Договорные механизмы в публичном праве: роль договорного регулирования имущественных правоотношений*

ДОРОНИНА Наталия Георгиевна, главный научный сотрудник отдела экономико-правовых проблем государственного и муниципального управления Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: gis.doronina@yandex.ru

СЕМИЛЮТИНА Наталья Геннадьевна, заведующая отделом гражданского законодательства иностранных государств Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук

117218, Россия, г. Москва, ул. Большая Черемушkinsкая, 34

E-mail: foreign3@izak.ru

В статье рассматриваются проблемы использования договора как инструмента регулирования отношений сторон. Авторы, сосредоточившись на анализе договорных форм, используемых при осуществлении финансирования различных проектов, приходят к выводу, что государство может прибегать к различным способам взаимодействия с частными лицами — участниками хозяйственного оборота. При этом государство может вступать в непосредственное взаимодействие с указанными лицами, заключая договоры, направленные, как правило, на привлечение прямых капиталовложений. Воздействуя косвенным образом и вступая в оборот непосредственно, государство может также определять порядок и условия договоров, заключаемых участниками оборота на финансовых рынках. Независимо от выбранного способа взаимодействия с участниками оборота государство не теряет нить управления в областях, связанных с привлечением финансовых ресурсов для достижения экономических целей. В этом смысле можно провести параллель с регулированием системы хозяйственных договоров, заключавшихся участниками оборота в условиях так называемого плано-административного регулирования.

Ключевые слова: договор, хозяйственный договор, концессионный договор, капиталовложения, инвестиции, финансовый рынок.

Contracts in Public Law: The Role of Contract Regulation of Property Relations

N. G. DORONINA, chief research fellow of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences, professor

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: gis.doronina@yandex.ru

N. G. SEMILYUTINA, head of the Department of civil law of foreign countries of the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, doctor of legal sciences

34, Bolshaya Cheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117218

E-mail: foreign3@izak.ru

* Статья подготовлена на основе выступлений авторов на XIII Ежегодных научных чтениях, посвященных памяти профессора С. Н. Братуся (г. Москва, 24 октября 2018 г.).

The subject matter of the present article is the analysis of the regulative function of a contract. Authors concentrate on the contractual forms used by the parties for the purposes of capital accumulation for the social and economic development. Authors analyze various forms used for the capital attraction for the economic and social development. As a result of their analysis authors conclude that a state uses various methods to fulfill its regulative function. It can participate in contract indirectly as a part to a contract, or it can use indirect forms affecting party autonomy in contracts concluded in financial markets providing for various forms of contracts as well as by means of requirements and normatives for market transactions. Notwithstanding of the forms chosen by the state it continues to fulfill its regulative function by means of contracts. This makes authors to notice the similarities between the system of economic contracts used in centrally planned economy and present system of contracts concluded by the parties in the market economy.

Keywords: contract, economic contract, concession, investments, financial market.

DOI: 10.12737/art_2019_5_4

Расширение сферы применения принципов гражданского права: свободы договора и автономии воли сторон.

На современном этапе общество столкнулось с двумя разнонаправленными тенденциями в правовом регулировании. С одной стороны, в отечественной правовой системе продекларированный переход от планово-административной экономики к рынку побуждал насаждение договорных форм регулирования в различных областях общественной жизни. С другой стороны, использование новых технологий, интенсификация производства — все это способствует существенному возрастанию рисков (как экономического, так и техногенного характера). Возрастание рисков при осуществлении предпринимательской деятельности требует усиления контроля со стороны государства за выполнением необходимых мер предосторожности и соблюдением правил техники безопасности. Формулирование эффективных требований¹ к условиям и порядку осуществления предприни-

мательской деятельности требует согласованных действий публичной власти и участников предпринимательской деятельности — субъектов гражданского права. Такое взаимодействие открывает благоприятные перспективы развития разнообразных договорных правовых форм.

Весьма часто договорные формы взаимодействия сторон используются для оптимизации финансовых расходов, связанных с реализацией экономических проектов, имеющих не только коммерческую, но и социальную значимость, и в силу этого относящихся к публичной сфере. В публичной сфере широко применяются гражданско-правовые договоры, заключаемые частными лицами с органами управления. Благодаря применению принципа равенства сторон (присущего гражданско-правовым отношениям) к таким договорам частный партнер получает правовую защиту, предоставляемую всем участникам гражданского оборота. Обращение к договорной конструкции дает частному партнеру возможность не только «выторговать» у органа исполнительной власти договорные гарантии с учетом специфики осуществляемой им деятельности, но и в рамках предоставленных гарантий получить компенсацию в случае нарушения условий договора органом власти. В связи с активным использованием договорных форм и конструкций представляется воз-

¹ В данном случае под эффективными требованиями понимаются требования, соблюдение которых не повлечет чрезмерную нагрузку на предпринимателя и будет означать существенное увеличение стоимости ведения бизнеса; в то же время меры должны обеспечивать по крайней мере минимальные стандарты безопасности как для самого предпринимателя, так и для третьих лиц.

можным говорить о формировании² и развитии систем договорных связей³, использование которых позволяет государству обеспечивать достижение общественно полезных целей при оптимизации финансовых затрат. Оптимизация затрат становится возможной благодаря оптимизации целеполагания. Государственное участие в той или иной форме позволяет формулировать цели, учитывающие долгосрочную перспективу развития, а также реализацию социально значимого эффекта. В то же время договорная форма взаимодействия позволяет привлечь средства частных инвесторов. Частные инвесторы, руководствующиеся целями извлечения прибыли⁴, благодаря сотрудничеству с государством могут, в свою очередь, рассчитывать на получение дополнительных гарантий, минимизируя таким образом свои риски, например, связанные с перспективой создания новых рынков сбыта про-

дукции. Соответственно, договор превращается в форму управления общественными процессами и сохранения баланса интересов.

В настоящее время широко практикуется заключение договоров в публично-правовой сфере для целей управления общественными отношениями в рамках выполнения государством (государственным органом) своих публично-правовых функций. При анализе правовой природы договоров, применяемых в сфере публичных правоотношений, используются различные критерии, однако все они, как правило, лишь подчеркивают различные проявления функции управления общественными отношениями, не затрагивая правовой природы, присущей самой конструкции — гражданско-правовому договору. В ряде случаев, когда государство не вступает непосредственно в договорные отношения с частными лицами, оно может определять или влиять на содержание заключаемых участниками рынка договоров, формулируя общие требования в отношении договоров, заключаемых участниками соответствующих правоотношений. Такое влияние может оказываться различными способами, например путем установления требований (нормативов) к определенным категориям субъектов права — участников оборота. Так, устанавливая нормативы ликвидности для кредитных организаций, государство побуждает кредитные организации размещать средства в определенную категорию активов, заключая соответствующие договоры. В ряде случаев государство может устанавливать требования в отношении содержания договоров (например, требования к содержанию договора доверительного управления паевым инвестиционным фондом установлены в Федеральном законе от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (ст. 11)). Таким образом, государство, не принимая непосредственного участия в

² Категории «структура договорных связей», «система договорных связей» активно исследовались в отечественной правовой доктрине в связи с исследованием проблематики соотношения плана, планового задания и договора. См., например: *Иоффе О. С.* План и договор в социалистическом хозяйстве. М., 1971; *Братусь С. Н., Луиц Л. А.* Вопросы хозяйственного договора. М., 1954.

³ О развитии систем договоров в современных условиях см., например: *Семилетина Н. Г.* Понятие «регулируемый рынок» и проблемы международного коммерческого арбитража // *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ* / под ред. *А. С. Комарова*. М., 2007. С. 407—419.

⁴ Напомним, что, как следует из ч. 1 ст. 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность представляет собой самостоятельную, осуществляемую на свой риск деятельность, направленную на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг.

договорных правоотношениях, тем не менее оказывает влияние на них, определяя требования к условиям таких договоров.

Именно в области, связанной с привлечением финансовых ресурсов, государство наиболее активно использует различные формы управления общественными отношениями, складывающимися на рынке, либо принимая непосредственное участие в договорах, либо оказывая косвенное влияние на договоры, заключаемые участниками оборота.

Договор как инструмент государственного управления в целях привлечения прямых капиталовложений. В законодательстве к договорам между частным лицом и органом управления уже сформировалось отношение как к гражданско-правовым договорам, хотя при этом учитывается, что гражданско-правовые договоры регулируют отношения между сторонами договорных отношений, которые обладают равным статусом субъектов гражданского права. Признавая равный статус участников договора, законодатель применяет к ним как общие положения о договорах, так и специальные нормы для отдельных видов договоров, которые предусматриваются в части второй Гражданского кодекса РФ. В настоящее время в законодательной практике эти гражданско-правовые договоры именуются соглашениями, учитывая, что они содержат выработанные по соглашению сторон условия и порядок деятельности сторон в течение всего длительного срока действия такого договора⁵. Эти гражданско-право-

вые договоры регулируются общими положениями части первой ГК РФ и специальными законами.

Переход общества на рыночные принципы хозяйствования позволил сформировать нормативно-правовую базу для эффективного регулирования отношений, основанных на сотрудничестве (партнерстве) между органами публичной власти, а также между органами власти и участниками оборота — субъектами гражданского права, являющимися представителями бизнеса. Модель такого сотрудничества открывает благоприятные перспективы развития разнообразных договорных правовых форм⁶. Благодаря применению принципа равенства сторон (присущего гражданско-правовым отношениям) к таким договорам частный партнер получает правовую защиту, предоставляемую всем участникам гражданского оборота. Обращение к договорной конструкции дает частному партнеру возможность не только «выторговать» у государства (в лице уполномоченного органа исполнительной власти) договорные гарантии с учетом специфики осуществляемой им деятельности, но и в рамках предоставленных гарантий получить компенсацию в случае нарушения условий договора органом власти.

Законодательство отражает тенденцию точного определения возможной сферы применения указанных договоров, планируя направить частные инвестиции в желаемую сферу. При этом среди названных в законе областей деятельности часто перечисляются сферы, традиционно относимые к публично-правовой,

⁵ См., например, федеральные законы от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции», от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации». В соответствии с требованиями последнего применяется Соглашение об управлении особой экономической зоной, заключаемое уполномоченным Правительством РФ органом ис-

полнительной власти с лицом — субъектом гражданского права, например хозяйственным обществом.

⁶ См. Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

например образовательная и научная области деятельности. Такая детализация правового регулирования частно-государственного партнерства, на наш взгляд, снижает цивилистическое значение договора, при заключении которого в условиях рынка применяются уже такие современные технологии, как признание преддоговорных отношений, закрепление конвенций, достигнутых во время переговоров, и другие инструменты, основанные на принципе автономии воли сторон, связывающие участников будущего договора.

Договорные конструкции в сфере образовательной и научной деятельности характеризуются определенной спецификой договорных гарантий. Так, заключаемые с органами исполнительной власти соглашения могут позволить образовательным учреждениям пользоваться преимуществами обычного участника рыночных отношений, например использовать существующие в практике формы кредитования, субсидирования с целью инвестирования денежных средств в сферу образования и научной деятельности. Соглашение с органом власти выполняет в данном случае функцию поручительства и гарантии для организаций, предоставляющих финансирование, например, коммерческих банков, иных кредитных организаций. Прямое или подразумеваемое участие в соглашении органа государства означает не столько контроль государства за деятельностью участника рынка, сколько гражданско-правовую ответственность органа государства в данном конкретном случае, связанном с действиями этого органа по обеспечению целевого использования денежных средств образовательным учреждением.

Использование соглашений в области науки и образования связано с расширением сферы рыночных отношений в публичной сфере, с развитием международных контрактов на оказание образовательных услуг

как перспективного направления международной торговли, экспорта и импорта образовательных услуг. Развитие международной торговли по оказанию образовательных услуг основано на применении договорной формы между поставщиком услуг и органом, регулирующим образовательную и научную деятельность. Специалисты, исследовавшие данное направление развития науки и образования, подчеркивают, что применяемые с указанной целью соглашения — это «оформленное организационно и юридически на определенный срок сотрудничество органов публичной власти с субъектами частного предпринимательства в отношении объектов, находящихся в области непосредственного государственного интереса и контролируемых со стороны его органов»⁷.

Правовая форма соглашения широко применяется и в области научной деятельности. Для достижения определенных результатов интеллектуального труда и дальнейшего их использования на условиях, которые позволяют извлекать прибыль, физические и юридические лица согласовывают порядок осуществления ими своей деятельности и придают соответствующую организационную и юридическую форму этому согласованию — как правило, форму соглашения с государственными органами исполнительной власти. На основании заключаемого соглашения стороны принимают на себя взаимосвязанные обязательства.

Другим примером обращения к договору как инструменту государственного управления являются соглашения между органом управления технико-внедренческой Особой экономической зоны и ее резидентом, на основании которых различными хозяйствующими субъектами заключаются договоры аренды, договоры о выполнении научных ис-

⁷ Козырин А. Н. Финансирование экспорта образовательных услуг в Российской Федерации // Реформы и право. 2010. № 3.

следований и опытно-конструкторских работ и иные гражданско-правовые договоры⁸.

Общей нормативно-правовой основой для регулирования соглашений в сфере науки и образования, промышленной деятельности является Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Федеральный закон № 115-ФЗ). Указанный Закон в общей форме регулирует особенности взаимоотношений частного лица с государством. Он применяется при реализации разнообразных проектов, финансирование которых не ограничивается средствами бюджета.

Соглашение позволяет привлекать средства предпринимателей как дополнительный источник финансирования. Его общая направленность на финансирование социальных и экономических проектов позволяет утверждать, что указанный Закон применим к любой деятельности. В принципе, договор также может получить признание в сфере науки и образования. Условное название договорной конструкции в публичной сфере «концессионное соглашение» не меняет предусмотренной законом гражданско-правовой природы соглашения. Эта договорная конструкция позволяет учитывать публичный интерес (достижение общественно полезной цели), без которого развитие финансирования той или иной сферы деятельности (промышленности, научно-исследовательской деятельности и образования) в рамках конкретного государства невозможно.

Развитию договорных форм в публично-правовой сфере содействуют международные организации, чья деятельность направлена на стимулирование экономического развития в условиях рыночной экономики. В 2013 г. Организация экономического сотрудничества и разви-

тия подготовила ежегодный обзор 34 стран со сравнительным анализом их образовательных систем, в котором предложила новые критерии оценки состояния образования с учетом такого фактора, как влияние уровня образования в стране на уровень безработицы. Одним из выводов в обзоре стало заключение о том, что в условиях экономической неустойчивости и финансовых кризисов наилучшей защитой от безработицы является высокий уровень образования⁹. Однако, чтобы добиться успеха в этом направлении, необходимо шире использовать возможные договорные формы.

Соглашение как форма гражданско-правового договора в публичной сфере является инструментом управления, так как помогает направить частную предпринимательскую деятельность на достижение общественно-полезной цели. Соглашение обладает потенциальной возможностью объединять различные договоры в один проект и предусматривает порядок организации его финансирования в целом. Дополнительные источники финансирования частно-предпринимательской деятельности в публичной сфере помогают решить проблемы бюджета. О сложностях финансирования науки и образования за счет средств бюджета свидетельствует цепь последовательных изменений, внесенных в Бюджетный кодекс РФ, которые коснулись предоставления субсидий юридическим и физическим лицам, в том числе индивидуальным предпринимателям.

Федеральным законом от 2 июля 2013 г. № 181-ФЗ «О внесении изменений в статьи 78 и 78¹ Бюджетного кодекса Российской Федерации в части предоставления грантов» предусматривается, что субсидии из федерального бюджета, бюджета субъекта РФ, местного бюджета могут

⁸ См.: Право и инновационная деятельность. М., 2011. С. 233.

⁹ См.: OECD's Education at a Glance 2013 to be Published. URL: <http://www.oecd.org/newsroom>.

предоставляться согласно условиям и срокам, определяемым соглашениями, заключенными в соответствии с законодательством Российской Федерации о концессионных соглашениях. Если срок заключаемого концессионного соглашения превышает срок действия утвержденных лимитов бюджетных обязательств, порядок заключения соглашений должен быть определен Правительством РФ, высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ, местной администрацией. Особое внимание, уделяемое порядку заключения соглашений в публично-правовой сфере, связано с тем, что, формируя между собой отношения в форме гражданско-правового обязательства, стороны заботятся о правовых последствиях нарушения одной из сторон условий договора, т. е. о стабильности этих отношений до окончания срока действия соглашения.

По условиям соглашения частные предприниматели, заключающие с органом управления гражданско-правовой договор, обязуются совершать разного рода юридические действия в обмен на встречное обязательство другой стороны — органа государства. В содержание обязательств, принимаемых на себя органом государства, входит обязанность содействовать предпринимателю в совершении обусловленных в договоре действий и следовать условиям соглашения до конца срока, предусмотренного в договоре. Такие соглашения отвечают всем признакам государственно-частного партнерства¹⁰.

Соглашение является договорной формой, приспособленной для введения в гражданский оборот права на осуществление деятельности или вещного права, находящегося в сфере юрисдикции государства

или органа государства. Заключение соглашения чаще всего связано с передачей частному лицу имущества, находящегося в государственной или муниципальной собственности, что подразумевает введение в гражданский оборот этого имущества на условиях, предусмотренных в соглашении и отвечающих интересам его сторон. «Уступая»¹¹ право на осуществление указанной деятельности стороне в концессионном соглашении, государство или орган государства принимают на себя также и определенные гражданско-правовые обязательства, нарушение которых влечет гражданско-правовые последствия, такие, например, как обязанность стороны, нарушившей договор, возместить убытки и выплатить компенсацию другой стороне в случае изменения или прекращения договора.

Юридической целью заключения договора частного лица с органом управления является достижение баланса между публичным и частным интересами, носителями которых являются стороны в договоре. Стороны в концессионном соглашении представляют государство и частный предприниматель, который выступает в роли инвестора. С помощью найденного в договоре баланса взаимообусловленного интереса сторон достигается равновесие, необходимое для соблюдения основного принципа гражданско-правовых отношений — равенство сторон в правоотношении.

Равновесие, достигнутое в момент заключения договора, отличается хрупкостью в связи с постоянно меняющимися внешними условиями, в которых действует достигнутое соглашение. Под воздействием внешних условий меняется интерес. Целью договора остается, как и прежде, поддержка взаимной заинтере-

¹⁰ См., например: Айрапетян М. С. За рубежом опыт государственно-частного партнерства // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 2.

¹¹ Понятие «концессия» переводится с латыни как «уступка». Подробнее см.: Сосна С. А. Концессионные соглашения. Теория и практика. М., 2002.

сованности сторон в исполнении договора. Поэтому к категории существенных условий соглашения, как правило, относятся те из них, от которых зависит сохранение взаимной договоренности сторон: срок реализации концессионного соглашения, правовые последствия в случае одностороннего отказа от исполнения договора, порядок разрешения разногласий между сторонами в случае изменившихся условий. Условие о распределении риска невозможности исполнения договора в результате изменившихся обстоятельств сформулировано как условие о порядке выплаты компенсации частному предпринимателю в результате невозможности исполнения договора.

Государственно-частное партнерство в настоящее время все шире применяется в публичной сфере: в области культуры (содержание и сохранение памятников культуры, музеев за счет привлечения средств частных инвесторов), здравоохранения (строительство и эксплуатация больниц, домов отдыха и медицинских учреждений), образования (строительство и содержание библиотек, школ, образовательных учреждений). В Российской Федерации наиболее распространенной областью применения концессионных соглашений пока является только сфера предпринимательства (например, строительство дорог, различных объектов инфраструктуры, предназначенных для общественного пользования)¹². Этому способствовало общепринятое суждение, что инвестиционная деятельность связана с реконструкцией и строительством объектов.

Опыт применения договорной конструкции в социальной сфере имеет благоприятную перспективу, так как предполагает более рациональ-

ное использование имущества, находящегося в государственной собственности, в собственности общественных организаций. Передача государственной или муниципальной собственности концессионеру позволяет обеспечить постоянный режим содержания этой собственности в рабочем состоянии, т. е. на высоком уровне технического оснащения с соблюдением принципа самокупаемости.

Государственное и муниципальное имущество, введенное в гражданский оборот на основе концессионного соглашения, находится в рабочем режиме благодаря усилиям, знаниям и финансовым ресурсам самого концессионера и поэтому не требует чрезмерных расходов бюджетных средств. Такой режим использования государственного имущества удовлетворяет высокие требования потребителя к качеству оказываемых ему социальных услуг на базе государственного имущества. Однако эта задача решается уже при достижении главной цели концессионного соглашения — баланса публичного и частного интересов.

Термин «концессионное соглашение» часто используется в литературе как синоним понятия «инвестиционный договор». Действия сторон в концессионных соглашениях направлены преимущественно на привлечение денежных ресурсов — инвестиций для поддержания материальной основы достигнутой сбалансированности интересов сторон в соглашении. При этом основной инвестор — это частное лицо, или концессионер, а государство (или орган государства), выступающее стороной в концессионном соглашении или представляющее публичный интерес в лице основного заказчика, является концедентом. Его основная обязанность — содействовать деятельности частного лица, что не всегда выражается в форме финансовой поддержки. Инвестиционный характер концессионного соглаше-

¹² См.: Доронина Н. Г. Концессионный договор в международном частном праве // Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М., 2008. С. 108.

ния подчеркивается в Федеральном законе № 115-ФЗ и в международных документах, направленных на унификацию правового регулирования соглашений, заключаемых в публичных целях и в публичном интересе.

Обязанность частного лица — стороны в соглашении — осуществлять инвестиции. Согласно п. 1 ст. 3 Федерального закона № 115-ФЗ под концессионным соглашением понимается такое соглашение, в котором одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество (объект концессионного соглашения). Концессионное соглашение заключается в отношении недвижимого имущества или недвижимого и движимого имущества, если недвижимое и движимое имущество технологически связаны между собой. Концедент остается собственником передаваемого имущества и лишь обязуется предоставить его в пользование концессионера.

Слова «за свой счет» указывают на то, что концессионер несет обязанность инвестировать свои средства в предписываемую ему договором деятельность. В данном Законе определяются также основные условия инвестирования. Так, в соответствии со ст. 3 право собственности на недвижимое имущество, служащее объектом инвестирования, принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту). Кроме того, концессионер обязан осуществлять деятельность по использованию (эксплуатации) объекта концессионного соглашения. Под словами «осуществление деятельности» следует понимать исполнение надлежащих публичных функций в сфере науки и образования, которые ранее являлись прерогативой государственных учреждений, или государства. Для того чтобы концессионер мог реализовать это право, концедент обязан предоставить концессионеру право осуществления

деятельности на базе переданного ему имущества на срок, установленный концессионным соглашением.

Договорные отношения на рынке финансовых услуг: предопределенность содержания и формы. Финансовый мир, всегда готовый к увеличению скорости операций и расширению их ассортимента, является наиболее требовательным испытательным полигоном научно-технической революции¹³. Благодаря использованию достижений научно-технического прогресса именно на финансовом рынке происходит значительное увеличение числа операций и заключаемых сделок. Этим рынок так называемых портфельных инвестиций отличается от прямых капиталовложений, где участие государства нередко становится либо непосредственным, либо через учрежденные или уполномоченные государством правосубъектные организации.

Финансовый рынок, на первый взгляд, представляет собой огромное количество договоров (сделок), заключаемых участниками хаотично, вне всякой системы управления и регулирования. Казалось бы, участники операций движимы единственной целью — получения дохода от проводимых операций. Однако такое впечатление обманчиво, поскольку возможность заключить или не заключить договор, содержание договора, порядок

¹³ Так, «банковские отделения интегрировались в национальную сеть как только железные дороги и телеграф предоставили такую возможность. То же произошло позднее, но в мировом масштабе, когда международный телеграф позволил банкам связываться с филиалами в других странах. С 1970-х и 1980-х гг. мгновенные денежные и финансовые переводы, а также универсальные кредитные карты способствовали развитию международных супермаркетов и прочих глобальных сетей» (Перес К. Технологические революции и финансовый капитал. Динамика пузырей и периодов процветания. М., 2013. С. 131—132).

исполнения обязательств подробно регламентированы.

Начало формированию современных стандартов регулирования финансового рынка было положено в 30—40-е гг. XX в.¹⁴, когда были сформулированы «базовые принципы регулирования рынка ценных бумаг», к числу которых следует отнести следующие:

наличие органа государственной власти, непосредственно ответственного за исполнение требований, установленных в законах¹⁵, ре-

¹⁴ Непосредственным толчком развитию законодательства послужили события октября 1929 г., когда фондовый рынок США пережил глубокое потрясение, послужившее началом периода Великой депрессии. О глубине потрясения свидетельствуют следующие цифры: на 1 сентября 1929 г. совокупная стоимость ценных бумаг, обращающихся на Нью-Йоркской фондовой бирже, составляла примерно 89 млн долл. За сентябрь и октябрь их стоимость снизилась до 18 млн долл. США, а в 1932 г. — до 15 млн. В качестве мер по преодолению кризиса в 1933—1934 гг. Конгресс США принимает Закон о ценных бумагах 1933 г. (Securities Act) и Закон о фондовых биржах 1934 г. (Securities Exchange Act), в которых были сформулированы основные принципы регулирования рынка ценных бумаг.

¹⁵ Первоначально речь шла о семи федеральных законах, регламентирующих вопросы, связанные с выпуском и обращением ценных бумаг: Законе о ценных бумагах 1933 г. (Securities Act); Законе о фондовых биржах 1934 г. (Securities Exchange Act); Законе об общественно полезных предприятиях 1935 г. (Public Utilities Act); Законе о доле-вых обязательствах, возникших из доверительной собственности и обеспечительного интереса 1939 г. (Trust Indenture Act); Законе об инвестиционных компаниях 1940 г. (Investment Company Act); Законе о корпорациях держателей иностранных ценных бумаг 1933 г. (с последующими изменениями и дополнениями) (Foreign Bondholders Act); Законе об инвестиционных консультантах 1940 г. (с послед. изм. и доп.) (Investment Advisers Act). Впоследствии к перечисленным законодатель-

гулирующих рынок ценных бумаг; таковым органом являлась во время принятия законов и является до сих пор Комиссия по ценным бумагам и биржам (Securities and Exchange Commission — SEC), учрежденная в соответствии с Законом о ценных бумагах 1933 г.;

установление порядка допуска (авторизации) специализированных компаний — профессиональных участников рынка; такой допуск может осуществляться либо путем лицензирования, либо через членство в так называемых саморегулируемых организациях; условием допуска на рынок является в том числе поддержание участником рынка состояния, соответствующего требованиям, установленным в законе и конкретизированным в актах Комиссии по рынку ценных бумаг;

установление требований в отношении построения профессионального сообщества, выполняющего функции посредников между инвестором и эмитентом ценных бумаг на принципах саморегулирования.

Законодательство не без влияния частных инвесторов из США оказало существенное воздействие на регулирование отношений на финансовом рынке в странах ЕС. Начало формирования европейского законодательства о финансовых рынках можно вести от принятия и имплементации в законодательстве стран — членов ЕС в настоящее время уже не действующей Директивы об инвестиционных услугах (ISD)¹⁶. Благодаря принятию ISD были заложены принципы регули-

ным актам были добавлены иные, касающиеся регулирования операций на рынке ценных бумаг: Закон о модернизации финансовых услуг 1999 г. (Financial Services Modernization Act), а также Закон Додда — Франка 2010 г. о реформе Уолл-стрит и защите потребителя (Dodd — Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act).

¹⁶ Council Directive on Investment Services in the Securities Field No. 93/22/EEC of 10 May 1993 // OJ L 141, 1993, June 11. P. 27.

рования отношений на финансовом рынке, а именно: наличие регулирующего органа государства, осуществление лицензирования профессиональных участников рынка (в той или иной форме) и контроль за соблюдением лицензионных требований; контроль за операциями, осуществляемыми на рынке, в первую очередь через требования, устанавливаемые в отношении эмиссионных ценных бумаг, допущенных к обращению на рынке.

В 2004 г. принята Директива ЕС № 2004/39/ЕС «О рынках финансовых инструментов»¹⁷ (MIFID), которая ввела такие новые понятия, как «многосторонняя торговая система» (multilateral trading facility (MTF)) и «регулируемый рынок» (regulated market). Существенным образом было расширено содержание понятия «финансовый инструмент»: теперь оно стало включать и финансовые инструменты, базовым активом в которых являются товарные активы (commodities), прежде исключаемые из объектов операций на финансовых рынках. Фактически это означало включение в круг операций, совершаемых профессиональными участниками рынка финансовых услуг, операций на товарных рынках.

В дальнейшем в ЕС MIFID была заменена MIFID2¹⁸ и сопутствующим ей Регламентом — MIFIR¹⁹, со-

держащими нормы прямого регулирования, не требующие имплементации в право государств — участников ЕС посредством принятия актов национального регулирования. Кроме того, был принят Регламент о рынке финансовых инструментов (European Market Infrastructure Regulation (EMIR)²⁰), который содержал нормы, непосредственно касающиеся внебиржевых финансовых инструментов, и устанавливал требования регистрации сделок, предметом которых являлись внебиржевые финансовые инструменты.

Относительно российского финансового рынка отметим, что Россия с некоторым опозданием все-таки следовала (хотя и формально) зарубежным (а точнее — глобальным) стандартам регулирования. Основным источником регулирования отношений на финансовом рынке является Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг». Создававшийся по образу и подобию Закона США «О рынке ценных бумаг и биржах», отечественный Закон закрепил ставшие стандартными принципы регулирования. В дальнейшем законодатель шел по пути внесения изменений и дополнений в Закон о рынке ценных бумаг, вводя в него новые категории и институты. В частности, Федеральным законом от 25 ноября 2009 г. № 281-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» в предмет регулирования Закона о рынке ценных бумаг была введена категория «финансовый инструмент», что существенно расширило круг регулируемых правоотношений, создав в определенной мере проблему несоответствия заявленного в названии предмета регу-

¹⁷ Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of April 21, 2004 on Markets in Financial Instruments Amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and Repealing Council Directive 93/22/EEC // OJ, L 145/1, 2004, April 30. P. 145.

¹⁸ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on Markets in Financial Instruments and Amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU.

¹⁹ Regulation (EU) No. 600/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on Markets in Financial Instruments and Amending Regulation (EU) No. 648/2012.

²⁰ Regulation (EU) No. 648/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on OTC Derivatives, Central Counterparties and Trade Repositories.

лирования фактическому содержанию регулирования.

В 2011 — 2013 гг. в России были приняты правовые акты, направленные на совершенствование работы организаций инфраструктуры финансового рынка:

Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах» и связанный с ним Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 327-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "Об организованных торгах"»;

Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте» и связанный с ним Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 8-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона "О клиринге и клиринговой деятельности"»;

Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 414-ФЗ «О центральном депозитари».

Содержание правоотношений на финансовом рынке (в смысле определения прав и обязанностей сторон) в большей или меньшей степени (в зависимости от характера сделки, например, заключенной на бирже или на внебиржевом рынке) является предопределенным. Регулируя количественные и ценовые параметры заключаемой сделки, стороны обязаны соответствовать параметрам (в том что касается цены и количества), устанавливаемым клиринговой организацией, обеспечивающей и гарантирующей расчеты по заключенной сделке. Кроме того, условия сделки (права и обязанности сторон) также являются предопределенными. Таким образом, принцип свободы договора в отношении сделок, заключаемых на финансовом рынке (как биржевом, так и внебиржевом), действует весьма относительно. Даже на так называе-

мом внебиржевом рынке, на котором сделки заключаются без участия биржи²¹ (при том, что расчеты по сделкам стороны могут производить в соответствии с двусторонними договорами), содержание заключаемых двусторонних договоров и количественные параметры сделок, заключаемых в соответствии с двусторонними договорами, являются, с одной стороны, предопределенными, а с другой — планируемыми. Предопределенность содержания двусторонних договоров вытекает из того, что такие договоры заключаются на основании типовых проформ, разработанных глобальными неправительственными организациями, объединяющими профессиональных участников рынка²². Количественные параметры заключаемых на внебиржевом рынке сделок подлежат регистрации и в принципе доступны в качестве информации, отражающей тенденции развития на рынке внебиржевых операций²³.

²¹ В условиях развития современных информационных технологий практически стираются границы между биржевым и внебиржевым рынками, или OTC-market (OTC — over-the-counter, т. е. буквально «рынок через прилавок», рынок без посредников).

²² Такими организациями являются, в частности, ISDA (International Swaps and Derivatives Association), разработавшая в 1992 г. форму типового договора (Master Agreement). В настоящее время на рынке производных финансовых инструментов действует Глобальное соглашение 2002 г. (ISDA Master Agreement), для операций РЕПО Международной ассоциацией по рынку капиталов (International Capital Market Association — ICMA) в 1990, 2000, 2011 гг. были разработаны версии Глобального соглашения по операциям РЕПО (Global Master Repurchase Agreement — GMRA).

²³ Напомним, что обязательная регистрация внебиржевых сделок вводилась Законом Додда — Франка о реформе Уолл-Стрит и защите потребителей в качестве меры, направленной на предотвращение возникновения кризисных ситуаций на рынке. По-

Таким образом, любые операции, совершаемые участниками на финансовых рынках, несмотря на кажущуюся свободу договора и хаотичность рынка, тем не менее являются регулируемыми как содержательно (в смысле предопределенности договорных условий), так и количественно (в смысле количественных параметров заключаемых сделок в форме установления требований к размеру маржи, взносов в гарантийные фонды и иных показателей, размер которых может контролироваться или устанавливаться государством).

Выводы. Решение любой экономической проблемы, стоящей перед обществом, нуждается в привлечении финансовых ресурсов. Государство не может не участвовать как в формулировании целей и задач общественного развития, так и в определении источников финансирования достижения этих целей. Задачи, связанные с финансированием про-

екта, могут решаться государством либо путем непосредственного участия в финансировании, например, посредством заключения концессионных договоров или соглашений о разделе продукции, либо с помощью косвенного воздействия, регулируя порядок проведения операций на финансовых рынках.

Обращение к операциям на финансовых рынках в современных условиях связано также с тем, что государство стремится использовать свои преимущества, связанные с сочетанием как того, так и другого способа (например, при реализации схем так называемого проектного финансирования). Такой подход, с одной стороны позволяет достигать социально значимых результатов решения экономических задач, стоящих перед государством. С другой стороны, использование технологий финансовых рынков позволяет достигать поставленных целей с максимальной экономической эффективностью, что даст возможность повысить прозрачность реализации проекта, а также минимизировать финансовые расходы и риски.

Следует учитывать, что количество денег, которым располагает финансовый капитал, порой оказывается больше, чем требуется для реализации выявленных возможностей. Огромные прибыли от успешных новых отраслей промышленности стали общепринятой нормой, и все рассчитывают получить от каждого вложения не меньше, чем привычно. «Таким образом, вместо продолжения финансирования нуждающегося производства, финансовая система развивает изощренные способы получения денег из денег. Вновь происходит размолвка между финансовым и производственным капиталом»²⁴. Участие государства в определении целей и перспектив финансирования позволяет направлять финансовые ресурсы для достижения целей и развития про-

рядок регистрации и учета информации о внебиржевых сделках, предметом которых являются ценные бумаги и производные инструменты на ценные бумаги, регулируется в актах Комиссии по рынку ценных бумаг, на товарные активы и производные инструменты на товарные активы — в актах Комиссии по торговле фьючерсами на товарные активы (Commodity Futures Trading Commission — CFTC). В ЕС порядок учета информации о внебиржевых сделках регулируется Регламентом EMIR. В Российской Федерации требование об регистрации внебиржевых сделок предусмотрено ст. 11 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах». Порядок учета подобных сделок регулируется постановлением Правительства РФ от 23 июля 2013 г. № 623 «Об утверждении Положения о предоставлении информации о заключенных сторонами не на организованных торгах договорах, обязательства по которым предусматривают переход права собственности на товар, допущенный к организованным торгам, а также о ведении реестра таких договоров и предоставлении информации из указанного реестра».

²⁴ Перес К. Указ. соч. С. 133.

изводств и областей, значимых для развития общества, а не только приносящих максимальный доход.

Как было продемонстрировано выше, договор является универсальным средством, позволяющим сторонам, преследующим порой не совпадающие цели (достижение социального результата и максимальной прибыли), взаимодействовать между собой на условиях принципа равенства сторон и достигать компромисса. При этом могут быть использованы различные способы — от непосредственного согласования конкретных договорных условий до определения условий взаимодействия через установление параметров и примерных условий будущих договоров. В любом случае определение содержательной части договоров, связанных с привлечением капитала, прямо или косвенно является управляемым и регулируемым государством.

В связи с этим представляется уместным проведение аналогии между современной практикой договоров, заключаемых в связи с привлечением капиталов, и практикой хозяйственных договоров, заключаемых во времена так называемой планово-административной системы. В результате анализа правового регулирования хозяйственных договоров выявлены «такие свойства, которые присущи всем отдельным их видам и в совокупности позволяют противопоставить хозяйственные договоры остальным гражданским договорам»²⁵. В числе свойств, присущих хозяйственным договорам, М. И. Брагинский называл следующие. Во-первых, специальный субъектный состав: «хозяйственные договоры могут заключать только социалистические организации»²⁶. Проводя параллель с современным регулированием, следует

обратиться к положениям ч. 1 ст. 2 ГК РФ. Выделяя в числе отношений, регулируемых гражданским законодательством, отношения между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, ГК РФ предусматривает необходимость регистрации «в этом качестве в установленном законом порядке, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом». Для профессиональных участников финансового рынка требуется также и наличие соответствующей лицензии. Таким образом, налицо специальный субъектный состав участников договорных отношений, возникающих в связи с предпринимательской деятельностью.

В качестве второго признака хозяйственного договора М. И. Брагинский указывал плановость. При этом он обращал внимание, ссылаясь на судебную (арбитражную) практику, на то, что «хотя хозяйственные договоры рассчитаны прежде всего на обязательства планируемые, однако при определенных условиях они могут представлять собой регулируемые отношения... Учитывая тесную связь плановых и неплановых (регулируемых) отношений, законодатель иногда считает возможным установить для таких неплановых отношений такой же правовой режим, как и совпадающих с ними по содержанию плановых договоров»²⁷. Отказ от планово-административной системы регулирования не должен рассматриваться в качестве отказа от планирования вообще. Развитие рынка и необходимость взаимодействия рыночных, казалось бы, хаотичных начал с решением задач общественного развития требуют «перехода к праву как к способу опережающего нормативно-информационного отражения процессов в экономической, социальной, политической и международной сферах. Прогнозирование здесь служит основным способом целей определения

²⁵ Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах // Брагинский М. И. Избранное. М., 2008. С. 13.

²⁶ Там же. С. 13.

²⁷ Брагинский М. И. Указ. соч. С. 14.

будущего правового воздействия на происходящие процессы»²⁸. Договор в данном случае следует рассматривать в качестве инструмента, обеспечивающего сочетание и взаимодействие между макроэкономическими прогнозами общественного развития и планированием перспектив развития «бизнесов» отдельных лиц, вовлеченных в предпринимательскую деятельность. Таким образом, и в современных условиях договоры, заключаемые участниками в процессе предпринимательской деятельности, все-таки не утрачивают своего значения хотя бы на уровне составления бизнес-планов.

В качестве третьего признака, характеризующего хозяйственный договор, М. И. Брагинский указывал, что эти договоры «имеют целью непосредственное обслуживание основной деятельности хозяйственных организаций»²⁹. Нашедший отражение в ч. 2 ст. 1 ГК РФ принцип свободы реализации своих прав и обязанностей участниками оборота³⁰ можно рассматривать в том числе в качестве реализации принципа свободы предпринимательской деятельности. Однако данному принципу не противоречит закрепленное в ст. 4 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государ-

ственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» требование о том, чтобы в «государственные реестры, содержащие соответственно сведения о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц, приобретении физическими лицами статуса индивидуального предпринимателя, прекращении физическими лицами деятельности в качестве индивидуальных предпринимателей, иные сведения о юридических лицах, об индивидуальных предпринимателях и соответствующие документы» вносились сведения относительно кодов по Общероссийскому классификатору видов экономической деятельности (ОК 029-2014 (КДЕС Ред. 2))³¹. Апелляционная коллегия Верховного Суда РФ в определении от 31 октября 2017 г. № АПЛ17-344 указала, что этот классификатор, «принятый уполномоченным органом и опубликованный в предусмотренном порядке, носит добровольный характер, не является нормативным правовым актом и не содержит правил, обязательных для многократного применения неопределенным кругом лиц, не может нарушать прав и законных интересов административного истца, поскольку не устанавливает, не изменяет и не отменяет каких-либо прав и обязанностей, а служит источником информации». Таким образом, переход к рыночным условиям не отменяет, а делает более гибким требование о целевом характере предпринимательской деятельности. Указание на характер предпринимательской деятельности в государственном реестре приобретает информационный для других участников рынка характер, однако не отменяется вовсе.

Итак, переход к рыночным условиям не отменил и не сделал неприменимой, не имеющей правового значения категорию «хозяй-

²⁸ Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. М., 2015. С. 226.

²⁹ Брагинский М. И. Указ. соч. С. 13.

³⁰ Напомним, что согласно ч. 2 ст. 1 ГК РФ «Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

³¹ Принят и введен в действие приказом Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии от 31 января 2014 г. № 14-ст.

ственный договор», а лишь потребовал соответствующей модификации используемой категории, продолжая сохранять свое значение для регулирования предпринимательской деятельности. При этом необходимость обеспечения реали-

зации принципов равенства сторон участников имущественного оборота и свободы договора потребовала модификации порядка взаимодействия государства и участников оборота, а не изменения самих принципов.

Библиографический список

- OECD's Education at a Glance 2013 to be Published. URL: <http://www.oecd.org/newsroom>.
Айрапетян М. С. Зарубежный опыт государственно-частного партнерства // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 2.
Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах // Брагинский М. И. Избранное. М., 2008.
Братусь С. Н., Лунц Л. А. Вопросы хозяйственного договора. М., 1954.
Доронина Н. Г. Концессионный договор в международном частном праве // Отдельные виды обязательств в международном частном праве. М., 2008.
Иоффе О. С. План и договор в социалистическом хозяйстве. М., 1971.
Козырин А. Н. Финансирование экспорта образовательных услуг в Российской Федерации // Реформы и право. 2010. № 3.
Перес К. Технологические революции и финансовый капитал. Динамика пузырей и периодов процветания. М., 2013.
Право и инновационная деятельность. М., 2011.
Семилютин Н. Г. Понятие «регулируемый рынок» и проблемы международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ / под ред. А. С. Комарова. М., 2007.
Сосна С. А. Концессионные соглашения. Теория и практика. М., 2002.
Тихомиров Ю. А. Право: прогнозы и риски. М., 2015.

References

- Ayrapetyan M. S. Zarubezhnyy opyt gosudarstvenno-chastnogo partnerstva. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, 2009, no. 2.
Braginskiy M. I. Obshchee uchenie o khozyaystvennykh dogovorakh. In M. I. Braginskiy. *Izbrannoe*. Moscow, 2008.
Bratus S. N., Lunts L. A. Voprosy khozyaystvennogo dogovora. Moscow, 1954.
Doronina N. G. Kontsessionnyy dogovor v mezhdunarodnom chastnom prave. *Otdelnye vidy obyazatelstv v mezhdunarodnom chastnom prave*. Moscow, 2008.
Ioffe O. S. Plan i dogovor v sotsialisticheskom khozyaystve. Moscow, 1971.
Kozyrin A. N. Finansirovaniye eksporta obrazovatelnykh uslug v Rossiyskoy Federatsii. *Reformy i pravo*, 2010, no. 3.
OECD's Education at a Glance 2013 to be Published. Available at: <http://www.oecd.org/newsroom>.
Peres K. Tekhnologicheskie revolyutsii i finansovyy kapital. Dinamika puzyrey i periodov protsvetaniya. Moscow, 2013.
Pravo i innovatsionnaya deyatel'nost. Moscow, 2011.
Semilyutina N. G. Ponyatie "reguliruemyy rynek" i problemy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha. *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: sovremennyye problemy i resheniya: sbornik statey k 75-letiyu Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazhnogo suda pri TPP RF*. Ed. by A. S. Komarov. Moscow, 2007.
Sosna S. A. Kontsessionnye soglasheniya. Teoriya i praktika. Moscow, 2002.
Tikhomirov Yu. A. Pravo: prognozy i riski. Moscow, 2015.