполняет транспортную железнодорожную накладную на вагонную, контейнерную или мелкую отправку. Она составляется в одном экземпляре и подписывается отправителем. Накладная сопровождает груз и выдается получателю в пункте назначения вместе с грузом.

В подтверждение заключения договора перевозки станция выдает грузоотправителю квитанцию о приеме груза со своим штемпелем. Она также составляется в одном экземпляре и имеет одинаковый номер с накладной. У станции остается корешок дорожной ведомости на перевозимый груз.

Подобными документами оформляется также перевозка грузов речным транспортом.

Существенные особенности имеет оформление автомобильной перевозки. Шофер, прибывший для перевозки груза, обязан предъявить служебное удостоверение и путевой лист с печатью или штампом автотранспортной организации. Путевой лист служит в основном для учета времени работы шофера.

Перевозка груза оформляется товарно-транспортной накладной. Она заполняется в 4 экземплярах и подписывается грузоотправителем. Прием груза к перевозке удостоверяется подписью шофера во всех экземплярах, один из которых остается у грузоотправителя. Выдача доставленного груза удостоверяется в трех экземплярах накладной, один из которых передается грузополучателю, а два возвращаются шоферу.

При воздушной перевозке грузоотправитель заполняет грузовую накладную, которая условно называется накладная отправителя. Она вручается авиаперевозчику, который на ее основании выписывает свою грузовую накладную в 3 экземплярах. Один экземпляр заверенной перевозчиком накладной, именуемый также грузовой квитанцией, вручается отправителю в подтверждение приема груза и еще один остается у организации воздушного транспорта, принявшей груз к перевозке. Накладная отправителя и 1-й экземпляр грузовой накладной следуют вместе с грузом.

Оформление морской перевозки осуществляется следующим образом. На основании представленного грузоотправителем погрузочного ордера порт в зависимости от вида перевозки выписывает морскую накладную либо коносамент, содержание которого определено ст. 144 КТМ. После погрузки груза на борт судна перевозчик взамен коносамента выдает грузоотправителю бортовой коносамент, в котором указываются наименование судна, дата погрузки и другие данные, либо вносит соответствующие сведения в ранее выданный коносамент. Коносамент, подписанный капитаном судна, считается выданным от имени перевозчика. По желанию грузоотправителя он может выдаваться ему в нескольких экземплярах (оригиналах) с указанием числа экземпляров.

Коносамент может выписываться:

1) с указанием определенного грузополучателя - именной коносамент;

2) с указанием о необходимости выдачи груза согласно приказу отправителя или получателя, такой коносамент именуется ордерным;

3) на предъявителя.

Коносамент выполняет две основные функции. Он служит способом оформления договора перевозки и, кроме того, является товарораспорядительным документом. Коносамент может предлагаться для продажи, в том числе на биржевых торгах, поскольку в качестве товарораспорядительного документа он позволяет изменять собственника указанного в нем товара.

Отправитель обязан поместить груз в тару или в упаковку, обеспечивающие сохранность при перевозке. На отправителя возлагается обеспечение необходимыми вспомогательными материалами: стойками, щитами, оградительными стенками, креплениями. Законом или договором такая обязанность может быть возложена на перевозчика. Об использовании соответствующих вспомогательных материалов следует делать запись в транспортной накладной для предотвращения споров.

Погрузка груза в транспортное средство производится грузоотправителем либо (за отдельную плату) перевозчиком. На каждом виде транспорта установлены нормативные сроки для выполнения погрузочных и разгрузочных работ. Их соблюдение учитывается в ведомостях подачи и уборки вагонов - на железной дороге, в товарно-транспортных накладных или путевых листах - на автотранспорте, в актах учета - на речном транспорте и в таймшите - на морском транспорте.

Сроки на погрузку и выгрузку исчисляются по истечении двух часов с момента уведомления клиента станцией о подаче вагонов, если договором не предусмотрена подача вагонов по графику или через интервалы. На автотранспорте срок исчисляется с момента прибытия автомобиля к пункту погрузки (выгрузки) у клиента, на морском и речном - с момента подачи судна согласно графику. Четкой и оперативной погрузке и выгрузке следует уделять особое внимание, поскольку за нарушение сроков установлены высокие штрафы.

Тарные и штучные грузы сдаются к перевозке с указанием в перевозочном документе общего веса и количества мест. При этом транспортные организации проверяют число мест, а вес груза принимается условно, согласно данным, указанным отправителем. Лишь на воздушном транспорте проверяется общий вес любых грузов. Грузы, перевозимые навалом и насыпью, сдаются с проверкой перевозчиком и грузоотправителем и с указанием в накладной их веса.

На груз, перевозимый на открытом подвижном составе или мелкими отправками с присоединением к другим грузам, наносится транспортная и защитная маркировка. Защитная маркировка позволяет фиксировать доступ к грузу или изъятие части груза. Транспортная маркировка состоит в нанесении на таре словесных, знаковых и цифровых обозначений, определяющих принадлежность груза и порядок манипулирования с ним. Требования к маркировке устанавливаются правилами перевозок и стандартами. Так, каждое отдельное место при перевозках с присоединением к другим грузам должно иметь цифровую маркировку в виде дроби, в числителе которой указывается номер перевозочного документа, а в знаменателе - порядковый номер каждого места. При перевозках в закрытом подвижном составе грузов, требующих соблюдения мер предосторожности, соответствующая маркировка наносится на наружных стенах вагона, контейнера и т.п. Соответствующие отметки делаются в перевозочном документе.

Оплата перевозки, как это предусмотрено ст. 764 ГК РФ, производится грузоотправителем до сдачи груза к перевозке. Плата вносится наличными деньгами либо производится чеками или платежными поручениями. Окончательные расчеты осуществляются между перевозчиком и грузополучателем в пункте назначения.

Отправитель обязан проверить исправность поданного вагона, контейнера, автомобиля и его пригодность для перевозки соответствующего груза. Различаются техническая и коммерческая пригодность транспортных средств. Коммерческой признается пригодность транспортного средства для перевозки определенного груза с учетом специальных свойств этого груза. Технически исправное перевозочное средство может быть непригодным в коммерческом отношении. В случае несоответствия транспортного средства требованиям сохранности груза отправитель должен заявить отказ от его использования. Одновременно отправитель вправе потребовать замены непригодного перевозочного средства пригодным.

Доставленный перевозчиком груз выдается получателю, указанному в транспортной накладной (коносаменте). Получатель вправе отказаться от принятия груза, если только законом не предусмотрена обязанность его принятия. Так, на автомобильном транспорте при городских и пригородных перевозках получатель вправе отказаться от принятия груза, не соответствующего договору или не предусмотренного договором. При междугородней перевозке получатель обязан принять доставленный в его адрес груз. Вместе с тем перевозчик лишен возможности понудить грузополучателя взять предназначенный ему груз.

При морской перевозке груз выдается портом назначения получателю, указанному в именном коносаменте, либо в обмен на экземпляр ордерного или предъявительского коносамента, пересланного отправителем получателю. Одновременно утрачивают силу все остальные экземпляры коносамента.

В пункте назначения груз выдается получателю в том же порядке, в каком он был принят к перевозке.

На железной дороге груз выдается с обязательным участием работника станции в проверке количества и состояния груза в случаях:

- прибытия его в неисправном вагоне или контейнере;

- поступления с нарушенными пломбами отправителя или неясными оттисками пломб;

- погрузки или выгрузки груза перевозчиком;

- наличия признаков несохранности при перевозке груза на открытом подвижном составе и в других установленных случаях (ст. 41 УЖТ).

Тарные и штучные грузы выдаются во всех случаях по числу мест без проверки веса и лишь на воздушном транспорте - с проверкой общего веса (массы) груза. Сохранность содержимого проверяется только в поврежденных местах.

На автомобильном транспорте груз, доставленный в исправных закрытых автомобилях и контейнерах за ненарушенными пломбами отправителя, выдается шофером без проверки. В остальных случаях шофер и получатель проверяют совместно вес грузов, перевозимых навалом и насыпью, взвешивая автомобиль с грузом и затем после выгрузки. Тарные и штучные грузы сдаются по счету мест.

Перевозка за пломбами грузоотправителя, когда станция или шофер не участвуют в проверке груза и не несут ответственности за его сохранность, создает возможности для злоупотреблений. В случае поступления груза за пломбой важно уметь проверять исправность вагона, контейнера или автомобиля, отсутствие признаков доступа к грузу и повреждений. Пломбы от транспортного средства следует сохранять в запечатанном виде с указанием номера накладной, даты и фамилий лиц, участвовавших в проверке груза, для возможности передачи пломбы на экспертизу.

Практика показывает, что участие представителя транспортной организации в приеме и выдаче груза способствует снижению числа хищений. Сейчас ст. 784 и 793 ГК РФ предусматривают возможность заключения соглашений между грузоотправителем (грузополучателем) и перевозчиком, направленных на повышение ответственности за сохранность груза, в том числе об обязанности участия перевозчика в проверке выдаваемого груза. Однако на практике такие соглашения встречаются редко.

Факт несохранности груза удостоверяется коммерческим актом, составляемым станцией, портом, авиаперевозчиком. Коммерческий акт составляется в трех экземплярах на бланках установленного образца, подписывается должностными лицами транспортной организации и заверяется ее штампом. Грузополучатель подписывает коммерческий акт, если он участвовал в его составлении. О составлении коммерческого акта делается запись в перевозочном документе.

При отказе в составлении коммерческого акта или несогласии с его содержанием подается жалоба: на железной дороге - руководителю филиала дороги, на других видах транспорта - руководителю транспортной организации. Жалоба подается до вывоза груза и не позднее трех дней с момента обнаружения соответствующих обстоятельств, а по скоропортящимся грузам - в суточный срок. В ней указываются характер нарушения и размер ущерба. Надлежаще поданная жалоба приравнивается к коммерческому акту, заменяет его. Коммерческий акт составляет только для удостоверения несохранности груза: недостачи, порчи, повреждения. Остальные нарушения удостоверяются актами общей формы, составляемыми перевозчиком с участием или без участия клиента.

На автомобильном транспорте любая несохранность груза (недостача, порча, повреждение) удостоверяется записью в трех экземплярах товарно-транспортной накладной за подписями шофера и получателя. При необходимости подробного описания составляется совместный акт с отметкой о его составлении в накладных, подписываемых сторонами.

На получение доставленного груза (кроме получения от автомобильного транспорта) представитель организации-получателя должен иметь доверенность, составленную по правилам ст. 185 ГК РФ за подписью руководителя организации с приложением печати, а для государственной и муниципальной организации - также за подписью главного бухгалтера.

На железнодорожном и речном транспорте выдача груза оформляется путем заполнения получателем дорожной ведомости. Она является четвертым документом из комплекта перевозочных документов. В дорожной ведомости указываются наименование организации, выдавшей доверенность, номер и дата доверенности, паспортные данные представителя. Представитель грузополучателя расписывается в дорожной ведомости. Доверенность хранится вместе с дорожной ведомостью.

При перевозке автомобильным транспортом доверенности на получение груза не требуется. Получение груза удостоверяется подписью работника организации-получателя, заверенной печатью или штампом организации, во всех трех экземплярах товарно-транспортной накладной. Один экземпляр накладной остается у получателя, а два отдаются шоферу.

4. Ответственность транспортных организаций традиционно носит ограниченный характер. При утрате или недостаче груза перевозчик несет ответственность в размере фактической стоимости недостающего груза. Кроме того, с перевозчика может быть взыскана провозная плата за недостающую часть груза. При порче или повреждении груза перевозчик отвечает в размере суммы, на которую понизилась стоимость груза. Иные потери, в том числе неполученный доход, перевозчик не возмещает. Этот принцип закреплен ст. 796 ГК РФ, он проводится также во всех транспортных уставах и кодексах.

Стоимость груза удостоверяется счетом-фактурой продавца. Для определения размера и причин ущерба в спорных случаях может быть назначена экспертиза. Она проводится с обязательным участием представителя транспортной организации и лишь в случае его неявки по вызову - без него.

При авиационных перевозках ст. 119 ВК устанавливает специальные пределы ответственности перевозчика за утрату или недостачу груза и багажа. Они предусмотрены при внутренних перевозках в 2-кратном размере минимальной месячной оплаты труда за 1 кг недостающего груза, а для вещей при пассажире - не более 10-кратного размера. При международных перевозках ответственность составляет 20 долл. США за 1 кг недостающего груза или багажа.

При просрочке доставки груза перевозчик уплачивает штраф, определяемый в процентах от провозной платы (на железнодорожном транспорте - от 9% до 100%, на воздушном - от 25% до 50%, на водном - от 9% до 50%, на автомобильном - от 12% до 60%) в зависимости от длительности просрочки. На автомобильном транспорте такая ответственность наступает только при междугородных перевозках. С учетом повышения тарифов провозной платы взыскание таких штрафов стало эффективной мерой воздействия, тем более что перевозчики нередко нарушают сроки доставки грузов.

За опоздание подачи транспортных средств к пункту погрузки (выгрузки) с перевозчика может быть взыскан установленный штраф, если время подачи было согласовано с клиентом в договоре или отдельном графике.

Серьезные трудности создают для клиентов установленный на транспорте формализованный порядок предъявления претензий и специальные претензионные сроки. Соблюдение претензионного порядка урегулирования спора является обязательным условием для предъявления иска к перевозчику.

Претензии по поводу несохранности груза заявляются грузополучателем, а при полной утрате - также грузоотправителем. Право на предъявление претензии может быть передано грузополучателем грузоотправителю и, наоборот, в зависимости от того, кем из них понесен ущерб от несохранности груза, а также страховщику, выплатившему страховое возмещение за груз.

К претензии прилагаются оригиналы или надлежаще заверенные копии обосновывающих ее документов: транспортная накладная (коносамент) или грузовая квитанция, коммерческий акт или жалоба на отказ в его составлении. Прилагаются также счет-фактура продавца, удостоверяющий стоимость груза, и расчет претензии.

Претензия заявляется строго определенному органу. На железной дороге претензия по поводу несохранности груза или багажа заявляется филиалу дороги по месту назначения груза. На автомобильном транспорте при полной утрате груза претензия заявляется транспортной организации, принявшей груз к перевозке, при недостаче или повреждении груза - организации, выдавшей груз. На воздушном и водном транспорте претензия заявляется транспортной организации пункта назначения груза.

Установлены пресекательные претензионные сроки. Претензии заявляются клиентами к органам транспорта в пределах 6 месяцев с момента возникновения права требования, а об уплате штрафов - в течение 45 дней. Ответ на претензию должен быть дан заявителю в течение 30 дней (ст. 797 ГК РФ). При отказе в удовлетворении претензии или непоступлении ответа на нее в течение 30 дней может быть заявлен иск. Срок исковой давности составляет 1 год и исчисляется со дня получения ответа на претензию или с той даты, когда ответ должен быть получен. Такая привязка сроков исковой давности к претензионным срокам требует от клиентов внимания к их соблюдению.

# Дополнительная литература

1. Витрянский В.В. Договор перевозки. М., 2001.

2. Егизаров В.А. Транспортное право: Учебное пособие. М., 1999.

3. Коммерческое право: Учебное пособие для вузов/Под ред. проф. М.М. Рассолова. М., 2001.

4. Петров И.В. Коммерческое право: Учебник. СПб., 2001.

5. Холопов К. Основной закон железных дорог России//Закон. 2000. N 9.

# Глава 15. Организационные договоры в торговом обороте

1. При классификации договоров коммерческого права в качестве особой группы должны выделяться организационные договоры. Они представляют собой самостоятельный тип договоров коммерческого (и гражданского) права, включающий в себя целый ряд разнообразных видов таких договоров. Названные договоры требуют отдельного рассмотрения в силу своей распространенности и высокой значимости.

Определение сущности организационных договоров представляет известную сложность. Дело в том, что организационные договоры могут служить вспомогательной частью "основных" имущественных договоров, хотя организационные вопросы выходят в них на первое место. Наряду с этим организационные договоры могут быть обособлены от имущественных, выполняя самостоятельные функции в организации взаимоотношений субъектов торговой деятельности.

Впервые на необходимость выделения организационных неимущественных отношений и регулирующих их организационных договоров обратил внимание О.А. Красавчиков[\*(40)](#sub_9940). Он также предложил выделить договоры, в которых на первый план выходит организационное начало.

Взгляды  О.А. Красавчикова встретили как поддержку, так и резкие возражения. Основным контрдоводом было то, что в ст. 2 ГК РСФСР (и в ст. 2 ГК РФ) организационные отношения не названы в числе объектов регулирования гражданского права. В ней говорится, что гражданское право регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения.

Подобный аргумент явно несостоятелен. Во-первых, само правовое регулирование общественных отношений означает, прежде всего, внесение в них должной организованности. Во-вторых, как показывает практика, объективное существование правовых явлений совершенно не зависит от того, урегулированы они законом или нет.

Кроме того, утверждение о законодательной неурегулированности организационных договоров не соответствует действительности. Транспортные уставы и кодексы на протяжении многих десятилетий предусматривали и предусматривают заключение организационных договоров. В настоящее время ст. 798 ГК РФ устанавливает необходимость заключения договоров об организации перевозок грузов. Организационный характер носят договоры о простом товариществе (гл. 55 ГК РФ), о создании финансово-промышленных групп, холдингов и др.

Таким образом, организационные договоры представляют распространенную группу, нуждаясь в специальном рассмотрении.

Отличия организационных и имущественных договоров могут быть проведены по ряду признаков, прежде всего по предмету договора и согласованной цели участников договора.

Предметом организационных договоров служит определение наиболее общих условий взаимосвязанной деятельности, которые не могут быть предусмотрены в заключаемых субъектами разовых, отдельных договорах. Весьма важно то обстоятельство, что соответствующий уровень организованности отношений создается не в результате законодательного регулирования, как в публичном праве, а на основе правовой инициативы и согласованного волеизъявления самих договорных контрагентов. Закрепление принципа свободы договора, автономии воли лиц расширяет возможности использования организационных договоров в сфере торгового оборота.

Всякий имущественный договор в коммерческом праве носит возмездный характер и имеет целью получение имущества или иного блага. В отличие от этого целью организационных договоров служит создание возможностей и предпосылок для более успешного осуществления взаимосвязанной деятельности лиц, повышение координированности и согласованности совершаемых в дальнейшем имущественных операций.

Организационное содержание и направленность рассматриваемых договоров не являются самоцелью, а ориентированы на последующие имущественные отношения сторон, связаны с ними. Таким образом, организационные договоры рассчитаны на последующий учет их содержания, а нередко - на детализацию и конкретизацию их условий в отдельных имущественных договорах.

Можно предложить следующее определение. Организационный договор - это соглашение об упорядочении взаимосвязанной деятельности двух и более лиц, определяющее процедуру возникновения и общие условия исполнения конкретных имущественных обязательств в последующем, и (или) мерах, направленных на повышение эффективности этой деятельности.

Отсюда проистекает ряд отличительных черт организационных договоров. Поскольку организационные договоры направлены преимущественно на регламентацию будущих имущественных отношений сторон, они, как правило, носят долгосрочный или бессрочный характер. Лишь в установленных законом случаях они заключаются на годичный или иной краткий срок.

Организационные договоры упорядочивают имущественные отношения субъектов, но на уровне не единичного обязательства, а определенной их совокупности. Это означает, что организационный договор предусматривает общие требования к заключению и исполнению всего множества отдельных обязательств в пределах его действия. Данная функция организационных договоров определяется как формирование и стабилизация долгосрочных отношений участников договора.

Организационные договоры могут являться предпосылкой заключения его участниками любых видов имущественных договоров. Так, участники контрактного объединения в дальнейшем способны заключать между собой самые различные договоры, вытекающие из взаимосвязанного характера их деятельности. Наряду с этим организационные договоры могут служить основанием заключения и исполнения договоров определенного вида. Например, транспортные организационные договоры определяют отдельные условия выполнения договоров на перевозку конкретных партий грузов.

Из названных функций организационного договора проистекает впечатление его обслуживающего характера, вспомогательной роли по отношению к заключаемым отдельным имущественным договорам. Такой взгляд будет неточным. Организационные договоры значимы сами по себе, имеют собственную ценность, состоящую в достигаемом на их основе повышении организованности взаимосвязанной деятельности субъектов, что дает непосредственный экономический эффект. Вместе с тем, поскольку организационный договор не предусматривает достижение конкретного имущественного результата, он остается по своей природе организационным.

Крайне важно использование такой функции организационных договоров, как создание условий и предпосылок для последовательного совершенствования взаимоотношений сторон. В данном деле следует выделять два аспекта: 1) четкое определение условий и порядка действий, подлежащих учету при заключении и исполнении отдельных имущественных договоров; 2) включение в договоры обязанностей, предусматривающих меры по непосредственному совершенствованию взаимосвязанной деятельности. Таково, например, включение в организационные транспортные договоры условий о расширении фронтов одновременной погрузки и выгрузки, оборудовании их дополнительными механизмами для ускорения погрузочно-разгрузочных работ и др. В подобных случаях организационный договор начинает включать в себя отдельные элементы имущественного договора, однако общая цель - направленность на улучшение организации взаимосвязанной деятельности - остается неизменной. Между тем сущность договора определяется основной целью, а не сопутствующими условиями.

Спецификой организационных договоров является то, что предусматриваемые ими организационные, производственные, технологические усовершенствования осуществляются за счет одной из сторон. Затраты на указанные цели не компенсируются другой стороной, не распределяются между участниками. Однако положительный результат произведенных улучшений используется одновременно обоими участниками договора.

2. В качестве самостоятельного договорного типа организационные договоры составляют богатое множество отдельных видов. Среди них можно выделить:

1) договоры о взаимосвязанной деятельности по снабжению ресурсами и сбыту товаров. Названные договоры предусматривают различные формы сотрудничества производственных или оптовых торговых организаций для обеспечения устойчивого сбыта товаров, а также снабжения сторон необходимыми ресурсами. Достижение указанных целей ведет к повышению прибыли, получаемой сотрудничающими сторонами.

Основной формой взаимодействия является создание несколькими производственными либо оптовыми торговыми организациями на договорной основе снабженческих или сбытовых структур. Образуемые организации являются подконтрольными по отношению к своим учредителям, что принципиально отличает их от независимых в организационно-экономическом отношении посредников.

Порядок деятельности создаваемой снабженческой или сбытовой организации определяется заключаемым ее учредителями организационным договором. В таком договоре, в частности, предусматривается расширение объемов сбыта товаров за счет предложения к продаже имеющегося у сторон более широкого (чем у каждого в отдельности) ассортимента изделий, разведения конкурирующих товаров на разные потребительские рынки и др. Относительно снабжения предусматриваются возможность и порядок займа одними из учредителей ресурсов из имеющихся неиспользуемых запасов других партнеров, обмена различных ресурсов и т.п. Определяется порядок распределения прибыли от деятельности снабсбытовой структуры пропорционально вложенному капиталу либо уровню продаж товаров каждого учредителя;

2) договоры об образовании контрактных объединений. Таковы договоры о простом товариществе, о создании финансово-промышленной группы, договоры между центральным и зависимыми звеньями холдинга о принятии управленческих решений и др.

Договоры о создании контрактного объединения требуют урегулирования в них разных вопросов в зависимости от характера стоящих перед субъектами задач. Так, заключение договора о создании простого товарищества (ст. 1041 ГК РФ) предполагает определение в нем: а) видов и стоимости имущества и иных благ, вносимых каждым из товарищей в общее дело; б) порядка учета общего имущества товарищей, а также произведенной продукции и полученных доходов на отдельном балансе; в) поручения о ведении общих дел одному из товарищей; г) систематического распределения прибыли, полученной товарищами в результате совместной деятельности;

3) договоры об организации перевозок грузов. Они заключаются при необходимости осуществления систематических перевозок грузов и носят преимущественно долгосрочный характер.

Договоры об организации перевозок позволяют сторонам решать широкий круг вопросов их взаимоотношений в связи с перевозками грузов. Они определяют общие условия выполнения отдельных договоров перевозки. В самих отдельных договорах эти вопросы не могут получить решения в силу краткосрочного характера таких договоров. Именно поэтому необходимы долгосрочные договоры организационного содержания.

В договоре об организации перевозок грузов могут полно и детально определяться положения, единые для транспортной деятельности сторон. Так, в договоре согласовываются минимальные и максимальные объемы грузов, предъявляемых к перевозке ежемесячно (подекадно, ежесуточно), определяются условия о месте передачи и приема вагонов, порядке погрузки (выгрузки) грузов, видах и количестве механизмов, используемых при погрузочно-разгрузочных работах и др. Могут быть предусмотрены условия, отражающие специфические особенности перевозки определенных видов грузов и подлежащие учету при каждой конкретной отправке таких грузов;

4) организационный характер носят договоры, заключаемые между организациями различных видов транспорта об обеспечении перевозок грузов. Таковы узловые соглашения организаций железнодорожного и водного транспорта, договоры на централизованный завоз и вывоз грузов автотранспортными организациями на станции (порты, пристани, аэропорты) и др. Предметом таких договоров являются взаимоотношения между различными транспортными организациями по поводу перевозки грузов.

Существует немало других организационных договоров, которые могут использоваться для содействия торговому обороту.

3. Более подробного рассмотрения требуют два вида организационных договоров, имеющих непосредственное отношение к правовому регулированию торгового оборота.

Первый - это соглашения о межрегиональных поставках товаров, заключаемые между органами исполнительной власти российских регионов. Предметом таких соглашений является определение конкретных поставщиков и покупателей и общих условий договоров поставки, оформляемых на основании межрегиональных соглашений.

Особенностью соглашений является то, что заключают их одни субъекты, а фактическое осуществление поставок производится совершенно другими лицами по самостоятельно оформляемым договорам. Отсюда возникает необходимость в организационных мерах, обеспечивающих перевод условий межрегиональных соглашений в конкретные договоры поставки между непосредственными исполнителями.

С учетом указанных обстоятельств организация межрегиональных торговых связей предполагает одновременное установление трех видов обязательственных отношений:

1) отношений, определяемых соглашениями между органами исполнительной власти различных регионов об организации взаимных поставок соответствующих товаров. В таких соглашениях должны предусматриваться виды и групповой ассортимент товаров, общие объемы поставок, предельные уровни цен, порядок и сроки заключения договоров между непосредственными исполнителями;

2) отношений, устанавливаемых на основе договоров между органом исполнительной власти и хозяйствующими субъектами соответствующего региона о продаже (покупке) ими товаров субъектам другого региона, сроках заключения договоров поставки, мерах содействия поставщикам (покупателям) со стороны органов исполнительной власти. Эти договоры также носят организационный характер;

3) отношения между хозяйствующими субъектами различных регионов о поставках конкретных партий товаров в объемах и ассортименте, соответствующих условиям соглашения о межрегиональных поставках.

Заключению соглашения о межрегиональных поставках предшествует значительная работа по подысканию потенциальных поставщиков и покупателей соответствующих ресурсов, согласованию с ними объемов продажи (покупки), предельных уровней цен и т.п. Эти данные включаются в протоколы, представляемые каждой из сторон соглашения о межрегиональных поставках. После подписания соглашения работниками исполнительных органов должна быть проведена проверка фактического заключения договоров между поставщиками и покупателями, замена недобросовестных субъектов исправными. Должен осуществляться контроль за фактическим выполнением поставок, в том числе встречных, по межрегиональным соглашениям.

Налаживание таких сложных отношений требует законодательного урегулирования данной деятельности, обучения работников управленческого аппарата приемам ее выполнения. В прошлом подобная работа велась в значительных масштабах. В СССР с 1925 по 1958 г. существовала практика заключения генеральных договоров между главками промышленных министерств и региональными центрами потребительской кооперации. Это были организационные договоры, на основании которых строились взаимоотношения по поставкам товаров между нижестоящими предприятиями и организациями.

Нынешняя ситуация свидетельствует о целесообразности заключения соглашений о межрегиональных поставках, в том числе между регионами стран-участниц СНГ. Однако без законодательного упорядочения наладить эту сложную работу представляется крайне затруднительным. Достаточно сказать, что немалое число такого рода соглашений остаются существовать на бумаге из-за неумения аппарата управления наладить их практическое исполнение.

Еще одну группу составляют соглашения органов исполнительной власти и местного самоуправления с производственными и торговыми организациями по вопросам хозяйственной деятельности. Эти договоры чрезвычайно важны для использования возможностей органов исполнительной власти и местного самоуправления в деле развития производства и торговли на своей территории, решения различных экономических и социальных задач.

Здесь следует различать две группы договоров. Одни предусматривают выполнение необходимых хозяйственных работ в интересах населения данной территории. Речь идет о строительстве общественных зданий, прокладке инженерных коммуникаций, ремонте дорог, уборке улиц и т.п. Такие работы должны заказываться на основе конкурса и оплачиваться из средств бюджета. Подобные договоры носят гражданско-правовой характер и не представляют интереса для коммерческого права.

От них следует отличать договоры органов исполнительной власти и местного самоуправления с предпринимательскими организациями о принятии последними на себя обязанностей содействия развитию экономики данной территории и решению социальных задач. Закон запрещает вмешательство в деятельность хозяйствующих субъектов. Поэтому единственным способом привлечения предпринимателей к участию в решении местных проблем является заключение властными структурами договоров с производственными и торговыми организациями.

В правовой литературе указанные договоры называют управленческими или административными. По содержанию они относятся к типу организационных договоров. Они способствуют выявлению территориальных ресурсов для развития экономики, улучшения условий труда и быта граждан. В отдельных регионах страны заключение таких договоров внедрено в постоянную практику. Подобные договоры заключаются и за рубежом.

В отношениях с организациями-изготовителями такие договоры могут предусматривать обязанности сохранения объемов производства или освоения выпуска социально значимых групп товаров, сохранения неизменным уровня цен на подобные товары, поддержания или установления кооперационных связей по поставкам необходимых ресурсов производителям своего или других регионов.

В договорах с торговыми организациями может предусматриваться обязанность поддерживать наличие определенного ассортимента товаров для социально незащищенных слоев населения, продажи товаров со скидкой с цены отдельным группам граждан (пенсионерам, инвалидам и др.). Может устанавливаться обязанность магазинов принимать на реализацию товары от местных производителей, чтобы содействовать развитию производства и продаж товаров своего региона, снижению цен.

Органы исполнительной власти и местного самоуправления располагают широкими возможностями, чтобы добиться от предпринимателей заключения подобных соглашений. Так, они могут в качестве эквивалента предоставлять земельные участки и помещения для аренды по дифференцированным ставкам платы с учетом дополнительных затрат арендатора на местные нужды. Предпринимателям могут устанавливаться льготы по уплате региональных и местных налогов. Соответственно, невыполнение предпринимательской организацией принятых на себя по договору обязанностей будет влечь лишение предусмотренных льгот и другие отрицательные последствия.

В законодательстве нередко встречаются ориентировки на договорное регулирование отношений между органами исполнительной власти и предпринимательскими организациями. Так, п. 11 постановления Правительства РФ от 15.04.98 N 393[\*(41)](#sub_9941) обязывает органы агропромышленного комплекса заключать с сельскохозяйственными организациями соглашения, предусматривающие обязательства по объемам производства продукции и встречным мерам государственной поддержки. В числе встречных мер предусмотрено согласование с организациями - производителями удобрений и химикатов предельных уровней договорных цен в интересах села.

Основным препятствием широкому распространению данного вида договоров служит то, что они оказались бесхозяйными в отраслевом плане. Их не считает своими гражданское право, не занимается ими наука административного права. В результате отсутствуют теоретические концепции организационных договоров с участием органов управления, нет методик заключения и примерных форм таких договоров. Представляется, что теория предпринимательского права, которая строится как комплексная межотраслевая дисциплина, призвана разрабатывать проблематику управленческих организационных договоров. Эти договоры могут эффективно содействовать развитию экономики регионов, увеличению доходов, необходимых для удовлетворения местных нужд.

# Дополнительная литература

1. Васева Н.В. Имущественные и организационные гражданско-правовые договоры//Гражданско-правовой договор и его функции. Свердловск, 1980. С. 61-65.

2. Витрянский В.В. Договор перевозки. М., 2001. Глава VI.

3. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения//Советское государство и право. 1966. N 10. С. 50-57.

4. Мезрин Б.Н. Моделирование гражданско-правовых неимущественных отношений//Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. М., 2001. С. 191-202.

# Глава 16. Имущественная ответственность в торговом обороте

1. Ответственность служит необходимым компонентом права, любой его отрасли. Без средств принуждения, к которым принадлежит ответственность, право утрачивает свои регулирующие свойства.

Хозяйственная практика свидетельствует о том, что существующий в частном праве механизм ответственности остается малоэффективным. Ответственность в ее нынешнем виде не оказывает заметного влияния на состояние дел в торговом обороте и других сферах предпринимательства. Причиной такого положения служат просчеты в законодательном регулировании ответственности и в организации ее применения. Неудовлетворительным состоянием ответственности во многом объясняется сохраняющийся в стране развал хозяйственных связей, запредельно низкий уровень договорной дисциплины.

Между тем в повышении точности исполнения обязательств, обеспечиваемой на основе ответственности, содержатся существенные резервы экономического роста. Только за счет строгого выполнения договоров можно без дополнительных инвестиций и иностранных займов значительно нарастить объемы внутреннего валового продукта, внутренней и внешней торговли. Правовая ответственность помогает экономике. Воспитываемая правопорядком должная добросовестность и точность в хозяйственных отношениях сами становятся источником прибыли.

Проблематика ответственности - одна из наиболее запутанных в теоретическом плане. Реальные проблемы ответственности общая теория права подменяет псевдопроблемами моральной или "позитивной" ответственности. Теоретиками права предлагается трактовка ответственности как санкции правовой нормы, согласно которой каждая норма якобы состоит из трех частей: гипотезы, диспозиции и санкции. Хотя в гражданском законодательстве последнего столетия невозможно отыскать норм, построенных подобным образом, это надуманное утверждение переписывается из книги в книгу.

Сложился общий порядок построения отраслей законодательства. В любом кодексе (кроме УК и КоАП) можно выделить нормы о круге субъектов соответствующей отрасли права, массив устанавливаемых правил их действий и раздел о мерах ответственности за нарушение нормативных установлений. Таким образом, санкций у каждой отдельной нормы права не существует, они являются общими для всей отрасли права. Данные правила кодифицирования отраслей законодательства неосновательно переносятся на структуру норм и приписываются каждой отдельной норме права. В результате проблематика ответственности оказывается утопленной в подобных искусственных построениях.

Ответственность, применяемая в торгово-предпринимательских отношениях, устанавливается различными отраслями законодательства: гражданским, административным, налоговым, таможенным, уголовным и др. Отраслевые меры ответственности призваны оказывать воздействие на разные стороны коммерческой деятельности. Все они заслуживают внимания. Однако поскольку коммерческое право является подотраслью гражданского, то первоочередного рассмотрения требуют меры гражданско-правовой ответственности, применяемые в торговом обороте.

Гражданско-правовая ответственность состоит в претерпевании субъектом неблагоприятных имущественных последствий в связи с допущенным неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства, нарушением прав и законных интересов другого лица. Обязательным признаком юридической ответственности является возможность опоры на механизм государственного принуждения при ее применении.

Для понимания сущности ответственности и эффективного использования ее возможностей важно выявить функции, которые она выполняет. Анализ функций юридических объектов является одним из необходимых аспектов системно-деятельностного изучения права.

В правовой литературе описаны следующие функции ответственности:

- компенсационная, состоящая в восстановлении потерпевшему понесенных им потерь;

- предупредительная, заключающаяся в предостережении должника и других субъектов от совершения нарушений;

- стимулирующая, которая предполагает побуждение, подталкивание должника к устранению допущенного нарушения и к реальному исполнению обязательства;

- информационная, состоящая в анализе данных о видах совершенных нарушений, их динамике, взысканных за нарушения суммах убытков и неустоек и использование этих данных для разработки мер по устранению причин нарушений и предупреждению потерь.

Реализуются названные функции пока неудовлетворительно. Юридическая наука, обозначив функции ответственности, не дает рекомендаций о способах их осуществления. Между тем функции правовых средств, к которым относится имущественная ответственность, проявляются не сами по себе, а в результате целенаправленных действий людей. Поэтому важно разрабатывать методики реализации функций ответственности и обучать юристов и управленческий персонал фирм их использованию.

Повышение роли ответственности, ее воздействующего эффекта зависит от полноты осуществления присущих ей функций. Совершенно недопустимо выдвигать на первый план лишь какую-то одну из функций, например, компенсационную. Пока не будет обеспечиваться осуществление каждой свойственной ответственности функции, до этого не будет реализовываться потенциал ответственности как одного из главных средств правового воздействия на торгово-предпринимательскую деятельность.

К примеру, значительный вред государству и предпринимателям наносит игнорирование информационной функции ответственности. До сих пор в стране не налажены учет и анализ данных о видах и динамике нарушений договорных обязательств, числе случаев применения ответственности и размерах взыскиваемых сумм убытков и неустоек. Вследствие этого остаются без реагирования массовые нарушения договоров.

Между тем учет информации о применении мер ответственности и создание открытого доступа к этим данным способны оказать не меньший предупредительный эффект, чем само взыскание сумм с должников. В России постоянно растет число дел в арбитражных судах, тогда как в развитых странах такого роста нет. Там предприниматели стремятся не доводить конфликты до суда, поскольку информация о допущенных нарушениях и взысканных судом суммах влияет на деловую репутацию, сказывается на ходе бизнеса. Информационная функция ответственности одновременно содействует конкуренции.

Понимание и использование функциональных возможностей ответственности представляет собой практическую задачу для предпринимателей и юристов.

Применение ответственности в коммерческой сфере характеризуется следующими особенностями:

1) в коммерческом праве ответственность носит имущественный характер. Даже когда возмещается ущерб, нанесенный деловой репутации, то делается это путем оценки ущерба в денежном выражении;

2) ответственность применяется всегда по инициативе, по усмотрению потерпевшей стороны. Возможность самостоятельного распоряжения лицом принадлежащими ему правами означает также самостоятельное решение вопроса о применении ответственности. Механизм ответственности приводится в движение усилиями самого потерпевшего. Суд лишь удовлетворяет требование истца о применении к неисправному должнику мер ответственности, а служба судебных приставов исполняет принесенное истцом судебное решение;

3) это ответственность, которую один субъект несет перед другим равноправным субъектом, а не перед государством, как в публичных отношениях (за исключением конфискационных мер ответственности).

Следует различать основания (или источники) ответственности и условия применения ответственности. Основаниями ответственности служат устанавливающие ее закон или договор. Это специфика торгового и гражданского оборота. Поскольку субъекты своими соглашениями устанавливают взаимные права и обязанности, они могут в договорах также предусматривать имущественную ответственность за их нарушение. Поэтому будет неверным говорить об ответственности лишь как о предусмотренных законом санкциях.

Ответственность может вводиться договором за нарушение прав и обязанностей, установленных законом и иными правовыми актами и входящих в содержание договора в качестве его подразумеваемых условий. К примеру, ст. 456 ГК РФ предусматривает обязанность продавца передать покупателю документ, удостоверяющий качество товара. Специальная ответственность за непредставление продавцом такого документа законом не установлена. Однако стороны могут предусмотреть в договоре неустойку или штраф за непередачу документа.

ГК РФ закрепляет широкие возможности субъектов по договорному регулированию ответственности. Стороны вправе устанавливать в договоре специальную ответственность за нарушение как императивных, так и диспозитивных положений закона. Они могут своим соглашением увеличивать размеры ответственности по сравнению с предусмотренными законом. Ограничение этого права установлено лишь для отдельных видов обязательств, в частности в отношении ответственности по договору перевозки. По усмотрению сторон определяется соотношение неустойки и убытков (ст. 394 ГК РФ), если это соотношение не установлено законом. Субъектам предоставлена возможность уменьшать в договоре ряд основных видов ответственности, установленных законом, в частности убытков, процентов за нарушение денежных обязательств.

2. В коммерческом (и гражданском) праве можно выделить четыре основных вида ответственности.

В качестве первого вида ответственности должна быть названа обязанность должника возместить убытки, причиненные нарушением. Возмещение убытков служит общей мерой ответственности, применяемой за любые нарушения, если в законе или в договоре не предусмотрено изъятий.

Убытки складываются из трех составляющих, которые указаны в ст. 15 ГК РФ. Это:

- расходы, которые лицо произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Данное правило корреспондирует с п. 7.4.3 Принципов международных коммерческих договоров (принципов УНИДРУА), согласно которому компенсации подлежит ущерб, включая будущий, установленный с разумной степенью достоверности. Вместе с тем указанная формулировка ГК РФ неточна, поскольку возмещению подлежат расходы, понесенные не только для восстановления нарушенного права, но и иные расходы, обусловленные нарушением. Таковы, например, суммы неустоек, выплаченные кредитором вследствие нарушения третьим лицам, зарплата за вынужденный простой и др.;

- утрата или повреждение имущества потерпевшего.

Эти две части убытков традиционно называют реальным ущербом;

- неполученные доходы, которые лицо получило бы, если бы его право не было нарушено. Доходы включают в себя любые причитающиеся кредитору блага, не полученные вследствие нарушения.

Формулировка ст. 15 ГК РФ о возмещении неполученных доходов также ошибочна. В судебной практике происходит замена категории дохода категорией прибыли. Пункт 11 постановления пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 07.07.96 N 6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации"[\*(42)](#sub_9942) требует от истцов исключения из расчета убытков суммы непонесенных производственно-заготовительных или торговых затрат. Это прямая установка на взыскание неполученной прибыли, а не доходов, как буквально говорит закон. Аналогичный порядок применяется и во внешнеторговой практике (п. 7.4.2 Принципов международных коммерческих договоров (Принципов УНИДРУА).

Наряду с термином "неполученные доходы" закон использует второй термин "неполученная выгода". Он трактуется в учебниках и комментариях как синоним слова "неполученные доходы", что делает его излишним. Между тем в международном торговом праве наряду с неполученной выгодой предусматривается право на компенсацию утраченной благоприятной возможности (шанса). Согласно п. 7.4.3 Принципов международных коммерческих договоров (Принципов УНИДРУА) компенсации подлежит утрата благоприятной возможности пропорционально вероятности ее возникновения.

Если неполученная прибыль рассчитывается исходя из усредненных, обычных условий гражданского оборота (п. 2 ст. 15 ГК РФ), то упущенный шанс обозначает более высокие, конъюнктурные выгоды, возможность получения которых возникает из-за колебаний цен на товары, изменения курсов валют и т.п. Трактовка упущенной выгоды как шанса расширяет возможности возмещения убытков. В российской практике стороны в заключаемых договорах могут придавать соответствующее значение словам "упущенная выгода". Очевидно, что данный компонент убытков в большей степени свойственен торговой, а не производственной деятельности. Восстановление действительного значения термина "упущенная выгода", веками известного коммерсантам, расширяет возможности для возмещения убытков.

Взыскание убытков в наиболее полной мере выполняет компенсационную функцию. Причинитель возмещает потерпевшему ровно столько, насколько им причинено. Данная ответственность способна успешно выполнять также предупредительную функцию. Организации, которые смогли наладить взыскание убытков, в состоянии добиться от контрагентов выполнения обязательств по отношению к себе.

Однако весьма сложным делом является документальное удостоверение и доказывание в суде размера понесенных убытков и их причинной связи с допущенным должником нарушением. Оно требует подготовки большого количества документов, составляемых различными службами фирмы, обеспечения взаимной согласованности их содержания. Взыскание убытков представляет собой не только правовую, но и организационную задачу. Оно предполагает подход к взысканию убытков как к коллективной деятельности: определение круга исполнителей, состава совершаемых действий по фиксированию убытков, последовательности и взаимосогласованности таких действий.

Несмотря на распространенность нарушений договорных обязательств, количество дел об убытках в арбитражных судах за последние годы снизилось в 12 раз и составляет менее 1% от общего числа разрешаемых споров. Эти данные свидетельствуют о нерешенности основных законодательных и методических проблем возмещения убытков.

Статья 15 ГК РФ допускает возмещение убытков в меньшем размере. Меньший размер убытков может быть установлен законом или договором. Так, в соответствии с законом транспортные организации и организации, осуществляющие безвозмездное хранение, возмещают причиненные убытки лишь в части реального ущерба. Они не обязаны возмещать неполученные кредитором доходы.

Ряд законов предусматривает взыскание убытков в заранее определенном твердом размере, например, ст. 119 ВК. В договоре также возможно установление обязанности возмещения должником убытков в твердо фиксированной сумме. Такой порядок снимает необходимость составления множества документов, подтверждающих размер убытков. Требуется лишь, чтобы имелся факт нарушения, а сумма, подлежащая уплате должником, была определена сторонами именно как убытки в твердом размере. Устанавливаемая в договоре фиксированная сумма убытков не должна быть большей, чем полагается по правилам п. 2 ст. 15 ГК РФ.

При определении убытков, связанных с утратой имущества, следует учитывать правило п. 3 ст. 393 ГК РФ, согласно которому цена вещи определяется на день предъявления иска или на день разрешения дела. Это правило особенно важно для споров по поводу имущества, стоимость которого подвержена изменениям (товары сезонного характера, ценные бумаги и др.).

Эквивалентом возмещения убытков служит мера, предусмотренная ст. 397 ГК РФ. Она состоит в праве кредитора в случае невыполнения должником работы или услуги либо непередачи вещи поручить выполнение обязательства третьим лицам за разумную цену (это называется заменяющей или покрывающей сделкой) или выполнить их своими силами и потребовать от должника возмещения понесенных необходимых расходов и других убытков. Данная мера должна рассматриваться как особый случай возмещения убытков. Она может применяться по любым видам договоров, ГК РФ закрепил возможность совершения заменяющих сделок по реализационным договорам.

С возмещением убытков связано правило, предусмотренное ст. 409 ГК РФ, о возможности предоставления отступного. В случае неисполнения обязательства одной из сторон контрагенты могут условиться о предоставлении отступного в виде суммы денег или имущества. Передача отступного прекращает обязательство. Кроме того, передача отступного исключает взыскание с должника убытков, даже если они не покрываются отступным.

Второй вид ответственности - неустойка, включая ее разновидности - штраф и пеню. Статья 330 ГК РФ называет неустойкой (штрафом, пеней) определенную законом или договором денежную сумму, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

Прежде в законодательстве различия между собственно неустойкой и такими ее разновидностями, как штраф и пеня, проводились достаточно строго. Штрафами обычно именовались разовые, однократные взыскания в твердом размере или в процентах к сумме нарушенного обязательства. Пеней было принято называть ответственность, устанавливаемую за длящиеся нарушения (обычно - денежные) и носившую непрерывно текущий характер. Собственно неустойкой именовалась ответственность за неисполнение основного обязательства по договору. В последние годы в законодательстве произошло стирание строгих различий между видами неустойки.

Неустойка в коммерческих отношениях, как правило, устанавливается не законом, а договором. Имеется немало существенных нарушений, в отношении которых установление в договоре неустойки является единственной реальной мерой воздействия. Взыскать убытки за такие нарушения бывает крайне затруднительно из-за сложности их фиксирования и исчисления размеров. Поэтому здесь приходится в полной мере использовать возможности установления договорных неустоек.

При определении в договоре конструкции и размера неустоечной ответственности целесообразно учитывать следующие рекомендации. Неустойка должна иметь достаточно крупные, но не чрезмерно высокие размеры. Порой устанавливаемые в договорах штрафы крайне низки и не оказывают стимулирующего воздействия. Допускается и другая крайность - неоправданно высокие размеры неустоек, которые при разрешении споров снижаются судом. Мерой здесь служит сопоставление с убытками, которые можно было бы взыскать за такое нарушение.

Нежелательно устанавливать меняющуюся по периодам ставку неустойки, предусматривать сложные проценты и т.п. Из-за сложности конструкций неустойки возникают излишние споры, затягивается разрешение дел в суде. В случаях, когда требуется достичь реального исполнения обязательства, всегда целесообразно установить неустойку как непрерывно текущую с учетом продолжительности нарушения, подобно пене за просрочку уплаты коммунальных платежей. Кроме того, стимулирующий, побудительный эффект дает условие о снижении размеров неустойки в случае оперативного устранения должником нарушения по требованию кредитора, например, восполнения допущенной недопоставки в 10-дневный или в иной срок.

Третий вид ответственности - конфискационные санкции. Они предусматривают обращение взыскания в доход бюджета (помимо возмещения реального ущерба добросовестному кредитору). Примером может служить правило ст. 179 ГК РФ, согласно которому имущество или деньги, полученные по сделке, совершенной под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств (кабальная сделка), обращается в доход Российской Федерации.

Более общее положение содержится в ст. 169 ГК РФ, согласно которой в доход Российской Федерации взыскивается все полученное по сделке, совершенной с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности. Формулировка ст. 169 ГК РФ носит неоправданно общий, абстрактный характер, вследствие чего предусмотренная ею ответственность вообще не применялась. Следовало бы редакционно изменить названную норму для борьбы с грубыми нарушениями закона и договоров, реального содействия укреплению законности и договорной дисциплины в коммерческой сфере.

В качестве самостоятельного, четвертого вида ответственности можно назвать нетипичные меры ответственности. Они по своим особенностям не подпадают ни под один из названных выше видов и потому подлежат включению в отдельную группу.

Так, ст. 395 ГК РФ предусматривает единую ответственность за нарушение денежных обязательств в виде уплаты процентов на сумму долга. Размер процентов определяется по ставке рефинансирования ЦБ РФ, однако законом или договором могут быть установлены более высокие или более низкие проценты. Убытки от нарушения взыскиваются в части, не покрываемой процентами.

Законом предусмотрен ряд других нетипичных мер ответственности со своими особыми чертами. Такова, например, уплата задатка в двойном размере лицом, получившим задаток и не исполнившим обязательство (ст. 381 ГК РФ).

Рассмотрение видов ответственности показывает, что регулирование ответственности в коммерческом (как и в гражданском) праве осуществляется преимущественно при посредстве договоров. Именно поэтому ответственность здесь называют договорной. Установление принципа договорной свободы значительно расширило возможности субъектов по трансформации ответственности, предусмотренной законом, и установлению мер ответственности на основе соглашения сторон. Необходимо оговориться, что помимо ответственности в договорных обязательственных отношениях имеется ряд других случаев ответственности, однако сферы их применения относительно невелики. В повышении эффективности ответственности решающее значение имеет познание и применение способов договорного конструирования ответственности, умелая организация работы по применению ответственности.

3. Условия применения ответственности в юридической литературе нередко смешивают с основаниями. Как было отмечено, основание ответственности - это источник, ее устанавливающий: закон или договор. Что же касается условий применения ответственности, то ими являются следующие:

1) факт нарушения обязательства должником, точнее, наличие юридической обязанности должника или права контрагента и факт их нарушения. Допущенное нарушение в юридической литературе наиболее часто называют основанием применения ответственности. Однако из любого судебного решения следует, что ответственность применяется на основании устанавливающей ее нормы закона или пункта договора. Факт нарушения признается лишь необходимым условием для возложения ответственности на неисправного должника;

2) неправомерность действий нарушителя. В юридической литературе традиционно говорится о противоправности как условии ответственности, под которой предлагается понимать несоответствие действий должника правовым нормам. Такая позиция пригодна для уголовного, административного и иных отраслей публичного права и совершенно неприемлема для сферы частного права. В коммерческих и гражданско-правовых отношениях, рассчитанных на преимущественно договорное регулирование связей субъектов, как правило, отсутствует конкретный нормативный правовой акт, который должник нарушает своим действием, а следовательно - отсутствует противоправность действия.

Нарушается обычно то или иное условие договора, сформулированное самими сторонами. Может иметь место внедоговорное причинение вреда. Поэтому более точно будет говорить о неправомерности действий должника, а не об их противоправности. Изменение понятий означает принципиальное изменение подхода. Под неправомерностью предлагается понимать не основанность действий должника на права, т.е. отсутствие закона или договора, разрешающего должнику не исполнять обязательство или нарушать чужое право.

В законе содержится исчерпывающий перечень случаев, когда должнику дозволяется действовать ненадлежащим образом. Таковы действия при осуществлении мер самозащиты (ст. 14 ГК РФ), причинение вреда в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости (ст. 1066, 1067 ГК РФ) и т.п. Здесь ненадлежащие действия должника будут правомерными, поскольку разрешены ему законом. Все остальное, кроме допускаемого по закону или по договору, будет являться неправомерным. Правомерность совершенного ненадлежащего действия должна подтверждаться самим ответчиком;

3) реальное понесение убытков вследствие нарушения, в том числе в качестве необходимых будущих расходов. Данное условие носит факультативный характер и необходимо только для взыскания с должника убытков. Для взыскания неустоек или процентов по денежным обязательствам это условие не требуется. Возможны ситуации, когда нарушение со стороны должника даже выгодно кредитору, однако право на применение неустойки он все равно имеет;

4) факультативным условием, необходимым для взыскания убытков, служит наличие причинной связи между нарушением и возникновением убытков. Для практики достаточно двух признаков причинности. Первый - это предшествование во времени ненадлежащего действия должника наступлению отрицательного результата. Второй состоит в том, что причиной признается такое ненадлежащее действие, без которого отрицательный результат не наступил бы. Таким образом, требуется необходимость и достаточность причинного действия для наступления результата.

Доказывание причинной связи создает основные трудности в деле подтверждения убытков. Поэтому важно организовать данную работу, обучать персонал фирмы, заранее готовить формы документов, фиксирующих факт нарушения и наступление соответствующих отрицательных последствий. Без предварительной подготовки и обучения персонала взыскание убытков с должников оказывается крайне сложным делом.

4. Требуют рассмотрения основания для освобождения должника от ответственности за допущенное нарушение. В коммерческой и иной предпринимательской деятельности ответственность применяется без учета вины лица, кроме случаев, установленных законом или договором.

Перечень установленных законом случаев, когда коммерческая организация освобождается от ответственности при отсутствии ее вины в допущенном нарушении, весьма невелик. Так, согласно ст. 538 ГК РФ производитель сельскохозяйственной продукции несет ответственность за нарушение договора контрактации при наличии его вины. При наличии вины несут ответственность за допущенные нарушения транспортно-экспедиционные организации, исполнители маркетинговых работ. Вместе с тем возможность применения ответственности при наличии вины может быть предусмотрена договором.

В соответствии с п. 1 ст. 401 ГК РФ лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обстоятельств и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства. Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство.

Коммерческая организация может быть освобождена от ответственности, если докажет, что неисполнение обязательства произошло вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Более точно говорить не о непредотвратимости самих обстоятельств непреодолимой силы, а о непредотвратимости отрицательного воздействия таких обстоятельств.

Обстоятельства непреодолимой силы кроме чрезвычайного характера и непредотвратимости имеют еще следующие признаки. Они по большей части носят всеобщий характер, т.е. относятся не исключительно к должнику, а к неопределенному или относительно-определенному кругу лиц. Кроме того, они носят абсолютный характер, т.е. исключают исполнение обязательства независимо от усилий должника.

Закон не допускает ссылок должников как на основание для освобождения от ответственности на нарушение обязательства со стороны третьих лиц, отсутствие у должника денежных средств, отсутствие на рынке необходимых товаров. Приведенный перечень недопустимых ссылок не является исчерпывающим. В договоре могут быть названы иные обстоятельства, ссылки на которые не освобождают лицо от ответственности. Может быть предусмотрено даже, что ответственность в случае нарушения обязательства применяется независимо от каких бы то ни было обстоятельств.

По смыслу п. 3 ст. 401 ГК РФ перечень обстоятельств непреодолимой силы может быть заранее предусмотрен в договоре. Стороны зачастую предусматривают в договорах развернутые перечни чрезвычайных обязательств, служащих основанием для освобождения от ответственности. Такие обстоятельства обычно обозначают французским синонимом "форс-мажор".

Наблюдаемое на практике стремление к расширению в договорах перечней обстоятельств непреодолимой силы обусловливается опасением пропустить какое-либо обстоятельство, могущее возникнуть в ходе исполнения обязательства. В результате такие перечни оказываются непомерно объемными, включают в себя много такого, что заведомо не может возникнуть. Сторонам целесообразно использовать рекомендацию международной торговой палаты "Форс-мажорные оговорки" (изд. 1985 г. N 421), в которой дается четкий и достаточно лаконичный образец оговорки.

Проблематика обстоятельств непреодолимой силы хорошо разработана в западной юридической литературе и судебной практике. Принято разделять такие обстоятельства на три группы:

- стихийного характера: наводнения, крупномасштабные пожары, тайфуны, землетрясения и т.п.;

- юридического характера: властные решения о запрете экспорта или импорта товаров, ограничения на определенные валютные операции, карантинные меры;

- социального характера: забастовки, локауты (в России не применяются), военные действия и др.

Принципы международных коммерческих договоров (принципы УНИДРУА), которые могут воспроизводиться сторонами в договорах во внутреннем торговом обороте, предусматривают освобождение от ответственности по обстоятельствам непреодолимой силы, если только должник незамедлительно уведомил другую сторону о наступлении таких обстоятельств. Если обстоятельства непреодолимой силы продолжаются достаточно длительное время, стороны могут предусматривать необходимость прекращения договорных отношений.

Кроме обстоятельств непреодолимой силы, а в установленных случаях - отсутствия вины, закон предусматривает еще ряд оснований для полного или частичного освобождения должника от ответственности.

Общим основанием для освобождения должника от ответственности, предусмотренным ст. 405 ГК РФ, является просрочка кредитора, т.е. несовершение или несвоевременное совершение кредитором обязанностей, предусмотренных законом или договором, до совершения которых должник лишен возможности исполнить свои обязанности.

В соответствии со ст. 404 ГК РФ размер ответственности должника подлежит уменьшению, если нарушение обязательства произошло по вине обеих сторон. Это требование об учете вины обеих сторон распространяется и на отношения между коммерческими организациями. Таким образом, взаимная, обоюдная вина в происшедшем нарушении - это основание, по которому суд обязан уменьшить размеры ответственности должника соответственно степени влияния ненадлежащих действий каждого лица на возникновение отрицательного результата.

Закон предусматривает еще два основания, по которым суд не обязан, а лишь вправе уменьшить размер ответственности. При этом суд может воспользоваться, а может и не воспользоваться своим правом. Здесь заинтересованной стороне надлежит самой проявлять инициативу и заявлять ходатайство в суде о снижении размера ответственности.

Так, согласно закону кредитор обязан принимать разумные меры к уменьшению ущерба. Если кредитор не принял таких мер либо умышленно или по неосторожности содействовал увеличению убытков, размер ответственности должника может быть уменьшен судом (п. 1 ст. 404 ГК РФ). Здесь налицо неточность закона. В случае, когда кредитор умышленно или по неосторожности содействовал увеличению убытков, это означает обоюдную вину сторон в возникновении убытков. В подобной ситуации должнику надо требовать уменьшения размера ответственности соответственно степени вины каждой из сторон в возникновении убытков.

Согласно ст. 333 ГК РФ суд вправе уменьшить взыскиваемую неустойку, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства. Критерием соразмерности служит сопоставление суммы неустойки с величиной убытков, причиненных нарушением. При затруднительности определения размера убытков приходится соизмерять неустойку с суммой обязательства или платежа. В соответствии с практикой арбитражных судов указанное положение применяется и в отношении процентов за неисполнение денежных обязательств.

Для совершенствования системы ответственности, усиления ее влияния на исполнение договорных обязательств необходимо осуществление ряда важных мер. Требуется прежде всего устранение явных ошибок и несоответствий в законодательстве об ответственности, затрудняющих ее применение. Имеется острая необходимость в установлении по закону ответственности в виде неустойки за некоторые наиболее распространенные и существенные нарушения договорной дисциплины:  невыполнение поставок, отгрузку недоброкачественных товаров и др.

Актуальной задачей является выработка научно обоснованных методик организации работы по возмещению убытков, в том числе определение особенностей фиксирования и доказывания размера убытков от нарушений для отдельных отраслей экономики. Необходимо массовое обучение юристов и предпринимателей практическим приемам ведения работы по возмещению убытков, применению других мер ответственности. От этого во многом зависит нормализация положения дел в экономике.

# Дополнительная литература

1. Евтеев В.С. Возмещение убытков как вид ответственности в коммерческой деятельности. М., 2004.

2. Грибанов В.П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей//Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000.

3. Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991.

# Глава 17. Приемка товаров и экспертиза их качества

1. Постоянное получение товаров, различных материальных ресурсов является необходимым условием осуществления деятельности любой организации. В связи с этим у руководителей и юридической службы каждой организации возникает задача организовать приемку получаемых материальных ценностей, проверку их количества и качественного состояния. В ряде случаев закон обязывает коммерческие организации провести приемку товаров. Так, в соответствии со ст. 909 и 911 ГК РФ товарные склады при приеме товаров на хранение и при возвращении товаров обязаны произвести проверку и определить их количество и внешнее состояние.

Целями организации приемки являются: 1) проверка соответствия количества и качества поступившего товара данным транспортных и расчетных документов для оприходования товаров; 2) выявление и фиксирование фактов недостачи или ненадлежащего качества товара для возмещения потерь за счет виновных лиц; 3) ускорение и удешевление процедуры приемки.

С учетом вида обязательства, регулирующего передачу имущества, необходимо различать: а) приемку товаров покупателем непосредственно во взаимоотношениях с продавцом и б) приемку товаров от органов транспорта.

Порядок получения товара от органов транспорта регулируется транспортными уставами и кодексами, а также правилами выдачи груза на соответствующем виде транспорта. Здесь надо различать случаи, когда проверка груза производится с обязательным участием перевозчика и когда перевозчик не должен участвовать в проверке сохранности выдаваемого груза. Если груз выдается с участием представителя перевозчика, то порядок приемки целиком определяется транспортным законодательством.

В случаях, когда груз выдается с участием перевозчика, надлежит помнить о необходимости составления коммерческого акта (на автомобильном транспорте - проставления записи в товарно-транспортной накладной) для удостоверения несохранности груза, соблюдать порядок обжалования отказа в составлении такого акта.

Приемка товара, непосредственно передаваемого продавцом покупателю либо получаемого от органа транспорта без участия представителя перевозчика, осуществляется в одинаковом режиме, по общим правилам.

Пункт 2 ст. 513 ГК РФ устанавливает, что покупатель обязан проверить количество и качество товаров в порядке и в сроки, установленные правовыми актами, договором и обычаями делового оборота.

Общие правовые акты о приемке существуют в виде документов, фактически утративших силу. Положения о поставках продукции и товаров 1988 г. предусматривают (п. 38, 45; 31, 38), что порядок приемки по количеству и качеству регулируется инструкциями, утвержденными Госарбитражем СССР. Имеются две не отмененные инструкции бывшего Госарбитража СССР. Это Инструкция о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по количеству 1965 г. N П-6 и Инструкция о порядке приемки продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления по качеству 1966 г. N П-7 (далее - Инструкция о приемке по количеству и Инструкция о приемке по качеству).

Названные инструкции уже на момент их принятия были крайне несовершенны, нуждались в коренной переработке. Взамен им в 1991 г. были подготовлены хорошие проекты новых инструкций. Однако с распадом СССР они не были приняты. Между тем проблема правового регулирования порядка приемки остается и требует своего решения.

Инструкции о порядке приемки продолжают применяться, но уже не в качестве обязательных правовых актов. Стороны вправе предусмотреть в договоре, что приемка товара будет производиться согласно инструкциям Госарбитража СССР как факультативно применяемым нормам. Даже если такое условие не включено в договор, однако получатель провел приемку в соответствии с названными [инструкциями](#sub_1), то составленный акт приемки признается арбитражными судами надлежащим доказательством по делу, поскольку никакого иного общего порядка приемки не существует. Таким образом, хозяйственная и судебно-арбитражная практика признают действие [инструкций](#sub_2) Госарбитража СССР в качестве обычаев делового оборота. Отсюда необходимость учитывать и соблюдать требования этих [инструкций](#sub_3), обучать работников проведению приемки и оформлению документов в соответствии с ними, а также умению устранять на основе договоров недостатки [инструкций](#sub_4).

Госкомстатом РФ издан приказ от 25.12.98 N 132 "Об утверждении унифицированных форм первичной документации по учету торговых операций". Названным приказом предусмотрено, что при приемке товара без участия органа транспорта получателем составляются акты согласно устанавливаемым формам N Торг-1, Торг-2 и Торг-3. Их реквизиты соответствуют содержанию актов приемки, установленному Инструкциями N П-6 и П-7. Закрепляя формы актов приемки, приказ Госкомстата РФ N 132 не регламентирует саму процедуру приемки. Поэтому в отношении порядка проведения приемки надлежит руководствоваться [Инструкциями](#sub_7) о порядке приемки по количеству и качеству.

Важно учитывать соотношение инструкций с другими нормативными документами и договором. В стандартах всех уровней (национальных стандартах, стандартах организаций и др.) нередко предусматриваются отдельные требования к порядку приемки. По общему правилу, если какой-то вопрос в соответствующем стандарте решен иначе, чем в инструкции, то применяются нормы стандарта.

Вместе с тем в самих стандартах процедура приемки обычно бывает урегулирована лишь частично. По отношению к таким стандартам инструкции о порядке приемки по количеству и качеству выполняют субсидиарную роль, регламентируя те вопросы приемки, которые не определены самим стандартом.

Согласно п. 4 ст. 474 ГК РФ порядок и условия проверки качества товара, применяемые продавцом и покупателем, должны быть одинаковыми. Эта норма, воспроизводящая один из пунктов Принципов международных коммерческих договоров (Принципов УНИДРУА), императивно закрепляет сложившийся торговый обычай. Это предполагает необходимость согласования в договорах, в том числе внешнеторговых, порядка проведения приемки товаров по качеству.

В соответствии с п. 1 ст. 474 ГК РФ условия договоров, определяющие порядок приемки, должны соответствовать требованиям стандартов и других обязательных правил. Вместе с тем с учетом установленного в настоящее время положения о добровольности применения стандартов и возможности их изменения и дополнения в договорах требование о соответствии условий договора показателям стандартов в части порядка приемки не является обязательным.

Договору принадлежит приоритет над положениями инструкций о порядке приемки по количеству и качеству. Стороны вправе устанавливать в договоре любые требования, касающиеся порядка проведения приемки. При этом целесообразно предусматривать, что в вопросах, не урегулированных стандартами и договором, порядок приемки определяется названными [инструкциями](#sub_1).

Следует вместе с тем учитывать, что приемка товара - это не совокупность правил, а вид правовой деятельности, согласующейся с соответствующими правилами. Как и всякая деятельность, она должна организовываться руководством фирмы. Должны определяться круг исполнителей, проводиться их обучение, в том числе путем деловых игр, составляться образцы приемных документов, осуществляться контроль за соблюдением установленных требований. Ведение такой организационной работы должно возлагаться на конкретное руководящее лицо, вместе с тем активное участие в ней обязан принимать юрист фирмы.

2. Порядок приемки товаров по количеству и качеству внешне сходен. Вместе с тем в их содержании имеется важное отличие, влияющее на всю процедуру приемки. Дело в том, что при обнаружении дефектов товара этот товар продолжает существоватъ (кроме скоропортящегося). Забракованные изделия можно вновь, причем неоднократно, экспертировать и, в конце концов, достаточно точно определить, когда, где и по какой причине возникли дефекты.

В отличие от этого установление недостачи характеризуется одномоментностъю и невоспроизводимостью обстоятельств, при которых обнаружена недостача. Если при вскрытии вагона или автофургона установлено отсутствие ящика сливочного масла или пары коробок обуви, то вторично воспроизвести всю ситуацию приемки через день и даже через час уже невозможно. Отсюда необходимость точного и детального отражения в документах всех обстоятельств приемки, поскольку только на основе анализа документов можно судить о достоверности утверждения комиссии о существовании факта недостачи.

Положение осложняется тем, что в силу глубокого несовершенства Инструкции о приемке по количеству ее применение носит скорее ритуальное значение, оно не позволяет установить истинное положение дел. Так, для подтверждения довода об отсутствии в поступившем контейнере нескольких рулонов ткани или полутонны бананов получатель должен представить документальные подтверждения. Акт, составленный в полном соответствии с Инструкцией N П-6, неспособен достоверно свидетельствовать, существовала ли в действительности недостача. Однако поскольку других доказательств закон не предусматривает, приходится принимать на веру такие акты. Дефекты инструкции можно преодолевать, ужесточая в договорах требования в порядке приемки и фиксирования ее результатов. Для этого надо глубоко разбираться в технике приемки и составления документов.

В самой приемке принято выделять несколько этапов.

Первый этап связан с процессом выгрузки товара из транспортного средства: вагона, контейнера, автомобиля и др., когда участие перевозчика в проверке не предусмотрено. В процессе выгрузки проверяется:

а) в части количества - вес брутто товара и число отдельных мест. Если груз перевозится без тары или в открытой таре, то здесь же проверяется вес нетто, а также количество единиц товара в каждом месте - открытом ящике, корзине, связке;

б) в отношении качества на первом этапе проверяется наличие внешних повреждений, которые могли возникнуть при перевозке, погрузке или выгрузке товара. Одновременно должны быть зафиксированы механические повреждения тары - поломка, наличие признаков вскрытия.

По смыслу инструкций о приемке по количеству и качеству на первом этапе, т.е. при выгрузке товара, приемка производится не менее чем двумя лицами, назначаемыми руководителем организации. Это складские работники или иные лица.

Количество выгруженного товара сопоставляется с данными, указанными в транспортных и сопроводительных документах. Сопроводительные документы - это вагонные и контейнерные спецификации, вкладыши и т.п. При отсутствии таких документов проверяется фактическое количество поступившего товара.

В случае обнаружения на первом этапе факта недостач или повреждения товара получатель должен определить порядок дальнейшей приемки. Здесь действуют следующие правила.

Дальнейшая приемка по количеству производится комиссией, в состав которой входят представители покупателя и поставщика. Когда поставщик и покупатель находятся в одном городе, то получатель обязан вызвать представителя поставщика, а тот должен явиться в назначенное время. Если поставщик находится в другой местности, то вызов его необходим, лишь если это предусмотрено договором. При отсутствии такого условия в договоре вызов не требуется. Если вызов направлен, то поставщик в суточный срок по телеграфу должен известить, будет ли направлен его представитель и когда он прибудет.

Вызов представителя поставщика в договорах предусматривается редко, поскольку такой представитель обычно не может установить истину. Более эффективно включение в договор условия, обязывающего покупателя незамедлительно извещать поставщика об обнаруженной недостаче и ее размере. Такой порядок затрудняет злоупотребления и усиливает возможности контроля за правильностью приемки.

При неявке представителя поставщика, а также в случае, когда его вызов не предусмотрен договором, дальнейшая приемка производится комиссией с участием незаинтересованного представителя. В нее входят лица, начинавшие приемку. Кроме того, включается представитель, приглашенный из другой организации, либо из числа лиц, уполномоченных профсоюзной организацией получателя. Согласно п. 14 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22.12.92 N 21 "О практике применения законодательства при разрешении споров, связанных с поставкой продукции производственно-технического назначения и товаров народного потребления ненадлежащего качества" (в ред. постановления Пленума ВАС РФ от 01.07.93 N 13) при отсутствии на фирме профсоюзной организации представитель может быть назначен любой общественной организацией или трудовым коллективом. Представитель по своему образованию или опыту работы должен быть компетентен в вопросах приемки товара. Не могут назначаться представителями материально ответственные лица, бухгалтерские работники и юристы.

Здесь обнаруживается один из главных просчетов Инструкции о приемке по количеству. Первый этап приемки, являющийся основным, осуществляется совершенно бесконтрольно кладовщиками или иными лицами. Когда же они обнаружили (а нередко - создали) недостачу, начинает формироваться комиссия для дальнейшей приемки с участием поставщика или иного незаинтересованного представителя. Для преодоления данного несоответствия можно предусматривать в договоре условие о том, что вскрытие транспортного средства и приемка ценных грузов уже на первом этапе осуществляются комиссионно с участием определенных лиц.

Для проверки качества товаров, если на первом этапе приемки обнаружены какие-либо дефекты, покупатель обязан вызвать представителя одногороднего поставщика. Вызов представителя иногороднего поставщика необходим, когда это предусмотрено в договоре. Если представитель поставщика не явился или его вызов необязателен, то для дальнейшей проверки качества товара вызывается эксперт. Эксперты приглашаются из отделов товарных экспертиз при государственных торговых инспекциях, их экспертных бюро при торгово-промышленных палатах либо специализированных экспертных организаций. Для определения качества продукции хозяйственного назначения, т.е. не предназначенной для розничной продажи, необходимость экспертной проверки не предусмотрена.

В случае неявки представителя поставщика, необязательности его вызова, а также при отказе экспертной организации в выделении эксперта дальнейшая приемка по качеству производится комиссией. Порядок ее образования аналогичен порядку создания комиссий для количественной приемки.

По результатам первого этапа приемки инструкции о приемке по количеству и качеству предусматривают составление акта приемки. Однако такой акт носит промежуточный характер. Поэтому получатели обычно не составляют акт о результатах первого этапа приемки, а оформляют его по итогам приемки в целом, хотя это и не согласуется с требованиями названных инструкций.

Комиссия проверяет количество или качество товара и составляет акт приемки. Требования к составлению актов и их содержанию установлены инструкциями о приемке по количеству и качеству. В акте, в частности, должно указываться место проведения приемки, часы начала и окончания, фамилии и должности членов комиссии. Представитель, в том числе от поставщика, обязан иметь удостоверение на право участия в приемке. Номер и дата удостоверения отражаются в акте, а само удостоверение прилагается к акту.

В акте о выявленной недостаче необходимо указывать, проверялось ли количество товара при выгрузке из транспортного средства либо на складе покупателя. Отражаются данные о целостности транспортного средства, описывается содержание оттисков пломб. При приемке на складе покупателя в акте указывается, как была обеспечена сохранность товара до момента приемки. Описывается наружная маркировка тары, сохранность контрольных лент, наличие или отсутствие следов вскрытия тары.

В случае, когда определение количества товара требует использования измерительных приборов (весов, мерников и т.п.), в акте указывается, каким измерительным прибором определялось количество, а также данные о его поверке контрольным органом.

Выборочная проверка качества части товара с распространением результатов проверки этой части на всю партию допускается в случаях, установленных стандартом на товар или договором. Если такая возможность не предусмотрена, то проводится сплошная проверка всех изделий (всей партии). Отбор проб для выборочной проверки оформляется отдельным актом. Результаты исследования образца (пробы) должны содержать данные о том, от кого и в каком состоянии поступил образец. Результаты исследования образца отражаются в акте приемки, к которому прилагается заключение об анализе образца.

В акте о ненадлежащем качестве товара указывается стандарт, на соответствие которому проверялось качество. Если качество товара проверялось по согласованному образцу или условиям договора, то в акте приводится ссылка на показатели образца или соответствующий пункт договора.

Комиссия отражает в акте точное количество забракованного товара, степень понижения качества - в процентах или долях. Указывается характер дефектов, делается заключение о возможности исправить дефекты в месте нахождения товара, т.е. у покупателя. В акте должно даваться заключение о месте, времени и причинах порчи товара. Если сведения о причинах недоброкачественности товара отсутствуют, то порча признается случайной и риск убытков ложится на собственника, каковым в большинстве случаев является покупатель.

Акт приемки подписывается членами комиссии и утверждается руководителем организации. К акту приемки прилагаются все сопроводительные документы, упаковочные ярлыки, удостоверение представителя, другие необходимые документы.

Весьма важно соблюдение сроков приемки. Самое общее указание о сроках обнаружения недостатков дается в ст. 477 ГК РФ. Согласно этой норме приемка товара должна быть проведена в разумные сроки. [Инструкции](#sub_1) о приемке по количеству и качеству регламентируют сроки более детально. Согласно им приемка на первом этапе, т.е. при выгрузке из транспортных средств, осуществляется в сроки, установленные для выгрузки товара. Одновременно составляется акт по результатам первого этапа приемки.

Сплошная приемка всей партии по количеству со вскрытием тарных мест проводится на складе получателя в 10-дневный срок.

Проверка качества всего товара, кроме внешних повреждений, которые должны фиксироваться в момент выгрузки, проводится в 20 дней, а скоропортящихся продуктов - в 24 часа с момента получения. Для отдельных категорий получателей инструкциями установлены иные сроки приемки товаров.

Товары, на которые установлены гарантийные сроки либо сроки годности, могут проверяться и актироваться в пределах этих сроков. Статья 477 ГК РФ устанавливает, что недостатки товара, на который отсутствуют гарантийные сроки, могут актироваться в пределах двух лет со дня получения товара, если договором не предусмотрены более длительные сроки.

Гарантийные сроки на большинство товаров у нас устанавливаются продолжительностью 1 год. С принятием ГК РФ оказалось, что гарантийные сроки, которые призваны служить обеспечению интересов покупателей, фактически ущемляют интересы как организаций-покупателей, так и граждан. Для исправления такого положения следует предусматривать в заключаемых договорах, что гарантийный срок на товар должен составлять не менее двух лет.

Для отдельных видов товаров существуют сроки их использования. Они составляют 10 лет, если иное не установлено стандартом или договором. Акты о выявленной недоброкачественности в пределах срока использования такого товара должны составляться применительно к Инструкции о приемке по качеству.

Имеется несколько типичных спорных ситуаций, возникающих при проверке товара. Так, если товар получен покупателем на складе продавца по акту сдачи-приемки, то это не лишает покупателя права провести приемку по количеству и качеству после доставки товара на свой склад. Однако продавец будет отвечать лишь за такие недостатки и потери, которые не могли возникнуть из-за ненадлежащей погрузки или транспортировки. В данной части убытки от несохранности принятого от продавца товара составляют риск покупателя.

Инструкция о приемке по качеству допускает перепроверку поставщиком возвращенных ему забракованных товаров в случаях, предусмотренных договором с покупателем.

Имеются особенности приемки для отдельных категорий покупателей. Так, оптовые и иные посреднические организации, переотправляющие товар в закрытой таре предприятия-изготовителя, при получении товара проверяют лишь число мест товара. Содержимое мест учитывается по сопроводительным документам и наружной маркировке тары.

Сплошная приемка со вскрытием тары и проверкой количества и качества товара в каждом тарном месте проводится посредником в случае поступления товара в открытой таре, поврежденной таре, таре без наружной маркировки, а также при наличии признаков несохранности товара (наружные потеки, шорох от боя при перемещении и т.п.).

Внутриместная приемка со вскрытием тары проводится также в случаях, предусмотренных договором с конечным покупателем. Такой порядок устанавливается, когда товар подлежит переотправке отдаленным потребителям, для которых затруднены возврат и замена товаров при обнаружении дефектов.

При отгрузке товара, подвергавшегося перепроверке, посредник наряду с документами изготовителя выписывает и прилагает собственные сопроводительные документы, удостоверяющие количество и качество товара. Изготовитель уже не несет ответственности за те недостатки, которые могли образоваться по вине посредника.

В остальных случаях посреднические организации переотправляют товар в исправной закрытой таре изготовителя по количеству мест и весу брутто без проверки содержимого мест и фактического качества товара.

Следует учитывать и использовать возможности договора для повышения достоверности приемных документов и пресечения злоупотреблений со стороны недобросовестных контрагентов. Возможности договора как универсального правового средства в деле совершенствования приемки чрезвычайно велики.

Повышению достоверности результатов приемки и затруднению возможности злоупотреблений служит, например, установление в договорах обязанности получателей:

1) сохранять пломбу от вагона, контейнера или автомобиля в состоянии, позволяющем проверить экспертным путем ее при надлежность отправителю и отсутствие фальсификации;

2) проверять вес каждого тарного места товара в случае указания продавцом на ящиках или коробах веса мест. При выявлении несоответствия веса отдельных мест данным маркировки вызывать представителя продавца и проводить внутриместную приемку только с его участием. Подобный порядок может предусматриваться в отношении любых видов товаров, отгружаемых в закрытой таре;

3) при обнаружении недостачи хотя бы в одном тарном месте приостанавливать дальнейшую приемку и вызывать представителя продавца для совместного вскрытия и проверки содержимого остальных мест;

4) в случае обнаружения боя товаров, в том числе товаров в стеклянной таре, сохранять бой для предъявления продавцу.

Имеется множество других договорных решений, значительно упорядочивающих и ужесточающих порядок приемки в целом либо проверки отдельных видов товаров с учетом их особенностей и специальных свойств.

Следует регулярно анализировать акты приемки, составляемые вашими покупателями по поводу недостачи и порчи полученных товаров. Их анализ позволяет выявить места систематического возникновения потерь, хищений и даже установить конкретных лиц, у которых они происходят, для принятия соответствующих мер.

3. Определенными особенностями характеризуется приемка импортных товаров. Здесь, прежде всего, важно определение правил приемки. Независимо от права, применимого к исполнению основного обязательства (основному исполнению), во внешнеторговых контрактах следует предусматривать, что приемка получаемых товаров производится по российскому праву. На это ориентирует п. 4 ст. 1210 ГК РФ.

Процедура приемки или ее важнейшие положения могут устанавливаться контрактом. Если в контракте указанные вопросы не решены, то следует руководствоваться Инструкцией о порядке и сроках приемки импортных товаров по количеству и качеству, составлению и направлению рекламационных актов, утвержденной Госарбитражем СССР 15.10.90. Названная Инструкция применяется в качестве обычая торгового оборота. Если в контракте вопросы приемки урегулированы лишь частично, то в остальных моментах должны субсидиарно применяться положения названной Инструкции.

Для приемки импортных товаров приглашается эксперт бюро товарных экспертиз при торгово-промышленной палате. В случае невозможности приглашения эксперта торгово-промышленной палаты или отказа в его выделении приемка производится комиссией с участием представителя иностранного поставщика или с участием представителя другой незаинтересованной организации.

Акты приемки по количеству и качеству (рекламационные акты) должны составляться раздельно по каждой партии товара, отгружавшейся по одной международной накладной. Не разрешается составление одного общего акта на товары, поступившие по разным контрактам или от разных инопоставщиков. Требования к содержанию рекламационных актов предусмотрены названной Инструкцией. Приказом Госкомстата РФ от 25.12.98 N 132 утверждена унифицированная форма (N Торг-3) акта об установленном расхождении по количеству и качеству при приемке импортных товаров.

При приемке товаров по количеству проверяется соответствие фактического наличия товаров данным, содержащимся в транспортных, сопроводительных и расчетных документах, а при приемке их по качеству и комплектности - требованиям к качеству товаров, предусмотренным в стандарте на товар или контракте. При отсутствии сопроводительных и расчетных документов приемка товаров производится по данным маркировки и внутритар-ных упаковочных листов, а при отсутствии последних - по фактическому наличию.

Если при приемке обнаружены изделия с дефектами от механического воздействия (проколы, поломки, потертости и т.п.), то эксперт или комиссия должны дать описание дефектов, указать количество изделий с такими недостатками, степень понижения качества - в процентах или долях, отразить состояние упаковки.

При обнаружении товаров, не соответствующих установленным требованиям, получатель обязан обеспечить сохранность этих товаров до получения распоряжения импортера или иностранного поставщика. Товары, не соответствующие установленным требованиям, должны храниться в таре или упаковке иностранного поставщика, а в тех случаях, когда это оказывается невозможным, тара или упаковка должны храниться отдельно до урегулирования вопроса с импортером или иностранным поставщиком.

Рекламационный акт (акт экспертизы) с прилагаемыми к нему документами и основанное на них требование направляются в кратчайший срок организации-продавцу, по счету которой получен и оплачен товар. Эта организация переотправляет документы импортеру или иностранному поставщику. Если товар получен покупателем по внешнеторговому контракту непосредственно от инофирмы, то требование о возмещении убытков от недостачи или недоброкачественности товара заявляется к последней.

Если при получении импортных товаров их приемка может производиться согласно российским правилам, то при поставке товаров на экспорт вопросы приемки всегда следует определять в контракте. В настоящее время несвоевременное или неполное получение экспортной валютной выручки зачастую связано с претензиями иностранных покупателей к количеству и качеству полученных экспортных товаров.

В заключаемых контрактах следует предусматривать, что обязательным документом для подтверждения факта недостачи или ненадлежащего качества полученного товара является акт экспертизы, составленный надлежаще уполномоченной организацией. Зарубежные получатели нередко злоупотребляют с составлением документов о недостаче или забраковании товара. Предупредительные меры надлежит осуществлять по двум направлениям. Во-первых, следует предварительно подыскивать в пункте назначения достаточно надежную, добросовестную организацию, которой по контракту будет поручаться проведение приемки. Во-вторых, целесообразно предусматривать в контракте требования, направленные на ужесточение порядка приемки и повышение достоверности составляемых рекламационных актов.

4. В торговых отношениях нередко требуется экспертиза качества товаров. Под экспертизой принято понимать исследование каких-либо вопросов, решение которых требует специальных знаний, с представлением мотивированного заключения.

В зависимости от целей различают несколько разновидностей экспертиз. Так, экологическая экспертиза используется для определения воздействия товара в процессе потребления на человека и окружающую среду. Экономическая экспертиза проводится для проверки правильности установления цены на товар в зависимости от величины производственных, транспортных и иных затрат. Технологическая экспертиза позволяет установить соответствие изделия технологическому режиму изготовления, соблюдение норм расходования сырья и дозирования компонентов.

Для коммерческой деятельности наиболее актуальна товарная экспертиза, состоящая в определении соответствия товара стандартам и условиям договора, данным маркировки и сопроводительных документов, фактической сортности (марке, артикулу и т.п.), причин брака или снижения качества. Нередко товары теряют свое качество из-за нарушения правил упаковки, неправильного хранения или транспортировки. Экспертиза позволяет установить такие причины и предложить способы предупреждения потерь.

По организационным признакам экспертизы подразделяются на первичные, т.е. назначаемые по соответствующим вопросам впервые, и повторные. Различаются также основная экспертиза и дополнительные, проводимые из-за неполноты или нечеткости основной экспертизы.

Товарная экспертиза проводится бюро товарных экспертиз при государственных торговых инспекциях, экспертными отделами при торгово-промышленных палатах, специализированными экспертными организациями. Единая система экспертных учреждений в стране отсутствует. Деятельность по проведению экспертиз не подлежит лицензированию. Среди множества экспертных учреждений надо выбирать имеющие высокую репутацию и опыт подготовки заключений по соответствующим вопросам.

Экспертиза может назначаться по соглашению сторон либо по инициативе одной из них. Так, в соответствии с Инструкцией по приемке по качеству покупатель обязан вызвать эксперта для проверки качества товара в случаях: а) если одногородний продавец по вызову покупателя не направил своего представителя, б) если вызов представителя иногороднего продавца не предусмотрен договором либо на посланный покупателем вызов продавец в суточный срок не сообщил о направлении представителя. Получатель обязан пригласить эксперта для приемки поступившего импортного товара.

В связи с возбужденным делом экспертиза может назначаться определением арбитражного суда или постановлением следственного органа. Такая экспертиза поручается Федеральному центру судебных экспертиз при Минюсте РФ или иной экспертной организации.

Результаты экспертизы оформляются экспертным заключением, подписываемым экспертом и заверяемым печатью экспертного учреждения.

Допускается оспаривание актов экспертизы заявлением на имя руководителя экспертного учреждения с указанием конкретных недостатков, допущенных при проведении первичной экспертизы. Руководитель вправе при наличии оснований назначить повторную экспертизу, в том числе комиссионную, проводимую несколькими экспертами. Повторная экспертиза может назначаться по постановлению следственных и судебных органов.

# Дополнительная литература

1. Апель А.Л., Бабянская Н.С. Коммерческое право России: Конспект лекций. СПб., 2003.

2. Коммерческое товароведение и экспертиза: Учебное пособие для вузов/Г.А. Васильев, Л.А. Ибрагимов, Н.А. Нагапетьянц и др. М., 1997.

3. Красовский Н.А., Ковалев А.И., Стрижов С.Г. Товар и его экспертиза. М., 1998.

4. Общие правила проведения экспертизы качества и количества товаров. М., 1996.

──────────────────────────────

\*(1) Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 41. С. 311.

\*(2) СЗ РФ. 1996. N 3. Ст. 140.

\*(3) Принципы международных коммерческих договоров. М., 2003.

\*(4) Внешнеторговое право. 2004. N 2.

\*(5) Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С. 117.

\*(6) СЗ РФ. 1997. N 1. Ст. 119.

\*(7) Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 442.

\*(8) Гамбаров Ю.С.  Гражданское право. Общая часть/Под ред. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 42.

\*(9) Шустер П. Основы немецкого торгового и хозяйственного права. М., 1995. С. 24.

\*(10) Каминка А.И. Очерки торгового права. С. 70.

\*(11) См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. С. 42.

\*(12) Кулагин М.И. Избранные труды. М., 1997. С. 200.

\*(13) Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 25. С. 297.

\*(14) Вестник ВАС РФ. 1996. N 9.

\*(15) Гражданское право: Учебник/Отв. ред. проф. Е.А. Суханов Т. I. Полутом 2. М., 1998. С. 296.

\*(16) См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 24.

\*(17) СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4850.

\*(18) СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4851.

\*(19) См.: постановление Правительства РФ от 12.10.98 N 1190 "О мерах по стабилизации потребительского рынка Российской Федерации"//СЗ РФ. 1998. N 42. Ст. 5162.

\*(20) СЗ РФ. 2003. N 34. Ст. 3396.

\*(21) СЗ РФ. 1997. N 44. Ст. 5078.

\*(22) СЗ РФ. 2000. N 18. Ст. 1718.

\*(23) СЗ РФ. 1996. N 17. Ст. 2000.

\*(24) СЗ РФ. 1999. N 16. Ст. 2012.

\*(25) СЗ РФ. 1994. N 34. Ст. 3540.

\*(26) СЗ РФ. 1998. N 25. Ст. 2910.

\*(27) СЗ РФ. 1995. N 34. Ст. 3540.

\*(28) СЗ РФ. 1998. N 4. Ст. 482.

\*(29) СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 150.

\*(30) См.: Витрянский В.В. Договор поставки и отдельные его виды. М., 1999. С. 117.

\*(31) Вестник ВАС РФ. 1998. N 3. С. 23.

\*(32) Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 109-110.

\*(33) Свод законов СССР. Т. 5. С. 123.

\*(34) См.: Измайлова Е.В. Правовое регулирование маркетинга. М., 2002.

\*(35) СЗ РФ. 1997. N 19. Ст. 2230.

\*(36) СЗ РФ. 1995. N 30. Ст. 2864.

\*(37) СЗ РФ. 1995. N 8. Ст. 609.

\*(38) Копылов В.А. Информационное право. М., 1997. С. 22.

\*(39) Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. N 2. Ст. 56; СЗ РФ. 1998. N 1. Ст. 4.

\*(40) См.: Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения//Советское государство и право. 1966. N 10. С. 50-57.

\*(41) СЗ РФ. 1998. N 16. Ст. 1858.

\*(42) Вестник ВАС РФ. 1996. N 9.

**Менеджеру, студенту, преподавателю**

**БЕСПЛАТНО по экономике и менеджменту:**

[**Электронная библиотека учебников**](http://учебники.информ2000.рф/)

[**Материалы для самообразования и рефератов**](http://учебники.информ2000.рф/povyshenie-kvalifikacii-rukovoditelei.htm)

[**Готовые дипломы**](http://учебники.информ2000.рф/diplom.htm)

|  |
| --- |
| НАПИСАНИЕ на ЗАКАЗ:  1. Дипломы, курсовые, рефераты...  2. Диссертации и научные работы  3. Школьные задания  Онлайн-консультации  Любая тематика, в том числе АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО, экономика, техника, менеджмент, биология…  Приглашаем авторов  <http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml>  УЧЕБНИКИ, ДИПЛОМЫ, ДИССЕРТАЦИИ –  На сайте электронной библиотеки  [www.учебники.информ2000.рф](http://www.учебники.информ2000.рф) |

|  |  |
| --- | --- |
| [**СТУДЕНЧЕСКИЕ и АСПИРАНТСКИЕ РАБОТЫ на ЗАКАЗ**](http://учебники.информ2000.рф/napisat-diplom.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**КНИЖНЫЙ МАГАЗИН**](http://учебники.информ2000.рф/chitai.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**ТОВАРЫ для ХУДОЖНИКОВ и ДИЗАЙНЕРОВ**](http://учебники.информ2000.рф/kar.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**АУДИОЛЕКЦИИ**](http://учебники.информ2000.рф/lectr.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**IT-специалисты: ПОВЫШЕНИЕ КВАЛИФИКАЦИИ**](http://учебники.информ2000.рф/otu.shtml) |  |

|  |  |
| --- | --- |
| [**ФИТНЕС на ДОМУ**](http://учебники.информ2000.рф/fit1.shtml) |  |