

Вопросы экономики и права

№ 6
2010

Редакционный совет:

А.П. Торшин - председатель редакционного совета, заместитель Председателя Совета Федерации, кандидат юридических наук
Е.М. Ашмарина - зав. кафедрой финансового права Финансовой академии при Правительстве РФ, доктор юридических наук, профессор
А.Г. Лисицын-Светланов - директор Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент РАН
В.Н. Викторов - первый заместитель руководителя Аппарата Совета Федерации, доктор экономических наук, профессор
Ю.В. Голик - доктор юридических наук, профессор
В.А. Гамза - первый вице-президент Ассоциации региональных банков "Россия", кандидат юридических наук, кандидат экономических наук
С.Н. Сильвестров - заместитель директора Института экономики Российской академии наук, доктор экономических наук, профессор
А.В. Мещеров - главный редактор журнала "Экономические науки", доктор экономических наук, профессор

Редакционная коллегия:

Е.М. Ашмарина - главный редактор журнала "Вопросы экономики и права", доктор юридических наук, профессор
О.Ю. Бакаева - зав. кафедрой публичного права Саратовского государственного социально-экономического университета, доктор юридических наук, профессор
В.В. Болгова - кандидат юридических наук, доцент
Ю.В. Ильин - руководитель секретариата Первого заместителя Совета Федерации
А.А. Ливеровский - декан юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов (ФИНЭК), доктор экономических наук, профессор
И.В. Рукавишников - декан юридического факультета Ростовского государственного экономического университета, доктор юридических наук, профессор
В.В. Симонов - начальник инспекции Счетной палаты РФ, доктор экономических наук, профессор

Подписной индекс **70180** (Агентство "Роспечать")

Свидетельство о регистрации средства массовой информации ПИ №ФС 77-31419 от 6 марта 2008 г., выдано Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства в сфере массовых коммуникаций, связи и охране культурного наследия

Главный редактор доктор юридических наук, профессор **Е.М. Ашмарина**

Ответственный секретарь редакции кандидат юридических наук, доцент **В.В. Болгова**

Редактор *Л.И. Гац*

Компьютерная правка и верстка - *О.В. Егорова*

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается

Цена договорная

Учредитель - ООО "Экономические науки"
(125252, г. Москва, Чапаевский пер., д. 3, оф. 775)

© Вопросы экономики и права, 2010

Подписано в печать 27.05.2010 г.
Формат 60x84/8. Печать офсетная.
Тираж 1000 экз. Усл. печ. л. 6,51 (7,0).
Уч.-изд. л. 7,78. Заказ №

Отпечатано в издательстве ООО "24-Принт"

Научно-информационный журнал

В НОМЕРЕ:

Никитина Н.А.

Инвестиционно-инновационный механизм повышения конкурентоспособности
российской экономики и его правовое отражение 4

Царев С.Ю.

Проблемы правового статуса Федеральной инспекции труда в сфере защиты трудовых прав 12

Горюнова Т.А.

Проблемы реализации конституционно-правовых механизмов защиты
имущественных прав граждан 17

Касторнова Т.А., Стрелкова О.А.

Новые условия приема платежей физических лиц и совершенствование правовых
основ такой деятельности. Краткий обзор 21

Шаикова А.В.

Адвокат как субъект первичного финансового мониторинга. Применение рискового подхода
в противодействии легализации (отмыванию) незаконных доходов к лицам юридической профессии .. 36

Алиев Т.Т., Мележик Л.М.

Понятие и сущность административного надзора в сфере обеспечения санитарно-
эпидемиологического благополучия населения 42

Лошкарев В.В.

К вопросу о применении ч. 2 ст. 20.4 Кодекса Российской Федерации об административных
правонарушениях 48

Семенухин Р.Б.

Методика проведения аудита факторинговых операций 50

Annotations to the Articles 55

ИНВЕСТИЦИОННО-ИННОВАЦИОННЫЙ МЕХАНИЗМ ПОВЫШЕНИЯ КОНКУРЕНТОСПОСОБНОСТИ РОССИЙСКОЙ ЭКОНОМИКИ И ЕГО ПРАВОВОЕ ОТРАЖЕНИЕ

© 2010 Н. А. Никитина

Финансовый университет при Правительстве Российской Федерации

E-mail: Nikitanina@bk.ru

Рассматриваются основные тенденции, способствующие повышению конкурентоспособности российской экономики. Поднимаются вопросы привлечения иностранных инвестиций в отечественную экономику для развития производства, перечисляются меры создания благоприятного инвестиционного климата.

Ключевые слова: конкурентоспособность, иностранные инвестиции, инновации, благоприятный инвестиционный климат, инвестиционное законодательство.

В последнее время экономическая ситуация в мире меняется коренным образом в сторону усиления роли наукоемкого, высокотехнологического производства, от которого зависит уровень конкурентоспособности не только промышленной отрасли, но и страны в целом. Это ведет к изменениям в структуре и объеме инвестиций в экономику государства. Как показывает практика развития рыночных отношений, инновации служат главной движущей силой развития общественного производства и тесно взаимодействуют с инвестиционной деятельностью. Возникает необходимость усиления государственного вмешательства в процесс инвестирования промышленных отраслей путем как совершенствования действующего инвестиционного законодательства и устранения существующих пробелов, так и поиска новых эффективных форм взаимодействия государства и частного сектора, цель которого - выработка новой модели юридического и экономического сотрудничества, позволяющей повысить инвестиционный потенциал экономики страны.

В странах с развитой рыночной экономикой можно выделить характерные основополагающие тенденции повышения их конкурентоспособности:

1) соответствие воспроизводственной структуры требованиям мирохозяйственных процессов, когда успешно развиваться при усилении мировой конкуренции удается при условии постоянного совершенствования производственных мощностей за счет обновления их современными высокотехнологичными средствами производства;

2) достижение технологичного превосходства над странами-конкурентами в производстве некоторых высокотехнологичных, а значит, науко-

емких и особо дорогостоящих товаров при помощи увеличения доли затрат на НИОКР во внутреннем валовом продукте в целом и в этих направлениях в частности (данные направления поддерживают международную конкурентоспособность национальной промышленности);

3) возрастание роли экономической политики государства, способствующей дальнейшему развитию национального производства и стимулированию экспорта.

При существующих тенденциях развития национальной промышленности и экономики в целом (низкая рентабельность отраслей обрабатывающей промышленности, ориентация на ценовые факторы конкурентоспособности, сильная изношенность и технологическая отсталость основных фондов и др.) надеяться в ближайшее время на повышение конкурентоспособности экономики в международном аспекте силами только лишь частного предпринимательского сектора не приходится. То, какое место будет занимать наша страна в международном разделении труда, зависит от усилий государства, направленных на формирование адекватной мировым требованиям инновационной системы, организацию в отечественной промышленности современной технико-технологической базы¹.

Необходимо постепенно сменить сырьевую ориентацию экономики на наукоемкое, технотронное развитие, характеризующееся эффективными производительными силами на основе новых технологий.

Прежде всего, необходимо развивать естественные конкурентные преимущества базовых экспортных отраслей добывающей промышлен-

ности, что приведет к увеличению показателей их экспорта в стоимостном и физическом выражении.

Необходимость первоочередного решения проблемы увеличения объемов добычи сырьевых товаров заключается в возможности централизованного включения инвестиционно-инновационного механизма структурной перестройки экспорта, осуществления перехода от нынешней ресурсной ориентации к экспортонаукоемкому этапу развития экономики на основе изытия и перераспределения сверхдоходов от сырьевого экспорта².

В нормативных актах, к сожалению, до сих пор отсутствует однозначное и общепризнанное определение понятия “инновация”, что свидетельствует о недостаточном отражении данного аспекта в правовой сфере. Терминология формулируется разными коллективами разработчиков применительно к различным задачам в различных отраслях. Понятие “инновация” употребляется как в значении “научное и техническое нововведение” (в правительственных документах по научной и технической политике), так и в значении “экономическое применение новой идеи”³, т.е. нововведения в области организации труда, маркетинга не обязательно связаны с какими-либо научными и техническими новшествами.

В нормативных материалах термин “инновация” употребляется в более узком значении. Так, в постановлении Росстата от 9 июля 2007 г. завершенные инновации определены как “внедренные на рынке новые или подвергающиеся значительным технологическим изменениям и усовершенствованию продукты, услуги или методы их производства (передачи), внедренные в практику новые или значительно усовершенствованные производственные процессы, новые или значительно улучшенные способы маркетинга, организационные и управленческие изменения”. Соответственно, в отчетной форме Госкомстата № 4-инновация “Сведения об инновационной активности организаций” инновация определена как “нововведение в области организации труда, маркетинга и т.д.”

Усиление роли России на внешних рынках невозможно без улучшения структуры и пропорций внешнеэкономического обмена в сторону повышения доли готовой продукции, ее инновационного уровня. Необходимо осуществлять государственное регулирование экспортной ориента-

ции обрабатывающих отраслей на основе повышения конкурентоспособности их продукции на внешнем рынке.

Во-первых, основная часть инвестиций должна направляться на поддержку и развитие производств готовых изделий, расширение их ассортимента принципиально новыми и технологически сложными товарами, пользующимися спросом на мировом рынке.

Во-вторых, решить задачу модернизации технологических процессов производства готовых товаров может налаживание научно-производственной кооперации между предприятиями - участниками проектов и научно-исследовательскими учреждениями по разработке и внедрению ресурсосберегающих технологий мирового уровня. Также государству необходимо обеспечить доступ российских предприятий к НИОКР, проводимым в других странах.

В-третьих, необходимо включить отечественное машиностроение в технический аспект реализации инвестиционных проектов. При этом следует оформить долгосрочный госзаказ на разработку и поставку принципиально новых машин и оборудования, через профильные банки предоставить предприятиям низкопроцентные кредиты на покупку в первую очередь отечественных машин и оборудования, лицензий на применение технологий. Только при отсутствии требуемых образцов отечественного производства можно прибегнуть к импорту.

Во всех развитых странах задача обеспечения конкурентоспособности страны перенесена в сферу развития и внедрения новых технологий. Уровень развития наукоемких отраслей воздействует на конкурентоспособность всей экономики, две трети факторов экономического роста связаны с достижениями науки, техники и технологии.

В странах - лидерах мировой экономики основные методы стимулирования экспорта были направлены на создание конкурентоспособной экспортной базы. В условиях глобализации конкуренции важнейшим направлением обеспечения экспортной экспансии становятся финансирование НИОКР и поддержка развития высокотехнологичных отраслей. Самая острая конкурентная борьба между фирмами США, Японии и странами Западной Европы развернулась в наиболее прогрессивных отраслях промышленности, где воплощаются передовые достижения науки, техники и технологии.

Доля высокотехнологических товаров в структуре экспорта таких стран - мировых лидеров, как США, Япония, Германия, Южная Корея и др., достигает 40-60 %. Аналогичный показатель эффективности внешнеэкономических связей, конкурентоспособности экспорта российской обрабатывающей промышленности в начале XXI в. составляет 1,8 %.

Носителями высоких технологий и передовых технических решений остаются многие предприятия военно-промышленного комплекса, авиакосмической и атомной отраслей, судостроения, энергомашиностроения, приборостроения, биохимии, средств информатики и программного обеспечения.

Государство должно принять принципиальное решение о поддержке и стимулировании развития наукоемких отраслей. Основную часть сверхдоходов от сырьевого экспорта следует инвестировать в наукоемкое производство. Важная роль обязана отводиться созданию организационного и финансового механизма стимулирования развития высокотехнологичных отраслей, расширению экспорта наукоемкой продукции, повышению ее конкурентоспособности.

Для организации в стране новых высокотехнологичных производств предлагаем осуществить следующие мероприятия:

1) в рамках национальной программы развития наукоемкой промышленности разработать взаимосвязанные программы развития отдельных высокотехнологичных отраслей и сформировать на их основе государственные заказы;

2) оказывать поддержку НИОКР в форме бюджетного субсидирования уполномоченными государственными органами государственной власти научно-исследовательских учреждений, осуществляющих совместно с частными фирмами инвестиции в приоритетные проекты по разработке и внедрению новых технологий, передовой техники;

3) государству всячески способствовать развитию перспективных форм внешнеэкономических связей как путем соответствующей инвестиционной политики, ориентированной на поддержку инновационных программ и кооперации государственного и частного сектора, так и путем выработки соответствующих нормативных правовых актов, регулирующих инвестиционно-инновационный механизм повышения конкурентоспособности российской экономики.

В развитых странах в центре внимания государства находятся разработка и совершенствование финансового механизма стимулирования развития наукоемких отраслей. Необходимо формирование подобного механизма поддержки наукоемких отраслей и в нашей стране.

Широкое привлечение инвестиций является наиболее эффективным путем ускоренного развития экономики и доведения отечественной промышленной продукции до уровня передовых держав. Закон определяет инвестиции как денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской и иной деятельности в целях получения прибыли и достижения иного полезного эффекта⁴. Инвестиции могут быть как отечественными, так и иностранными. При этом иностранные инвестиции могут существовать не только в виде денежных средств, но и в виде проектов, технологических процессов, оборудования и т.п.⁵

Подробнее коснемся иностранных инвестиций, которые играют особо важную роль в формировании инвестиционно-инновационного механизма развития отечественной экономики. В.В. Путин в Послании Федеральному Собранию от 25 апреля 2005 г. заявил: "Россия крайне заинтересована в масштабном притоке частных, в том числе иностранных, инвестиций. Нам пора четко определить те сферы экономики, где интересы укрепления независимости и безопасности России диктуют необходимость преимущественного контроля со стороны национального, в том числе государственного, капитала"⁶.

В.В. Путин высказался в пользу разработки и закрепления в законодательном порядке системы критериев, определяющих ограничения для иностранного капитала в стратегических отраслях экономики, и одновременно создания максимально привлекательных условий для притока капитала в секторы и отрасли, где ограничения не вызываются необходимостью. Политика по отношению к иностранным инвестициям сможет защищать интересы страны "на годы и десятилетия вперед", если будет органично вписываться и увязываться с общей экономической стратегией развития России на обозначенную перспективу.

Таким образом, для привлечения таких инвестиций необходимо создание на предприятиях,

в отраслях благоприятного инвестиционного климата, который бы привлекал иностранных инвесторов.

В Российской Федерации можно использовать ряд мер, ориентированных на создание привлекательных условий для прямых иностранных инвестиций (ПИИ).

К числу основных мер относятся:

- защита прав собственности, включая права акционеров на участие в управлении принадлежащими им компаниями, права кредиторов, права сторон в контрактах на поставку продукции и т.д.;

- обеспечение политической стабильности и стабильности системы регулирования хозяйственной деятельности, исключающее возможность резких изменений в условиях деятельности хозяйствующих субъектов;

- меры по созданию эффективно функционирующей, транспарентной системы государственного регулирования, ориентированной на снижение издержек, связанных с бюрократическими процедурами, исключение коррупции, системы, содержащей четкие и ясные правила регулирования конкретных сфер хозяйственной деятельности;

- важнейшие меры в области денежно-кредитной, валютной и налоговой политики, необходимые для создания стабильного инвестиционного климата (прежде всего, подавление инфляции, обеспечение стабильного валютного курса и процентных ставок, реструктуризация и создание устойчивой банковской системы, снижение налогового бремени);

- меры по обеспечению четкого разделения полномочий субъектов РФ и федерального центра в отношении экономического регулирования⁷.

В отличие от большинства стран Центральной и Восточной Европы, Россия пока не решила задачу создания благоприятного инвестиционного климата.

Не менее важными являются правовые основы деятельности иностранных инвесторов. Значительное внимание должно быть уделено законодательному закреплению и неукоснительному соблюдению ряда принципов, фиксирующих обязательства правительства перед иностранными инвесторами:

- предоставление иностранным инвесторам национального режима, т. е. уравнивание их в правах с национальными хозяйствующими субъек-

тами. При этом в международной практике признается право стран использовать как ограничительные, так и поощрительные изъятия из национального режима, ориентированные, соответственно, на ограничение доступа иностранных инвесторов в определенные сферы экономики либо, наоборот, на стимулирование такого доступа путем использования льгот;

- создание равных условий для инвесторов из разных стран, т.е. предоставление режима наибольшего благоприятствования. Этот режим также обычно применяется многими странами с определенными изъятиями, в первую очередь касающимися партнеров по экономической интеграции;

- транспарентность инвестиционного режима;

- создание гарантий для сохранения (неухудшения) условий хозяйствования иностранных инвесторов при изменении нормативной базы регулирования хозяйственной деятельности;

- создание более эффективных гарантий против отчуждения собственности иностранных инвесторов;

- определение правовых механизмов разрешения споров, связанных с осуществлением ПИИ и деятельностью иностранных инвесторов;

- исключение двойного налогообложения доходов от ПИИ путем заключения международных договоров со странами - инвестиционными партнерами. Распространено также заключение договоров о взаимном содействии и защите инвестиций.

Все вышеперечисленные меры должны быть отражены максимально четко и ясно в действующем российском законодательстве и исключить существующие в настоящее время значительные пробелы и коллизии норм.

Также целесообразно предпринять усилия по изменению структуры притока ПИИ. Специальные льготы было бы эффективно использовать для привлечения ПИИ в следующие отрасли:

- высокотехнологичные отрасли, а именно: информационные технологии, аэрокосмическая и атомная промышленность. От развития указанных отраслей зависит будущее российской экономики, в них есть хороший хозяйственный потенциал и, соответственно, база для привлечения ПИИ. Мировой опыт показывает, что стимулирование таких отраслей является первоочередной задачей многих развитых и некоторых развивающихся стран;

- отрасли, имеющие характер узких мест в экономике (их недостаточное развитие не дает развиваться всей хозяйственной системе страны). К ним относятся такие инфраструктурные отрасли, как энергетика, дорожное строительство, портовое хозяйство, оптовые базы;

- отрасли, обуславливающие развитие экспорта - машино- и станкостроение для лесной, нефтяной, газовой промышленности, энергетике, металлургии. Инвестиции в эти отрасли позволят обновить стареющую базу отраслей, традиционно являющихся основой российского экспорта, создадут временной запас для перестройки структуры российского экспорта в перспективе.

Во многих развитых и развивающихся странах существуют ограничения на приток иностранного капитала в отрасли, непосредственно связанные с эксплуатацией национальных природных ресурсов, в некоторые сферы производственной инфраструктуры, телекоммуникационную и спутниковую связь⁸. А в России иностранный капитал устремился как раз в эти сферы (наряду с такими высокодоходными и быстрокупаемыми отраслями, как пищевая промышленность, торговля и т.п.).

Что касается отраслевой структуры поступлений иностранных инвестиций, то в 2003 г. 41,5 % (или 16,8 млрд. долл.) приходилось на промышленность, 35,4 % (14,3 млрд. долл.) - на сектор оптово-розничной торговли и смежных услуг. В свою очередь, в обрабатывающей промышленности почти 50 % иностранных инвестиций приходилось на металлургию, а 88 % инвестиций в добычу полезных ископаемых было направлено в топливно-энергетический комплекс. В машиностроение, сельское хозяйство и производственную инфраструктуру приток иностранных инвестиций составил около 10 %⁹. Иностранных инвесторов продолжает интересовать прежде всего топливно-энергетический комплекс, тогда как наукоемкие отрасли, развитие экспортоориентированных производств в обрабатывающей промышленности остаются вне поля зрения¹⁰.

Решить данную проблему можно путем совершенствования законодательства. В Китае, например, законодательно определены отрасли, куда доступ иностранному капиталу закрыт, ограничен, разрешается и поощряется. В итоге благодаря такой политике предприятия с иностранным участием увеличили объем вывезенной из КНР продукции высоких технологий с 4,5 млрд.

долл. в 1996 г. до 35 млрд. долл. в 2004 г., а их доля в высокотехнологичном экспорте возросла с 60 до 80 %¹¹.

Иностранные инвестиции в России, в отличие от Китая, не способствуют пока ни индустриализации ее экспорта, ни созданию сбалансированного народного хозяйства. Напротив, за последние годы Россия утяжелила свою экономику, усилив ее зависимость от малодоходных и постоянно снижающихся сегментов мирового рынка¹².

Предлагаемая стратегия предполагает отказ от сложившейся за годы либеральных реформ и так называемого "инерционного развития" односторонней ориентации на получение доходов в основном от экспорта энергосырьевых товаров и переход на рельсы интенсивного развития с упором на высокотехнологичные, наукоемкие отрасли - электронику, авиакосмическую промышленность, атомное машиностроение, биотехнологию и другие сферы человеческой деятельности, входящие в понятие "экономика, основанная на знаниях". В рамках такого подхода необходимо внести коррективы в механизмы и условия привлечения иностранных инвестиций, полностью отвечающие интересам развития национальной экономики России. Это совершенствование законодательства, чтобы иностранные товаропроизводители были уверены в защищенности своих вложений, а правила игры, по которым им приходится действовать, были ясны и понятны; борьба с бюрократическими проволочками, коррупцией и взяточничеством чиновников; налоговые, таможенные и иные льготы, облегчающие ввоз отсутствующих в стране оборудования, сырья, компонентов и запчастей; возможность беспрепятственного перевода законно полученных прибылей и других денежных средств за границу; система гарантий того, что деятельность иностранной компании не наносит ущерба интересам российских смежников, как это происходит в нефтяной промышленности. Вместе с тем важно понимать, что опыт стран с развивающимися рынками, взятых в отдельности, даже Китая, не может служить исчерпывающей моделью для подражания.

Россия обладает собственным набором конкурентных преимуществ, использовать которые можно только на основе уникальной инвестиционной модели.

Однако, как уже было сказано выше, не только привлеченный иностранный капитал, вложенный в наукоемкие отрасли, наиболее нуждающи-

еся в развитии инновационной базы, может помочь вывести экономику России на более высокий уровень. Нужно также предпринять меры для того, чтобы грамотно распорядиться отечественными и иностранными инвестициями государства в данные отрасли экономики.

Важным методом повышения уровня инвестиционно-инновационной активности в наукоемких отраслях является предоставление банковских кредитов предприятиям, осуществляющим НИОКР в области высоких технологий и передовой техники.

Главной задачей в области инвестиционно-инновационного регулирования на сегодняшний день мы считаем выработку эффективной и доступной нормативной правовой базы. Проведенный анализ законодательного регулирования инвестиционной деятельности свидетельствует о наличии определенных правовых и нормативных пробелов. Важно подчеркнуть, что законодательные неточности при осуществлении инвестиционного процесса снижают эффективность инвестиций, а также не способствуют созданию благоприятных условий для осуществления инвестиционной деятельности как со стороны государства, так и со стороны иностранных инвесторов. Например, в действующем законодательстве не приведено четкого определения государственных инвестиций и государственных капитальных вложений. Также, несмотря на то, что проблема инвестирования инновационной сферы встала на первый план, до сих пор не существует единого законодательного определения понятия “инновация”.

Для успешного развития инвестиционной сферы необходимо формирование четкой стратегии инвестиционного развития региона на долгосрочную перспективу. Эта проблема актуальна и на уровне муниципальных образований.

В настоящее время названные функции государственного регулирования, координации и контроля инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации размыты и рассредоточены между многими федеральными министерствами, ведомствами и учреждениями, каждое из которых реализует их в пределах своей предметной компетенции и по своим направлениям. Зачастую выполняемые этими органами функции либо им не свойственны, либо дублируются другими органами и государственными учреждениями.

Необходимость долгосрочной политики государства в инвестиционно-инновационной сфере

была озвучена Президентом Российской Федерации Д.А. Медведевым лишь в последнее время. При отсутствии же объявленных и гарантированных государством хотя бы на несколько лет вперед четких и ясных правил игры с отечественными и иностранными инвесторами серьезного притока крупномасштабных частных капиталовложений в инновационную сферу российской экономики ожидать не приходится.

Особое значение для иностранных инвесторов имеет правовая система, позволяющая ориентироваться на законодательство страны, в которую осуществляются инвестиции. К сожалению, в России правовая система не обеспечивает такой защищенности в должной мере.

Наряду с Конституцией и федеральными законами в Российской Федерации существует огромное количество подзаконных нормативных актов - указов, распоряжений, инструкций, писем, которые часто противоречат друг другу. Отсутствует четкий механизм, регламентирующий, какой именно нормативный акт из множества правовых положений, существующих по одному и тому же вопросу, применяется в каждом конкретном случае. Отсюда, ни инвесторы, ни исполнительные органы не могут быть уверены в правильности своего решения.

Многими законами Российской Федерации в недостаточной степени учитываются экономические интересы инвесторов. Вместо всеобъемлющего учета они поддерживают интересы только отдельных экономических групп.

Препятствием на пути капиталов в Россию является также недостаточная защищенность инвестора от экономических преступлений и коррупции.

Пытаясь преодолеть несовершенство федерального инвестиционного законодательства и непоследовательность государственной инвестиционной политики, региональные органы власти проявляют значительную активность в управлении региональными инвестиционными процессами, улучшении инвестиционного климата, предоставлении различных налоговых льгот и кредитной поддержки субъектам инвестиционной деятельности. Но несмотря на повышенное внимание, уделяемое этой проблеме, в российской экономике она далека от разрешения. Об этом свидетельствует неудовлетворительное развитие инвестиционных процессов в ряде регионов.

Сегодня крайне важно с помощью государства направить на основе рыночных принципов

имеющийся потенциал накоплений частнопредпринимательского сектора на решение неотложных задач восстановления экономики, ориентируясь на наукоемкое, технотронное развитие, внедрение новых технологий в производство.

Действенным средством гармонизации федерального законодательства и законодательства субъектов Российской Федерации может стать создание модельных правовых актов для субъектов Российской Федерации в качестве типовых образцов правового решения самого широкого круга проблем, в том числе и регулирования инвестиционной деятельности. Для этого необходимо определить основные полномочия субъектов Российской Федерации в области законодательного регулирования инвестиционной деятельности на территории субъекта Российской Федерации, а также четко определить понятийный состав используемых терминов.

Как уже было сказано, необходимо провести ревизию всех действующих механизмов, направленных на ограничение притока иностранного капитала в экономику, выявить те сферы, приток в которые иностранного капитала должен быть ограничен, как, например, в Китае, и снять необоснованные действующие ограничения.

Сегодняшняя ситуация, при которой иностранному инвестору надо потратить как минимум около полугода на сбор необходимых разрешений, представляется абсолютно нетерпимой и подрывающей жизненно важные национальные интересы России.

Некоторые эксперты в существующих реалиях выступают за разработку инвестиционного кодекса Российской Федерации, объединяющего все нормативные правовые акты, касающиеся как отечественных, так и иностранных инвестиций, наподобие существующего в Республике Беларусь. Но, по нашему мнению, при нестабильной экономической ситуации время для такого документа еще не пришло. Документ придется постоянно обновлять; таким образом, кодификация в этой сфере будет мало полезна в нашей стране.

В большинстве западных стран, например, нет специальных законов или кодексов для иностранных инвестиций, а существуют лишь некоторые административные постановления, а также относящиеся к ним параграфы отдельных законов. В целом, международный опыт свидетельствует о том, что принятие специальных законов в области иностранных инвестиций обусловлено

стремлением привлечь иностранные инвестиции в экономику страны путем создания благоприятного климата и льготного режима для иностранных инвестиций. В Канаде в 1973 г. был принят закон об иностранных инвестициях, который в 1985 г. был заменен законом об инвестициях в Канаде. Соответственно можно выявить общую тенденцию в развитии национального законодательства об иностранных инвестициях различных стран - специальное регулирование заменяется общим регулированием, которое обеспечивается национальным законодательством.

Исходя из вышесказанного, принятие инвестиционного кодекса в Российской Федерации стоит отложить на будущее, а пока необходимо решать все назревшие проблемы в этой сфере и постепенно переходить на курс наукоемкого инновационного развития.

Таким образом, поскольку одной из основных причин неудовлетворительного положения дел с привлечением в российскую экономику инвестиций является низкий качественный уровень законодательной базы, создание благоприятного инвестиционного климата должно начинаться с совершенствования правового регулирования инвестиций и инвестиционной деятельности. Опыт других стран показывает, что даже при экономических сложностях и политической нестабильности посредством надлежащего правового регулирования, создания для инвесторов благоприятного правового режима удастся привлечь значительные по объему инвестиции.

Активная позиция государства в отношении формирования конкурентоспособной экспортной базы промышленности и экономики в целом позволит России вернуть утраченные позиции на внешних рынках и занять достойное место в системе международного разделения труда.

¹ Поляков В. Сырьевая ориентация российского экспорта // Мировая экономика и междунар. отношения. 2006. № 1. С. 92.

² Кондратьев В., Куренков Ю. Промышленно-инвестиционные исследования // Мировая экономика и междунар. отношения. 2006. № 4. С. 71.

³ Экономика: толковый словарь. М., 2000.

⁴ Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений : федер. закон от 25 февр. 1999 г. № 39-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 15 июля 1998 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос.

Федерации 17 июля 1998 г. // Собр. законодательства РФ. 1999. №9. Ст. 1096.

⁵ Об иностранных инвестициях в Российской Федерации : федер. закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 25 июня 1998 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 2 июля 1998 г. // Собр. законодательства РФ. 1999. №28. Ст. 3493.

⁶ Цит. по: *Бутаев В.* Стратегический выбор России - привлечение масштабных частных инвестиций // Комсомольская правда. 2005. 27 апр. С. 2.

⁷ *Злыднев М.* Привлечение прямых иностранных инвестиций // Экон. науки. 2008. № 5(42). С. 390.

⁸ *Абрамов С.И.* Инвестирование. Центр экономики и маркетинга. М., 2000. С. 125.

⁹ Вопросы экономики. 2004. № 1. С. 80.

¹⁰ Экономическая теория на пороге XXI века: Неоэкономика / под ред. Ю. М.Осипова, В.Г. Белолипецкого, Е.С.Зотовой. М., 2001. С. 414-415.

¹¹ *Белоус Т.* Иностранные инвестиции в России: плюсы и минусы // Мировая экономика и междунар. отношения. 2003. № 9. С. 65-66.

¹² *Елизаветин М.Е.* Иностранный капитал и экономическая стратегия России // Банковское дело. 2005. № 7. С. 29.

Поступила в редакцию 07.05.2010 г.

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО СТАТУСА ФЕДЕРАЛЬНОЙ ИНСПЕКЦИИ ТРУДА В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ТРУДОВЫХ ПРАВ

© 2010 С.Ю. Царев

Саратовский государственный социально-экономический университет

E-mail: tta70@mail.ru

Рассматривается дискуссионная проблема правового статуса Федеральной инспекции труда. Исследуются присущие данному органу контрольно-надзорные, правозащитные и юрисдикционные полномочия. Обосновывается необходимость исключения юрисдикционных полномочий из сферы компетенции Федеральной инспекции труда.

Ключевые слова: труд, инспекция, административная ответственность, юрисдикционные полномочия, контроль, надзор, правозащитные функции.

Конституция Российской Федерации, закрепляя основные права человека в сфере труда (ст. 37), гарантирует их защиту всеми способами, не запрещенными законом, в том числе государственную защиту (ст. 45). Особенности правозащитной деятельности заключаются в следующем: во-первых, в качестве обязательного (конститутивного) признака она должна включать восстановление нарушенного права либо устранение препятствий для его реализации; во-вторых, она осуществляется только уполномоченными субъектами; в-третьих, защита трудовых прав работников обеспечивается не только принуждением, но и убеждением работодателя в правовой необоснованности его позиций при урегулировании трудового конфликта в рамках согласительных процедур¹. Согласно ст. 352 Трудового кодекса Российской Федерации (ТК РФ), одним из основных способов защиты трудовых прав и свобод является государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, который осуществляется специально уполномоченными контрольно-надзорными органами.

Ведущее место среди контрольно-надзорных органов в сфере защиты трудовых прав и свобод занимает Федеральная инспекция труда, осуществляющая государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, всеми работодателями на территории Российской Федерации (ч. 1 ст. 353 ТК РФ). Согласно указанной норме, Федеральная инспекция труда представляет собой единую централизованную систему, состоя-

щую из федерального органа исполнительной власти, уполномоченного на проведение государственного надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, и его территориальных органов (государственных инспекций труда). Законодатель наделяет данный орган контрольно-надзорными полномочиями, однако анализ этих полномочий не позволяет однозначно судить о правовом статусе инспекции труда.

Учитывая, что основное предназначение данного органа власти, как следует из положений ТК РФ, заключается в защите трудовых прав, его компетенцию предлагают называть правозащитной², поскольку его деятельность в конечном итоге направлена на восстановление нарушенных трудовых прав и обеспечение законных интересов в сфере труда³. Ряд авторов обоснованно считают, что в действительности Федеральная инспекция труда в большой степени обладает административно-правовым статусом, нежели правозащитным⁴.

Анализ правовых норм, регламентирующих деятельность инспекций труда в Российской Федерации, позволяет рассматривать данный орган в качестве:

1) надзорно-контрольного органа - гл. 57 ТК РФ, положения федерального закона "О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля", приказ Роструда от 3 июня 2009 № 127 "О мерах по реализации положений федерального закона от 26 декабря 2008 года № 294-ФЗ "О защите прав юридических лиц и индивидуальных

предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля”⁵;

2) правозащитного органа - ч. 2 ст. 352, абз. 1 ч. 2 ст. 355, абз. 15 ст. 356, ч. 2 ст. 357 ТК РФ;

3) юрисдикционного органа - абз. 13 ч. 1 ст. 357 ТК РФ, ст. 23.12 Кодекса об административных нарушениях Российской Федерации (КоАП РФ).

Ввиду того что юрисдикционные и правозащитные полномочия инспекций труда представляют собой конкретизацию надзорно-контрольных функций, решение вопроса о правовом статусе Федеральной инспекции труда видится в исследовании ее полномочий как контрольно-надзорного органа. Проблема в том, что законодатель не разграничивает понятия “контроль” и “надзор”, содержание которых существенно различается, что и порождает непрекращающиеся споры о статусе контрольно-надзорных органов. Одни авторы считают, что в деятельности инспекции труда контрольно-надзорные функции сочетаются⁶, другие рассматривают государственный надзор за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, как основную форму защиты трудовых прав со стороны Федеральной инспекции труда⁷, третьи ведут речь о надзорно-контрольной и правозащитной деятельности инспекции труда⁸.

Представляется необходимым разграничить понятия “контроль” и “надзор”, поскольку, даже с этимологической точки зрения, данные термины имеют разное содержание⁹. С правовой точки зрения, особенности контроля заключаются в том, что он осуществляется в отношении подчиненных органов, контролеры вправе вмешиваться в оперативно-хозяйственную деятельность контролируемого объекта, непосредственно применять меры государственного принуждения¹⁰. В свою очередь, для надзора характерны такие черты, как отсутствие отношений подчиненности между надзирающими органами и поднадзорными; осуществление органами публичной власти¹¹; недопустимость вмешательства в оперативно-хозяйственную деятельность поднадзорного органа; отсутствие у должностных лиц органов надзора права применять непосредственно меры взыскания за допущенные нарушения законности¹². Государственный надзор и контроль характеризуют особые методы их осуществления. Для государственного надзора основными методами являются не-

посредственное постоянное наблюдение за соответствующими объектами, проверка по заявлениям и жалобам, а также по собственной инициативе. Арсенал методов государственного (внешнего) контроля значительно шире: проверка, обследование, ревизия, проведение экспертизы и др.¹³

Анализ действующего трудового и административного законодательства позволяет согласиться с мнением о сочетании в деятельности инспекции труда контрольно-надзорных функций, о чем свидетельствует и ч. 1 ст. 353 ТК РФ. Действительно, исходя из вышеперечисленных критериев, разграничивающих понятия контроля и надзора, можно констатировать, что черты надзора в деятельности Федеральной инспекции труда и ее территориальных органов проявляются в следующем:

- во-первых, инспекция труда - орган государственной власти (публичный орган), что означает его создание и функционирование в целях реализации конкретных государственных задач. Государственные инспекторы труда при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей являются полномочными представителями государства и находятся под его защитой, независимы от государственных органов, должностных лиц и подчиняются только закону. Независимость должностных лиц инспекции труда предопределяет отсутствие отношений подчиненности с поднадзорными работодателями;

- во-вторых, под сферу деятельности инспекции подпадают все работодатели на территории Российской Федерации, в том числе работодатели - физические лица, юридические лица, независимо от форм собственности, организационно-правового статуса и других обстоятельств;

- в-третьих, по ряду правонарушений должностные лица инспекции труда не вправе применять непосредственно меры взыскания за допущенные нарушения законности: их полномочия ограничены составлением протокола об административном правонарушении, возбуждением производства по делу и передачей материалов для рассмотрения суду (например, ч. 2 ст. 5.27 КоАП РФ).

Контрольные черты в деятельности инспекции труда отражаются в таких правомочиях, как:

- выдача предписаний хозяйствующему субъекту об устранении выявленных нарушений с указанием сроков их устранения;

- принятие мер по недопущению причинения вреда или прекращению его причинения вплоть

до временного запрета деятельности хозяйствующего субъекта, его филиала, представительства, структурного подразделения, в случае если при проведении проверки установлено, что деятельность хозяйствующего субъекта, его филиала, представительства, структурного подразделения, эксплуатация принадлежащих ему зданий, строений, сооружений, помещений, оборудования, транспортных средств представляют непосредственную угрозу причинения вреда жизни и (или) здоровью граждан или такой вред причинен;

- привлечение виновных лиц к ответственности за совершенные правонарушения.

Однако международными нормами и ст. 352 ТК РФ, которые составляют правовую основу деятельности Федеральной инспекции труда и ее территориальных органов, трудовая инспекция презюмируется как надзорный орган, функции которого сосредоточены на надзоре за соблюдением норм труда. Так, согласно ст. 3 Конвенции МОТ № 81 "Об инспекции труда в промышленности и торговле"¹⁴, в задачу системы инспекции труда входит:

- обеспечение применения положений законодательства в области условий труда и безопасности трудящихся в процессе их работы в той мере, в какой инспекторам труда надлежит обеспечить применение указанных положений;

- обеспечение предпринимателей и трудящихся технической информацией и советами о наиболее эффективных средствах соблюдения законодательных положений;

- доведение до сведения компетентного органа власти фактов бездействия или злоупотребления, которые не подпадают под действие существующих законодательных положений.

Как представляется, названные законоположения свидетельствуют о том, что инспекция труда должна быть надзорным, а не контрольным органом. К сожалению, в российском законодательстве данная идея до конца не выражена, что и порождает спорные ситуации в правоприменительной практике.

Исходя из международных положений, данный орган не должен обладать юрисдикционными полномочиями, о чем свидетельствуют ранее приведенные положения ст. 3 и 13 Конвенции МОТ № 81. Указанные нормы предоставляют инспекциям труда права в рамках осуществления надзора выявлять нарушения в сфере труда и требовать принятия мер по устранению этих

недостатков, но не принимать эти меры. Разница проявляется в формах реализации данных правомочий. Право требовать принятия мер по устранению нарушений, в частности, административных правонарушений, сопряжено с полномочиями инспекций труда составлять протоколы об административных правонарушениях и возбуждать производство по делу. Право на применение мер по устранению злоупотреблений предполагает возможность применения к лицам, допустившим эти злоупотребления, мер ответственности путем рассмотрения и разрешения таких дел.

Таким образом, на деле получается, что нормы российского законодательства не в полной мере соответствуют нормам международного права в рассматриваемой сфере. Думается, что исключение из правового статуса инспекций труда контрольных функций, предусматривающих возможность вмешательства в деятельность поднадзорных субъектов, в том числе правомочий по привлечению к ответственности, позволило бы четко определить статус инспекций труда и разрешило бы ряд спорных вопросов в правоприменительной практике. Так, лишение инспекции труда юрисдикционных полномочий в сфере производства по делам об административных правонарушениях разрешило бы ряд дискуссионных вопросов:

- во-первых, дела об административных правонарушениях, в настоящее время подведомственные Федеральной инспекции труда и ее территориальным органам, были бы переданы судам. Следовательно, снимается вопрос о судебной и несудебной юрисдикции и месте производства по делам об административных правонарушениях в сфере трудового законодательства в структуре административно-юрисдикционного производства;

- во-вторых, указанные преобразования в наибольшей степени отразили бы принцип разделения властей, когда органы исполнительной власти занимаются управленческой деятельностью в соответствии с возложенными на них функциями, а судебные органы осуществляют юрисдикционные полномочия;

- в-третьих, исключились бы споры о подведомственности дел в тех случаях, когда дело может быть рассмотрено как инспекциями труда, так и судами;

- в-четвертых, однозначно был бы разрешен вопрос о процессуальном положении инспекции

труда в производстве по делу об административном правонарушении, когда она выступает как орган, возбудивший производство по делу;

- в-пятых, в полной мере реализовался бы принцип состязательности в производстве по делам об административных правонарушениях в сфере трудового законодательства, поскольку дело будет рассматриваться независимым и беспристрастным судом.

Предложенные преобразования могут быть полезными и с организационной точки зрения. Так, одной из насущных проблем в организации деятельности государственных инспекций труда в субъектах Российской Федерации являются недостатки их структуры. Государственная инспекция труда является единственным специализированным органом в субъекте Российской Федерации, в связи с чем она вынуждена рассматривать такое количество материалов о нарушениях трудового законодательства, которое явно превышает возможности этого государственного органа. Сложившееся положение является причиной широкого распространения нарушений процессуальных сроков, отмены постановлений государственных инспекций труда судом и в итоге возможности избежать ответственности за совершенное нарушение¹⁵.

Целями трудового законодательства выступают установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан, создание благоприятных условий труда, защита прав и интересов работников и работодателей. Деятельность государственной инспекции труда должна быть подчинена реализации данных целей. В силу этого основной задачей Федеральной инспекции труда и ее территориальных органов является не только применение мер административной ответственности, но и, прежде всего, осуществление надзора за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, путем проведения проверок, реагирования на заявления и жалобы. Следовательно, приоритет в работе государственных инспекторов труда должен принадлежать проверочной деятельности, направленной на выявление правонарушений в трудовой сфере, тем более что и здесь имеются проблемы в связи с возросшей численностью небольших организаций и неизменным, а порой, и недостаточным количеством государственных инспекторов труда¹⁶. Ввиду этого исключение юрисдикционных

полномочий из сферы деятельности государственных инспекторов труда позволит перераспределить основную нагрузку, лежащую на их плечи в связи с необходимостью проведения проверок соблюдения законности в сфере трудовых отношений.

Анализ статистических данных о результатах надзорно-контрольной деятельности в сфере трудовых отношений также позволяет сделать соответствующие выводы. Так, за первый квартал 2010 г. государственными инспекциями труда проведено 44 235 проверок, результатом чего стала выдача 35 086 предписаний, из которых исполнено и находится на исполнении 13 173 предписания. Следовательно, в результате простых арифметических расчетов можно констатировать, что 21 913 предписаний не исполнено в установленный срок. При этом в ходе рассмотрения и разрешения дел об административных правонарушениях в сфере труда государственными инспекторами наложено 26 940 административных штрафов.

Данные статистические показатели можно оценивать неоднозначно. С одной стороны, следует отметить значительную работу государственных инспекторов труда по выявлению, пресечению нарушений, рассмотрению и разрешению дел о привлечении виновных к административной ответственности за нарушения в трудовой сфере. С другой стороны, проделанная работа не достигает необходимых результатов - устранения нарушений, восстановления нарушенных трудовых прав: практически 50 % предписаний не исполняется.

Учитывая вышеизложенное, можно сделать вывод о необходимости исключения из сферы деятельности инспекций труда юрисдикционных полномочий.

¹ См.: *Петров А.Я.* Государственный надзор и контроль над соблюдением трудового законодательства (о новой концепции главы 57 ТК РФ) // *Трудовое право.* 2009. № 2. С. 30; *Яковлева А.В.* Способы защиты трудовых прав работников (концептуальный аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 12-13.

² Термин "правозащитная компетенция" предложен П. В. Анисимовым (*Анисимов П. В.* Права человека и правозащитное регулирование: Проблемы теории и практики : монография. Волгоград, 2004. С. 194).

³ *Сапфурова А.А.* Современные направления совершенствования компетенции федеральной инспекции труда в области защиты трудовых прав и законных

интересов в сфере труда // Социальное и пенсионное право. 2008. № 2. С. 39.

⁴ См., например: *Петров А.Я.* Указ. соч. С. 35-36; *Яковлева А. В.* Указ. соч. С. 27 и др.

⁵ Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы "Консультант Плюс".

⁶ *Попова О.И.* Место и роль государственных инспекций труда в системе государственного надзора и контроля Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 12.

⁷ *Кошлев Д. А.* Федеральная инспекция труда: государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства // Трудовое право. 2009. № 12. С. 111.

⁸ *Барбашова Т.П.* Инспекция труда: дубина или хворостина? // Бизнес-адвокат. 2005. № 5. Доступ из справ.-правовой системы "Консультант Плюс".

⁹ *Ожегов С. И.* Словарь русского языка / под ред. чл.-корр. АН СССР Н. Ю. Шведовой. М., 1987. С. 251, 322.

¹⁰ *Студеникина М.С.* Государственный контроль в сфере управления. М., 1974. С. 11.

¹¹ *Николаева Л.А.* Теоретические и практические проблемы обеспечения законности в советском государственном управлении: дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1973. С. 17.

¹² *Беляев В.П.* К вопросу оптимизации контрольной деятельности // Законодательство. 2006. № 6. С. 75.

¹³ *Кошлев Д.А.* Указ. соч. С. 109.

¹⁴ Бюллетень международных договоров. 2002. № 2.

¹⁵ См., например: *Кошлев Д.А.* Указ. соч. С. 110-111; *Маркин А. А.* Административная ответственность за нарушение трудового законодательства Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. С. 22 и др.

¹⁶ См., например: *Киселев И.Я.* Сравнительное и международное трудовое право : учеб. для вузов. М., 1999. С. 218; *Кошлев Д.А.* Указ. соч. С. 110-111; *Сонин А.И.* По итогам I полугодия 2008 года Государственной инспекцией труда выявлено более 76 тысяч различных нарушений // Трудовое право. 2008. № 9. С. 8, 11-12.

Поступила в редакцию 01.05.2010 г.

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫХ МЕХАНИЗМОВ ЗАЩИТЫ ИМУЩЕСТВЕННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН

© 2010 Т.А. Горюнова

кандидат юридических наук

Тамбовский государственный университет им. Г.Р. Державина

E-mail: ecsn@sciex.ru

Анализируются актуальные проблемы реализации правовых положений Конституции Российской Федерации в части защиты имущественных прав граждан. Предлагаются меры повышения эффективности правореализационного механизма.

Ключевые слова: защита имущественных прав, Конституция РФ, правореализационный механизм.

С принятием на Всенародном референдуме в 1993 г. Конституции Российской Федерации наряду с общими процессами демократизации страны в обществе стала обосновываться идея прав человека, возведенных в ранг высшей ценности и ставших объектом защиты со стороны государства (ст. 2).

Рассмотрению конституционного механизма защиты прав и свобод человека посвящены труды многих ученых-юристов¹. Однако в рамках данного исследования считаем наиболее целесообразным подход М.В. Мархгейм к определению конституционной системы защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации, под которой понимается “целостная конституционно обусловленная упорядоченная совокупность взаимодействующих звеньев правового механизма, деятельность которого направлена на защиту прав и свобод человека и гражданина от посягательств и нарушений, а также на достижение в стране состояния их реальной защищенности”².

Конституционный механизм защиты прав и свобод человека и гражданина состоит из различных элементов. В качестве основных можно назвать: объекты защиты, которыми выступают права и свободы человека и гражданина; субъекты защиты, к которым Конституция Российской Федерации относит государственные органы (ст. 2, 7, 18, 24, 38, 45; ч. 1 ст. 46; ст. 47; ч. 2 ст. 50); объединения и организации (ч. 1 ст. 30; ст. 13; ч. 3 ст. 37; ч. 3 ст. 46; ч. 1 ст. 48); человека (ст. 29; ч. 2 ст. 45; ст. 31, 44, 46, 52); основания защиты, которыми являются: конституционные нормы - юридическое основание; фактическое основание - те конкретные нарушения или ограничения прав и свобод, которые возникают в результате непра-

вомерных действий; формы защиты, отличающиеся в настоящее время широким разнообразием. Конституционные положения закрепляют государственную защиту (ст. 2; ч. 1 ст. 45; ч. 2 ст. 61), судебную защиту (ст. 46); защиту прав и свобод органами местного самоуправления (ст. 130); защиту прав и свобод правозащитными организациями, общественными объединениями и профессиональными союзами (ч. 1 ст. 30; ч. 2 ст. 45; ч. 1 ст. 48); самозащиту прав и свобод человека и гражданина (ч. 2 ст. 45).

Наша задача - более подробно рассмотреть конституционно-правовой механизм защиты имущественных прав граждан, так как право собственности представляется одним из самых приоритетных в структуре конституционных прав. Мы согласны с мнением М. В. Баглая, полагающего, что право частной собственности является бесспорным правом прямого действия, в отличие, например, от права на отдых, представляющего собой субъективное право, конкретное содержание которого вытекает из действующего отраслевого законодательства³.

В Конституции России закреплены основополагающие гарантии защиты права собственности. Во-первых, в ст. 53 признается право каждого “на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц”; во-вторых, в ст. 57 установлено, что “законы, устанавливающие новые налоги или ухудшающие положение налогоплательщика, обратной силы не имеют”; в-третьих, в ст. 35 ограничиваются пределы вмешательства государства в частную собственность граждан. Гарантом защиты экономических прав и свобод

человека и гражданина является Президент Российской Федерации. И в своем ежегодном послании Федеральному Собранию Российской Федерации Д.А. Медведев подтвердил, что «нашим приоритетом была и останется поддержка людей, оказавшихся в трудной ситуации. Несмотря на падение доходов бюджета, социальные обязательства государства выполняются полностью. И дальше так и будет»⁴.

В общем виде право на защиту можно определить как предоставленную управомоченному лицу возможность применения мер правоохранительного характера для восстановления нарушенного или оспариваемого права конкретного субъекта. Правовая квалификация данной возможности вызывает споры в литературе. Наиболее убедительным представляется мнение, в соответствии с которым право на защиту представляет собой самостоятельное субъективное право⁵.

Как и любое другое субъективное право, право на защиту включает в себя, с одной стороны, возможность совершения управомоченным лицом собственных положительных действий, с другой стороны, возможность требования определенного поведения от обязанного лица. Право на собственные действия в данном случае включает в себя такие меры воздействия на нарушителя, как самозащита, необходимая оборона и т.д. Право требования определенного поведения от обязанного лица охватывает в основном меры воздействия, применяемые к нарушителю компетентными государственными органами, к которым потерпевший обращается за защитой нарушенных прав.

Поскольку понятие защиты права собственности в качестве составной части субъективного права собственности является ключевым для проводимого нами исследования, следует сформулировать его определение. В науке гражданского права защитой права называют меру дозволенного поведения управомоченного лица, выраженную в возможности самостоятельно или посредством юрисдикционных органов применить в отношении обязанного лица меры государственно-принудительного характера с целью устранения препятствий в осуществлении субъективного права либо восстановления его в прежнее положение или наказания за нарушение⁶.

Допустимость защиты права собственности предусмотрена Конституцией Российской Федерации, ч. 2 ст. 45 которой указывает, что каждый

вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Уже первая статья Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) относит беспрепятственное осуществление гражданских прав, обеспечение восстановления нарушенных прав и их судебную защиту к основополагающим принципам гражданского законодательства. Кроме того, ст. 11 ГК РФ определяет судебный порядок защиты права как основной. Помимо Конституции и ГК РФ большое количество норм, регламентирующих способы защиты гражданских прав, содержат Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации.

Защита субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов осуществляется в предусмотренном законом порядке, т.е. путем применения надлежащей нормы, средств и способов защиты. Под способами защиты прав понимаются законодательно установленные средства, с применением которых может быть достигнуто пресечение, предотвращение, устранение нарушений права, его восстановление и (или) компенсация потерь, вызванных нарушением права⁷. Например, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 29 закона Российской Федерации «О милиции» и статьи 1084 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с запросами Нижегородского районного суда города Нижнего Новгорода и Сормовского районного суда города Нижнего Новгорода» от 15 июля 2009 г. № 13-П сказано, что, исходя из правового положения граждан, государство призвано гарантировать сотрудникам милиции возмещение вреда, причиненного здоровью в связи с исполнением ими служебных обязанностей, в объеме, позволяющем в максимальной степени компенсировать последствия изменения их материального и (или) социального статуса⁸. При этом характер выполненных данными лицами функций в силу конституционных принципов справедливости и соразмерности предполагает установление условий возмещения вреда, по крайней мере, не худших по сравнению с другими категориями граждан.

Так, Гражданский кодекс Российской Федерации вводит ограничения принципа равной защиты частной собственности, отдавая предпочтение государственной и муниципальной формам

собственности по сравнению с частной. Пункт 2 ст. 213 гласит, что количество и стоимость имущества, находящегося в собственности граждан, 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. Например, законом может быть установлен предельный размер участка земли, находящегося в частной собственности.

В предпринимательских отношениях ч. 1 ст. 34 Конституции Российской Федерации устанавливает право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной, не запрещенной законом деятельности. Речь идет о свободном и, соответственно, беспрепятственном использовании гражданских прав субъектами гражданского оборота. С указанной конституционной нормой связана и ст. 9 ГК РФ: «Граждане и юридические лица по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им гражданские права». Как справедливо отмечает И.Н. Плотникова, *«экономические гарантии имеют первостепенное значение в реализации конституционного права каждого на предпринимательскую деятельность. Необходимо подчеркнуть, что именно данные факторы устанавливают саму возможность занятия предпринимательской деятельностью, свободу выбора ее форм, так как одним из основополагающих условий осуществления предпринимательской деятельности является признание и защита государством частной собственности»*⁹.

Отношения между властью, личностью, государством в лице его органов носят сложный, многоаспектный характер. Государство, осуществляя политическую власть в отношениях со своими гражданами, должно уважать права человека. Гражданин, в свою очередь, вступает в отношения с государством, с одной стороны, как подвластный, с другой - как свободный, равноправный субъект, выполняющий свои обязанности и реализующий свои права. Государство и его органы, должностные лица в своей практической деятельности обязаны создавать необходимые юридические условия, чтобы каждый человек мог свободно использовать все демократические права и свободы, которые предоставлены ему Кон-

ституцией и иными правовыми актами государства. Однако осуществление властной деятельности часто сопровождается нарушением прав и свобод граждан, их законных интересов со стороны государственных органов и должностных лиц.

В правовых государствах значительную роль в осуществлении контроля за законностью действий государственных органов в отношении граждан, а также защиты их от произвола и бюрократии играет суд.

В соответствии со ст. 46 Конституции Российской Федерации и ст. 32 Декларации прав и свобод человека и гражданина каждому гарантируется право на обжалование в суде действий государственных органов, общественных организаций и должностных лиц, нарушающих права и свободы граждан. Возможность обжалования действий и решений указанных органов является одной из гарантий обеспечения законности и прав личности.

В целях более полной реализации положений Конституции Российской Федерации и Декларации прав и свобод человека и гражданина в ГК РФ закреплено, что защита прав и охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц может осуществляться путем признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления. Это означает, что гражданин или юридическое лицо, гражданские права или охраняемые законом интересы которых нарушены изданием не соответствующего закону или иным правовым актам административного акта, а в случаях, предусмотренных законом, - и нормативного акта, имеют право на их обжалование в суд. Установив, что соответствующий акт является, с одной стороны, противоправным ввиду его расхождения с законом или иными правовыми актами, например принят не уполномоченным на то органом, и, с другой стороны, нарушает субъективные гражданские права и охраняемые законом интересы гражданина или юридического лица, суд принимает решение о признании его недействительным полностью или частично. Какой-либо дополнительной отмены акта со стороны издавшего его органа при этом не требуется. По общему правилу, незаконные акты признаются недействительными с момента их издания, если только они не стали таковыми с момента принятия нового закона или иного правового акта. Требование о признании неза-

конного акта недействительным может сочетаться с другими мерами защиты, например с требованием о возмещении убытков.

Степень защищенности прав собственности граждан зависит не столько от того, как сформулированы конституционные гарантии, сколько от того, в какой степени эти гарантии могут быть реализованы в правоприменительной практике. Административные процедуры еще далеки от того, чтобы обеспечить беспристрастность и равенство сторон. Поэтому закрепление в Конституции права равной защиты всех форм собственности можно считать необходимым, но не последним этапом в процессе юридического оформления конкретных гарантий равной защиты. Представляется также, что этот процесс неразрывно связан с развитием конституционного права как непосредственно действующей отрасли права; конституционные нормы должны применяться судами наряду с нормами гражданского, административного и уголовного права. При рассмотрении споров, затрагивающих право собственности, суды должны следить не только за тем, чтобы соблюдались законы и подзаконные акты, но и за тем, чтобы они не противоречили Конституции. Без этого вряд ли можно обеспечить единообразное применение законов и гарантировать защиту имущественных и других прав человека.

¹ См.: Анисимов П. В., Папичев Н. В. Правовое регулирование защиты прав человека / под ред.

Ф.М. Рудинского. Волгоград, 2003; Витрук Н.В. Процессуальные формы реализации и охраны прав и обязанностей граждан // Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под ред. П.Е. Недбайло, В.М. Горшенева. М., 1976; Калинина Т. М. К вопросу о законодательной дефиниции понятия "правозащитная система" // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование. Н. Новгород, 2001. Т. 1; Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990; Ледях И.А., Воробьев О.В., Колесова Н.С. Механизм защиты прав и свобод граждан // Права человека: проблемы и перспективы. М., 1990; Мархгейм М.В. Защита прав и свобод человека и гражданина: Опыт системного конституционного осмысления : монография. Ростов н/Д, 2003; Мордовец А.С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов, 1986; Стремухов А.В. Правовая защита человека: теоретические проблемы. СПб., 2001.

² Мархгейм М.В. Указ. соч. С. 10.

³ Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов. 8-е изд., изм. и доп. М., 2009. С. 220.

⁴ Российская газета. 2009. 15 нояб.

⁵ Советское гражданское право / под ред. В. Ф. Маслова. Харьков, 1983. Ч. 1. С. 428.

⁶ Механизм защиты субъективных гражданских прав. Ярославль, 1990. С. 31.

⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 628.

⁸ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2009. № 5.

⁹ Плотникова И.Н. Конституционное право человека и гражданина на предпринимательскую деятельность в России / под ред. В. Т. Кабышева. Саратов, 2004. С. 145.

Поступила в редакцию 05.05.2010 г.

НОВЫЕ УСЛОВИЯ ПРИЕМА ПЛАТЕЖЕЙ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВЫХ ОСНОВ ТАКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: КРАТКИЙ ОБЗОР

© 2010 Т.А. Касторнова, О.А. Стрелкова
E-mail: ter_finlaw@mail.ru

Рассматриваются законодательно закреплённые условия приема платежными агентами денежных платежей физических лиц в пользу третьих лиц.

Ключевые слова: платежный агент, прием платежей, контрольно-кассовая техника, договор страхования, страховая премия, страховые брокеры и страховые агенты, страхование ответственности за неисполнение обязательств по договору.

Финансовые отношения играют определяющую роль в экономических отношениях на различных уровнях социального устройства. Вместе с тем приходится констатировать тот факт, что финансовые отношения и имманентно присущие им разнообразные финансовые инструменты, посредством которых реализуются различные финансовые продукты, не только функционируют в законодательно упорядоченной плоскости, но и существуют в сфере нелегальной, теневой экономики. При этом, с одной стороны, финансовые институты используются криминальными структурами как средство инфильтрации преступных доходов в легальные предприятия с целью приобретения над ними управленческого контроля, а с другой - каждый новый шаг вверх по социальной лестнице криминального мира требует соответствующего дистанцирования от методов нелегальной деятельности и приобретения соответствующей респектабельности.

Доверие к финансовым институтам, которое обуславливает финансовую надежность и стабильность, напрямую связано с уровнем осуществления финансовыми институтами мер по финансовому мониторингу. Факты нарушения действующего законодательства в области финансового мониторинга, неадекватные меры по противодействию отмыванию преступных доходов и финансированию терроризма, привлечение к административной, гражданско-правовой, финансовой ответственности - все это выступает решающими факторами, определяющими уровень стабильности финансовой системы в целом.

В рамках настоящей работы хотелось бы сфокусировать исследовательский взор на новых условиях приема платежными агентами денежных платежей физических лиц в пользу третьих

лиц, выработанных на основе недавно вступивших в силу двух основных так называемых “спецзаконов для терминалов”: федерального закона “О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами” от 3 июня 2009 г. № 103-ФЗ¹ и федерального закона “О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона “О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами” от 3 июня 2009 г. № 121-ФЗ².

Стоит отметить, что фактическая деятельность по приему платежей через терминалы осуществлялась уже несколько лет на основании общих норм гражданского законодательства, что приводило к неоднозначной правоприменительной практике и различным злоупотреблениям со стороны как контролирующих органов, так и участников рынка.

Необходимость принятия обозначенных законов была обусловлена стремительно расширяющимся объемом услуг по приему платежей физических лиц через платежные терминалы. Несмотря на то что система электронных платежей в России начала формироваться с середины 90-х гг. прошлого века, специальное законодательное регулирование этого сегмента рынка практически отсутствовало. Едва ли не единственным нормативным правовым актом, определяющим порядок осуществления расчетов при приеме денежных средств от физических лиц на протяжении всего периода становления и функционирования рынка электронных платежей, являлось указание Центрального банка Российской Федерации “О порядке осуществления банковских операций по переводу денежных средств по поручению физи-

ческих лиц без открытия им банковских счетов кредитными организациями с участием коммерческих организаций, не являющихся кредитными организациями” от 20 июня 2007 г. № 1842-У³.

Первый этап законодательного регулирования деятельности по приему платежей физических лиц был ознаменован принятием соответствующих изменений и дополнений⁴ к федеральному закону “О банках и банковской деятельности” от 2 декабря 1990 г. № 395-1⁵. Статья 13.1 указанного закона устанавливала порядок осуществления отдельных банковских операций коммерческими организациями, не являющимися кредитными организациями. Одним из основных требований, предъявляемых к организациям, осуществляющим деятельность по приему платежей физических лиц, являлось наличие одновременно существующих договорных отношений между кредитной организацией и лицом, реализующим услуги (работы), а также кредитной организацией и организацией, принимающей платежи. Принятие же специального закона о приеме платежей платежными агентами изменило сложившуюся практику, допустив к осуществлению деятельности по приему платежей физических лиц, организации и индивидуальных предпринимателей, работающих самостоятельно по договорам с поставщиками товаров (работ, услуг). Федеральный закон № 103-ФЗ, а также положения получившей новую редакцию ст. 13.1 федерального закона “О банках и банковской деятельности” закрепили разделение сфер интересов кредитных организаций и платежных агентов в области приема платежей физических лиц. Платежные агенты не вправе принимать платежи физических лиц, осуществляемые в рамках банковских операций и сделок. В то же время юридическим лицам или индивидуальным предпринимателям, заключившим соответствующий договор с кредитной организацией (банковским платежным агентам), предоставляется право принимать платежи физических лиц, в том числе связанные с исполнением отдельных банковских сделок⁶.

В целом, на базе упомянутых двух законов с 1 января 2010 г. изменения были внесены, в частности, в федеральный закон “О банках и банковской деятельности” от 2 декабря 1990 г. № 395-1, в закон Российской Федерации “О защите прав потребителей” от 7 февраля 1992 г. № 2300-1, в федеральный закон “О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении

наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт” от 22 мая 2003 г. № 54-ФЗ, в Жилищный кодекс Российской Федерации, в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. Данные изменения направлены на реализацию механизма приема платежей физическими лицами денежных средств, направляемых на исполнение денежных обязательств физического лица перед поставщиком за товары, работы, услуги. Например, банковский платежный агент для осуществления приема платежей физических лиц должен иметь договор с кредитной организацией, использовать отдельный банковский счет для осуществления расчетов, сдавать в кредитную организацию полученные от плательщиков наличные денежные средства, применять контрольно-кассовую технику.

Основные нововведения по двум “революционным” законам можно сформулировать в виде следующих тезисов:

1. Федеральным законом от 3 июня 2009 г. № 121-ФЗ был приведен в соответствие с действующим законодательством перечень организаций, осуществляющих операции с денежными средствами или иным имуществом. В число таких организаций теперь включены операторы по приему платежей, платежные агенты и субагенты.

2. Оператор по приему платежей вправе осуществлять прием платежей после его постановки на учет уполномоченным органом в порядке, установленном законодательством о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, и согласования правил внутреннего контроля в указанном порядке. Иными словами, вести деятельность по приему платежей от населения оператор вправе только после того, как встанет на учет в территориальных органах Росфинмониторинга. А вот для платежных субагентов такое требование Федеральным законом № 103-ФЗ не установлено.

3. Оператор по приему платежей для приема платежей должен заключить с поставщиком договор об осуществлении деятельности по приему платежей физических лиц, по условиям которого оператор по приему платежей вправе от своего имени или от имени поставщика и за счет поставщика осуществлять прием денежных средств от плательщиков в целях исполнения денежных обя-

зательств физического лица перед поставщиком, а также обязан осуществлять последующие расчеты с поставщиком в установленном указанным договором порядке и в соответствии с законодательством Российской Федерации, включая требования о расходовании наличных денег, поступивших в кассу юридического лица или кассу индивидуального предпринимателя.

4. И оператор, и платежный субагент обязаны открыть в банке специальный счет, который они будут использовать исключительно для расчетов при приеме платежей. Платежные агенты обязаны сдавать в банк на свой отдельный счет все наличные деньги, полученные от плательщиков при приеме платежей.

5. С целью противодействия легализации (отмыванию) доходов снижен лимит расчетов по сделке деньгами или имуществом, который позволяет не идентифицировать клиентов. С 1 января 2010 г. данный лимит снижен с 30 000 до 15 000 руб. Таким образом, если сумма вносимого платежа превысит 15 000 руб. либо сумму в иностранной валюте, эквивалентную 15 000 руб., то операторам придется провести идентификацию клиента в соответствии с нормами Закона о противодействии легализации (отмыванию) доходов⁷. А вот платежные субагенты и вовсе не имеют права принимать от физических лиц платежи, которые требуют идентификации плательщика.

6. Новый федеральный закон предписывает, что исполнение обязательств оператора по приему платежей физических лиц перед поставщиком по расчетам должно быть обеспечено неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком, страхованием риска гражданской ответственности за неисполнение обязанности по осуществлению расчетов с поставщиком или другими способами, которые предусмотрены договором о приеме платежей физических лиц.

7. Прием денег осуществляется через платежный терминал, который должен быть оснащен контрольно-кассовой техникой, а именно: фискальной памятью и контрольной лентой. Это означает, что при уплате денег плательщик должен получать кассовый чек. Кроме того, согласно федеральному закону о деятельности платежных агентов, операторы обязаны соблюдать требования федерального закона о применении конт-

рольно-кассовой техники при наличных расчетах (Федеральный закон от 22 мая 2003 г. № 54-ФЗ⁸).

8. Помимо понятия “платежный агент”, в гражданский оборот Федеральным законом № 121-ФЗ дополнительно введен термин “банковский платежный агент”. Как было отмечено выше, ст. 13.1 федерального закона “О банках и банковской деятельности”, изложенной в новой редакции, предусмотрено, что кредитные организации также вправе привлекать для принятия от физических лиц денежных средств организации, не являющиеся кредитными, а также индивидуальных предпринимателей. Такие лица признаются банковскими платежными агентами.

В рамках проводимого в настоящей работе краткого аналитического обзора рассматриваемой сферы правового регулирования представляется необходимым еще раз отметить, что, несмотря на целесообразность и практическую значимость Федерального закона № 103-ФЗ (формируемая им правовая основа призвана предоставить возможность значительному числу потребителей воспользоваться услугами платежных агентов при оплате различного рода товаров, работ, услуг), приходится констатировать тот факт, что еще до вступления закона в силу стали очевидны его существенные недоработки и потенциально “проблемоемкие” аспекты, в частности процессуального характера, что также обуславливает актуальность выбранной проблематики. Для наглядности обратимся лишь к некоторым из них.

Так, например, территориальные отделения Федеральной службы по финансовому мониторингу, как правило, расположены в региональных центрах, что создает трудности, связанные с постановкой на учет операторов по приему платежей, проживающих или расположенных в отдалении от этих центров. Кроме того, ограничение в использовании платежных терминалов суммой платежа не более 15 тыс. руб. во многих случаях не позволит гражданам реализовать свое право на оплату крупных и дорогостоящих товаров, работ и услуг, с чем чаще всего и возникают проблемы.

В соответствии с первоначальной редакцией закона о деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами, он должен был вступить в силу 1 января 2010 г. С этой даты все платежные терминалы и банкоматы необходимо было снабдить контрольно-кассовой техникой (ККТ) с фискальной

памятью и контрольной лентой. Однако, по мнению аналитиков и экспертов, в условиях финансово-экономического кризиса своевременное переоборудование всех терминалов и банкоматов не представляется возможным. Вступление закона в силу с указанной даты привело бы к банкротству значительного количества платежных агентов и, как следствие, к существенному сокращению возможностей населения для внесения социально значимых платежей.

В силу обозначенных причин срок вступления в силу отдельных положений закона, устанавливающих указанные требования, был отложен до 1 апреля 2010 г. в соответствии с федеральным законом от 28 ноября 2009 г. № 289-ФЗ «О внесении изменений в федеральный закон «О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами» и федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона «О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами»⁹. При этом в ныне действующей редакции закона устанавливается, что ККТ, не соответствующая установленным законом требованиям, может применяться при приеме платежей (в том числе в платежных терминалах) до 1 января 2014 г. При этом она должна быть занесена в госреестр и зарегистрирована в налоговых органах до 1 января 2011 г. ККТ, включенная в госреестр после указанной даты, может применяться при приеме платежей, только если она соответствует требованиям закона. Прием платежей без применения вышеуказанной ККТ должен был быть прекращен до 1 апреля 2010 г.

Кроме того, пожалуй, наиболее актуальным вопросом, составляющим предмет полемики, поскольку непосредственно затрагивает интересы потребителей, является порядок формирования доходов платежных агентов.

Доход организаций и индивидуальных предпринимателей - платежных агентов (банковских платежных агентов) может формироваться по двум схемам: за счет плательщиков - физических лиц либо за счет поставщиков (кредитной организации).

Действительно, деятельность платежного агента по приему платежей осуществляется на возмездной основе. Общий принцип определения агентского вознаграждения содержится в ст. 1006

Гражданского кодекса Российской Федерации, согласно которой принципал обязан уплатить агенту вознаграждение в размере и в порядке, установленных в агентском договоре. Таким образом, в договоре между платежным агентом и поставщиком товаров (работ, услуг) может содержаться положение о вознаграждении платежного агента за счет средств поставщика.

В то же время закон допускает иной порядок вознаграждения платежного агента. Так, в ст. 3 Федерального закона № 103-ФЗ предусмотрено, что платежный агент при приеме платежей вправе взимать с плательщика вознаграждение в размере, определяемом соглашением между платежным агентом и плательщиком. Именно такая практика в основном применяется в настоящее время, когда платежным агентом устанавливается некий размер вознаграждения за оказываемую им услугу, а физическому лицу остается либо согласиться с предлагаемой платой и воспользоваться услугой платежного агента, либо нет.

В случае если платежный агент взимает с плательщика вознаграждение, денежное обязательство физического лица перед поставщиком считается исполненным в размере внесенных платежному агенту денежных средств, за исключением вознаграждения, с момента их передачи платежному агенту.

Обращаясь вновь к научно-теоретическому контексту настоящего исследования, необходимо иметь в виду, что рассмотренные изменения в регулировании обозначенной сферы деятельности затрагивают как частные отношения гражданско-правового характера, так и область публичных интересов, непосредственно составляющих предмет финансово-правового детерминирования. Действительно, в рамках новых законов центральной правовой конструкцией, на которой базируется деятельность по приему платежей физических лиц, является договор, в обязательном порядке включающий обеспечительные меры исполнения обязательств, что иллюстрирует применение в регулируемой сфере гражданско-правовых основ, однако в то же время такие институциональные составляющие, как особые требования к кассовому чеку, выдаваемому платежным агентом плательщику, возлагаемая на платежных агентов обязанность обеспечить в каждом месте приема платежей предоставление плательщикам определенной информации, обязательность использования контрольно-кассовой техни-

ки, специальные требования к платежным терминалам, обязанность платежных агентов по соблюдению законодательства Российской Федерации о противодействии отмыванию доходов и финансированию терроризма, в частности требование постановки на учет в территориальных органах Росфинмониторинга, снижение лимитов расчетов, позволяющих не идентифицировать клиентов, необходимость открытия в банке специального счета, который будет использоваться исключительно для расчетов при приеме платежей, установленные меры ответственности, - отражают процесс смещения отношений в рассматриваемой сфере из сугубо частно-правовой области в плоскость воздействия финансово-правовых норм, а значит, возрастает интерес к данному вопросу с позиций страхового права, зачастую определяемого учеными-правоведами в качестве комплексного и межотраслевого образования, формирующегося и развивающегося стыке публичного и частного права¹⁰.

***Страховые брокеры и страховые агенты:
вопросы соотношения правовых статусов
и применимости нового законодательства
в области приема платежей
к их деятельности***

Существующие проблемные вопросы страхового законодательства не позволяют однозначно определить место услуг страховых агентов и страховых брокеров как специфического вида деятельности в системе отношений, связанных со страхованием. Классификация видов деятельности, осуществляемых в сфере страхования, в том числе в части услуг по обеспечению страхования, не дает конкретного представления о функциях участников данных отношений. В этих условиях, а также в рамках проблематики настоящей работы особое значение приобретает вопрос об общих характеристиках деятельности страховых агентов и страховых брокеров.

Общим для страховых агентов и страховых брокеров является прежде всего то, что их услуги связаны со сферой страховой деятельности, страховым делом. Пункт 2 ст. 2.1 закона Российской Федерации "Об организации страхового дела в Российской Федерации" от 27 октября 1992 г. № 4015-1 предусматривает, что "страховое дело - это сфера деятельности страховщиков по страхованию, перестрахованию, взаимному страхованию, а также страховых брокеров, страховых ак-

туариев по оказанию услуг, связанных со страхованием, перестрахованием"¹¹. В соответствии с п. 2 ст. 4.1 Закона № 4015-1 страховые брокеры отнесены к субъектам страхового дела, при этом в качестве единственной их отличительной особенности в данной норме указано то, что их деятельность подлежит лицензированию. Страховые агенты субъектами страхового дела не являются, их деятельность лицензированию не подлежит. В то же время страховые агенты и страховые брокеры в соответствии с подп. 4 и 5 п. 1 ст. 4.1 Закона № 4015-1 выступают участниками отношений, регулируемых указанным Законом, т.е. отношений, связанных с организацией страхового дела (п. 1 ст. 1 Закона № 4015-1).

Таким образом, и страховые агенты, и страховые брокеры выступают участниками отношений, связанных с организацией страхового дела. Но субъектами страхового дела являются только страховые брокеры, в чем и состоит одно из их отличий от страховых агентов. Однако ни нормы, которые относят страхового брокера к субъектам страхового дела, ни законодательное включение страховых брокеров и страховых агентов в число участников отношений, регулируемых Законом № 4015-1, не содержат критериев, позволяющих установить отличие между ними, определить специфику деятельности тех и других.

Страховых агентов и страховых брокеров объединяет также то, что оказываемые ими услуги - это посредническая деятельность. Понятие "страховой посредник" не содержится ни в Гражданском кодексе Российской Федерации, ни в Законе № 4015-1. В то же время оно содержится в ряде подзаконных актов и употребляется в ряде писем (разъяснений) федеральных органов исполнительной власти, касающихся страхования. Например, в письме ФНС России "Об упрощенной системе налогообложения" от 22 октября 2007 г. № 02-6-10/325 значит, что "деятельность, осуществляемая страховыми агентами и страховыми брокерами на основе заключенных со страховщиками (перестраховщиками, страхователями) договоров поручения, агентских и иных аналогичных договоров, следует рассматривать в качестве вспомогательной деятельности в сфере страхового дела, а самих страховых агентов и страховых брокеров - в качестве посредников (доверенных лиц) в правоотношениях между страховщиками (перестраховщиками) и страхователями"¹².

Отсутствие законодательно установленных норм, определяющих специфику работы страховых агентов и страховых брокеров как виды посредничества, создает значительные практические трудности в определении содержания договоров на оказание соответствующих услуг.

Определения понятий “страховой агент” и “страховой брокер” содержатся в ст. 8 Закона № 4015-1, согласно п. 1 которой страховые агенты - постоянно проживающие на территории Российской Федерации и осуществляющие свою деятельность на основании гражданско-правового договора физические лица или российские юридические лица (коммерческие организации), которые представляют страховщика в отношениях со страхователем и действуют от имени страховщика и по его поручению в соответствии с предоставленными полномочиями.

Пунктом 1 ст. 8 Закона № 4015-1, помимо требований, предъявляемых к статусу лица, которое оказывает на территории Российской Федерации услуги в качестве страхового агента, определена правовая природа отношений при данной деятельности. Законодательно установлено, что страховой агент оказывает услуги на основании гражданско-правового договора.

Гражданско-правовые и трудовые отношения различаются по своей правовой природе. Страховой агент в соответствии с российским законодательством - это лицо, оказывающее услуги гражданско-правового характера, а не сотрудник организации, работающий на основании трудового договора, т.е. в штатном расписании российского юридического лица не может быть должности “страховой агент”. Однако в публикациях зачастую встречается мнение о том, что страховой агент может быть штатным сотрудником организации. Более того, такой подход можно обнаружить и в нормативных правовых актах. Например, Постановлением Минтруда России от 21 августа 1998 г. № 37 (в ред. от 25 июля 2005 г.) утвержден Квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и других служащих (далее - Квалификационный справочник), в котором указана должность “агент страховой” с детальным описанием соответствующих должностных обязанностей. Таким образом, Квалификационный справочник не отражает подхода к правовой природе возникающих при оказании услуг страхового агента отношений, содержащегося в страховом законодательстве.

Страховой агент представляет страховщика в отношениях со страхователем. Понятие представительства в общем виде дано в ст. 182 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которой представительство - это право “совершения сделок одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, указании закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, которые непосредственно создают, изменяют и прекращают гражданские права и обязанности представляемого”¹³. Поскольку представительство - это действия от имени представляемого, непонятна цель существующего деления функций страхового агента на представление страховщика перед страхователем и действия от имени страховщика по его поручению.

Данные понятия соотносятся как общее и частное. Функция страхового агента - действовать от имени страховщика в отношениях со страхователем для выполнения задач, поставленных страховщиком. В соответствии с п. 1 ст. 8 Закона № 4015-1 деятельность страхового агента выражается во взаимодействии со страхователем от имени страховщика, однако, если буквально толковать эту норму, деятельность страховых агентов становится невозможной. Дело в том, что страховой агент прежде всего занимается поиском страхователей, т.е. работает с лицами, которые могут стать страхователями, но таковыми еще не являются. Соответственно он представляет страховщика в отношениях с потенциальным страхователем - лицом, которое может при помощи страхового агента стать клиентом страховой компании¹⁴.

В Законе № 4015-1 говорится, что страховой агент действует от имени страховщика, но не уточнено, о каких именно ситуациях идет речь. Например, от имени страховщика в отношении со страхователем могут вступать адвокаты при наличии споров, в том числе связанных со страхованием, но это не является деятельностью в качестве страхового агента. Возможны также иные действия от имени и по поручению страховщика, которые не относятся к обязанностям страхового агента (закупка товаров для страховщика по его поручению и т.п.). На наш взгляд, данный пробел в законодательстве требует устранения.

Статья 1011 Гражданского кодекса Российской Федерации предусматривает, что к отношениям, вытекающим из агентского договора, применяются правила гл. 49 или 51 Гражданского кодекса Российской Федерации в зависимости от того, действует агент согласно этому договору от имени принципала или от своего имени. Поскольку страховой агент действует только от имени и по поручению страховщика, к договору со страховым агентом применяются правила, предусмотренные гл. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации, т.е. нормы, касающиеся договора поручения. Следовательно, страховой агент - это поверенный, который обязуется совершить от имени и за счет страховщика (доверителя) определенные юридические действия. Права и обязанности по сделке, совершенной страховым агентом, возникают непосредственно у страховщика¹⁵.

Страховые брокеры имеют значительно более широкие, чем страховой агент, возможности по оказанию услуг, связанных с обеспечением страхования. В соответствии с п. 2 ст. 8 Закона № 4015-1 страховые брокеры - постоянно проживающие на территории Российской Федерации и зарегистрированные в установленном законодательством Российской Федерации порядке в качестве индивидуальных предпринимателей физические лица или российские юридические лица (коммерческие организации), действующие в интересах страхователя (перестрахователя) или страховщика (перестраховщика) и осуществляющие деятельность по оказанию услуг, связанных с заключением договоров страхования (перестрахования) между страховщиком (перестраховщиком) и страхователем (перестрахователем), а также с исполнением указанных договоров. Из данного определения следует, что требования к страховым брокерам и страховым агентам в отношении их российской принадлежности практически совпадают. Выявление отличий между брокером и страховым агентом, прежде всего в отношении их правоспособности, играет существенную роль, особенно если учесть, что деятельность страхового брокера в соответствии с п. 2 ст. 4.1 Закона № 4015-1 подлежит лицензированию. Ведь если лицо, не имеющее лицензии, будет осуществлять мероприятия, которые подпадают под деятельность страхового брокера, то совершенные в рамках таких мероприятий сделки могут быть признаны недействительными

(ст. 173 Гражданского кодекса Российской Федерации). Пунктом 2 ст. 8 Закона № 4015-1 предусмотрено, что страховые брокеры вправе осуществлять не запрещенную законом деятельность, связанную со страхованием, за исключением деятельности в качестве страхового агента, страховщика, перестраховщика, при этом страховые брокеры не вправе осуществлять деятельность, не связанную со страхованием.

Поскольку страховой агент действует от имени страховщика, страховой брокер не вправе выполнять работу от имени страховщика, в том числе представлять его в отношениях со страхователем. Страховой брокер вправе действовать по заданию страховщика, но только не от имени страховщика. Действуя в интересах страховщика, страховой брокер не вправе оказывать ему услуги на основании договоров, подпадающих под нормы гл. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации. Он может действовать, в частности, на основании норм гл. 51 Гражданского кодекса Российской Федерации, причем в любом случае он не должен выступать как страховщик, перестраховщик. Страховой брокер может выступать в качестве агента страхователя, действуя от его либо от своего имени.

Наиболее часто встречающейся ошибкой является мнение, что страховой брокер не вправе одновременно действовать в интересах страхователя и страховщика. Ошибочность такого мнения состоит в том, что указанное одновременное оказание услуг страхователю и страховщику недопустимо только на стадии заключения договоров страхования. Для иных случаев ограничения не установлены. Страховой брокер не вправе действовать в качестве страхового агента, страховщика, перестраховщика. В то же время четкие критерии для разграничения услуг страхового брокера от иных услуг в сфере страхования не определены, что может вызвать проблемы.

Стоит отметить, что в настоящее время страховые посредники, и прежде всего страховые брокеры, сталкиваются в России с серьезными проблемами, вытекающими из несовершенства действующего страхового и налогового законодательства. В свою очередь, нерешенность этих проблем становится серьезным препятствием на пути здорового развития отечественного страхования в целом. Прежде всего, обращают на себя внимание такие проблемы, как фактическое ис-

ключение брокеров из операций по прямому страхованию, незащищенность результатов деятельности страховых брокеров в их взаимоотношениях со страховыми компаниями и неэффективный режим налогообложения деятельности страховых брокеров.

Эти проблемы приобрели особенно острый характер после 1 июля 2007 г., когда вступило в действие законодательное требование о необходимости наличия у страховых брокеров лицензии.

Если проанализировать последствия утраты страховым брокером специальной правоспособности, то можно предположить, что с 1 июля 2007 г. страховой брокер, не получивший лицензию, не вправе заключать договоры по оказанию услуг страхового брокера, а также вносить изменения, влекущие за собой увеличение обязательств страхового брокера, в соответствующие договоры; должен принять согласно законодательству Российской Федерации решение о прекращении деятельности страхового брокера; должен осуществить расторжение договоров по оказанию услуг страхового брокера¹⁶.

Однако учитывая обозначенные ранее конкретные цели и задачи настоящего исследования, следует обратиться непосредственно к вопросу о применимости законодательства в области деятельности платежных агентов по приему платежей физических лиц в контексте осуществления посреднических функций страхового агента и страхового брокера как одних из ключевых фигур рынка страховых услуг.

Прежде всего, стоит отметить, что подобная постановка вопроса не только имеет право на существование, но и представляет интерес с позиций теоретических и практико-прикладных, что объясняется актуальностью тематики, связанной с деятельностью платежных агентов в рамках нового законодательства, недостаточной урегулированностью правового статуса страхового брокера и страхового агента, а также сочетанием указанных проблематик, обнаруживающих некоторые системные аспекты несовершенства существующего правового регулирования общественных отношений.

Одним из таких “пробелов”, порождающих неоднозначность рассматриваемого вопроса, является то, что законодательное определение посреднической деятельности в российском законодательстве отсутствует. Понятие “посредник” не встречается в действующем страховом зако-

нодательстве, однако применительно к отношениям, связанным со страхованием, оно содержится в законе Российской Федерации “О налогообложении доходов от страховой деятельности” от 13 декабря 1991 г. № 2028-1¹⁷. В соответствии с п. “б” ст. 3 Закона страховые агенты и страховые брокеры являются посредниками. В настоящее время данный Закон фактически не применяется в связи с изданием Указа Президента Российской Федерации “О некоторых изменениях в налогообложении и во взаимоотношениях бюджетов различных уровней” от 22 декабря 1993 г. № 2270¹⁸, который отменил с 1 января 1994 г. установленный Законом № 2028-1 порядок налогообложения доходов банков, кредитных учреждений и страховых организаций. Однако Закон № 2028-1 не применяется только в части, регулирующей порядок налогообложения доходов от страховой деятельности, но в остальном, в том числе применительно к понятию “страховой посредник”, он действует¹⁹.

В Федеральном законе № 103-ФЗ, регулирующем деятельность по приему платежей, осуществляемую платежными агентами и представляющую собой по своей природе посредническую деятельность, не фигурируют формулировки “посредник”, “посредническая деятельность” и другие, производные от них.

Таким образом, отсутствие фиксированной позиции законодателя относительно сущности посредничества, как показывает практика, создает определенные трудности в системном толковании институтов различных отраслей законодательства. Бесспорно, сформулированное умозаключение не означает, что следует выработать универсальное легальное понятие посреднической деятельности (такая идея потенциально нежизнеспособна, поскольку институт участия посредников присущ различным отраслям права и должен соответствовать специфике той или иной области правовой регламентации), однако представляется целесообразным разработать единообразный подход к характеристике правового статуса субъектов посреднической деятельности, который позволял бы, с одной стороны, однозначно идентифицировать их как таковых, а с другой - в то же время разграничивать области правового регулирования, с тем чтобы минимизировать количество коллизионных вопросов, аналогичных рассматриваемому.

Для разрешения вопроса о возможности распространения действия законодательства в об-

ласти деятельности платежных агентов на страховых агентов и брокеров, которые могут принимать платежи по страхованию от населения и юридических лиц, в чем и усматривается аналогия с деятельностью платежных агентов, следует обратиться, прежде всего, к основным категориям и общим положениям, предусмотренным законодательством в соответствующих сферах нормативного регулирования.

Прежде всего, законом “Об организации страхового дела в Российской Федерации” № 4015-1 (гл. 1) предусмотрено, что предмет регулирования закона составляют “отношения между лицами, осуществляющими виды деятельности в сфере страхового дела, или с их участием, отношения по осуществлению государственного надзора за деятельностью субъектов страхового дела, а также иные отношения, связанные с организацией страхового дела”, при этом под страховым делом (страховой деятельностью понимается “сфера деятельности страховщиков по страхованию, перестрахованию, взаимному страхованию, а также страховых брокеров, страховых актуариев по оказанию услуг, связанных со страхованием, с перестрахованием”²⁰). Иными словами, указанными нормами в наиболее общем виде очерчивается сфера общественных отношений, подпадающих под регулирование страхового законодательства, а также круг участников таких отношений. В процессе сравнительного анализа приведем соответствующие нормы Федерального закона № 103-ФЗ. В сферу действия Закона попадают отношения, возникающие между плательщиком - физическим лицом и платежным агентом по приему последним наличных денежных средств для осуществления последующих платежей по обязательствам плательщика. Через платежных агентов могут быть исполнены обязательства плательщика по оплате товаров (работ, услуг), возникшие в результате гражданско-правовых договоров, заключенных с юридическими лицами и (или) физическими лицами - индивидуальными предпринимателями (поставщиками) (например, оплата услуг связи, жилищно-коммунальные платежи и т.д.), а также с органами государственной власти, органами местного самоуправления, бюджетными учреждениями (например, оплата регистрационных сборов, пошлины и т.д.). Именно таким образом, как прием платежей физических лиц по исполнению указанных обязательств, определяется Федеральным законом № 103-ФЗ деятельность по приему платежей.

Если по содержанию субъектный состав страховых брокеров, в качестве которых могут выступать российские юридические лица и индивидуальные предприниматели, охватывается таковыми в отношении платежных агентов, состав которых шире, так как не предусматривает соблюдения императивно установленного требования к национальной составляющей, то при соотношении игроков деятельности по приему платежей с законодательно установленным перечнем лиц, способных приобретать статус страховых агентов, обнаруживается обратная ситуация: в качестве страховых агентов помимо субъектов предпринимательской деятельности, к которым в соответствии с общими нормами гражданского законодательства относятся юридические лица и индивидуальные предприниматели, возможно функционирование и физических лиц без статуса индивидуального предпринимателя. Таким образом, даже по обозначенному признаку можно сделать вывод о том, что заложенная законодателем правовая конструкция не позволяет отождествлять участников страхового рынка при приеме платежей, связанных со страхованием, с платежными агентами, так как в случае, если страховым агентом выступает физическое лицо, не вызывает сомнений факт, что к категории платежного агента отнести его невозможно.

В подтверждение такой позиции можно привести также следующую аргументацию. В части 2 ст. 1 Федерального закона № 103-ФЗ перечислены отношения, на которые положения Закона не распространяются, в числе которых указаны складывающиеся при осуществлении непосредственных наличных расчетов физических лиц с юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями за реализуемые последними товары (работы, услуги). Страховые агенты, следуя букве закона, представляют страховщика в отношениях со страхователем и действуют от имени страховщика и по его поручению в соответствии с предоставленными полномочиями. Таким образом, можно сделать вывод, что прием платежей страхователей с участием страховых агентов - это осуществление расчетов непосредственно со страховщиком, т. е., оперируя понятийным аппаратом Федерального закона № 103-ФЗ, это случай непосредственных расчетов с поставщиком. Кроме того, здесь уместно отметить еще один не менее значимый аспект. Рассматривая вопрос о том, допустимо ли при

приеме страховых платежей участниками страхового рынка признавать такую деятельность тождественной деятельности по приему платежей, осуществляемой платежными агентами, важно учитывать, что, допуская положительный ответ и руководствуясь законами формальной логики, необходимо, прежде всего, соблюсти условие соответствия и непротиворечивости институциональных составляющих рассматриваемых институтов. Однако, помимо приведенных примеров, подтверждением невозможности соблюдения данного условия может послужить следующее: одной из сторон отношений по поводу приема социально значимых платежей выступают плательщики, которыми в соответствии с Федеральным законом № 103-ФЗ могут быть физические лица, осуществляющее внесение платежному агенту денежных средств в целях исполнения денежных обязательств физического лица перед поставщиком, в то время как страхователями, являющимися стороной при производстве расчетов с участием страховых брокеров или страховых агентов, признаются юридические лица и дееспособные физические лица, заключившие со страховщиками договоры страхования либо являющиеся страхователями в силу закона.

Системное толкование отношений в рассматриваемых сферах правового регулирования, с точки зрения предусмотренных законодателем специфики субъектного состава, содержания деятельности, природы оснований формирования правоотношений, позволяет сделать вывод о необходимости отличать посредническую деятельность участников страхового рынка при осуществлении расчетов страхователей со страховщиками от деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами. Текущие нормы законодательства не позволяют трактовать такие виды деятельности как однородные, а значит, и распространять действие требований Федерального закона № 103-ФЗ на страховых брокеров и страховых агентов.

***Страхование ответственности
платежного агента как обеспечительная
мера исполнения обязательств по договору
о приеме платежей физических лиц***

Следующий вопрос, который представляет целесообразным рассмотреть в рамках изучения аспектов страхования, применимых к функционированию деятельности по приему плате-

жей физических лиц, осуществляемой платежными агентами, относится к обеспечительным мерам исполнения обязательств платежного агента по договору, заключаемому оператором по приему платежей и поставщиком. Действительно, п. 4 ст. 4 Федерального закона № 103-ФЗ предусмотрено, что в договор агентирования, заключаемый между поставщиком товаров (работ, услуг) и платежным агентом, в качестве обязательного условия должно быть включено положение об обеспечении исполнения обязательств оператора по приему платежей перед поставщиком по осуществлению соответствующих расчетов.

При этом названы возможные способы такого обеспечения: неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия, задаток, страхование риска гражданской ответственности за неисполнение обязанности по осуществлению расчетов с поставщиком. Данный перечень определен как открытый - исполнение обязательства оператора по приему платежей может обеспечиваться и другими способами, предусмотренными договором об осуществлении деятельности по приему платежей физических лиц. Аналогичное регулирование содержится в норме ч. 10 ст. 13.1 Закона о банковской деятельности в отношении обеспечения исполнения обязательств банковского платежного агента перед кредитной организацией при осуществлении соответствующих расчетов.

Как видно, в рассматриваемой норме названы все шесть непосредственно перечисленных в п. 1 ст. 329 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации способов обеспечения исполнения обязательств. Согласно указанной норме, исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором²¹. Однако к числу способов обеспечения исполнения обязательств платежного агента законодатель относит помимо названных обеспечительных мер также страхование риска гражданской ответственности за неисполнение обязанности по осуществлению расчетов с поставщиком.

Указанное страхование не является способом обеспечения исполнения обязательств, указанным в ст. 329 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. Однако, согласно ст. 929 Гражданского кодекса Российской Феде-

рации, риск ответственности по договорам - риск гражданской ответственности - является одним из видов имущественных интересов, которые могут быть застрахованы по договору имущественного страхования, а в соответствии с п. 1 ст. 932 Гражданского кодекса Российской Федерации страхование риска ответственности за нарушение договора допускается в случаях, предусмотренных законом²². Соответственно, в ч. 4 ст. 4 Федерального закона № 103-ФЗ и предусмотрен такой случай. Представляется необходимым остановиться на природе обозначенного вида страхования и провести обзорный его анализ в сравнительном разрезе со смежными видами.

При страховании ответственности за нарушение договора (договорной ответственности) объектом страхования является интерес, связанный с возможной ответственностью за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, вытекающих из договора.

Общие правила об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств установлены гл. 25 Гражданского кодекса Российской Федерации. Они состоят в обязанности возместить убытки (ст. 393) и уплатить неустойку (ст. 394) либо проценты (ст. 395).

Неоднозначно трактуется специалистами вопрос допустимости института суброгации применительно к страхованию ответственности по договору. С одной стороны, бытует позиция, согласно которой в обязательстве по страхованию договорной ответственности невозможна суброгация, потому что лицом, ответственным за убытки, выступает сам страхователь, обязанность возместить убытки является дополнительной по отношению к первоначальному договорному обязательству и выполнение этой дополнительной обязанности не влечет прекращения первичного обязательства, т.е. страхователь не выбывает из обязательства, существующего между ним и его контрагентом²³.

При этом сторонники такой точки зрения признают, что страхование договорной ответственности иногда сопровождается включением в договор страхования условия о переходе к страховщику, выплатившему возмещение, прав кредитора, которые тот имел к страхователю, т.е. предусматривают своеобразную суброгацию. Включение этого условия в договор, однако, делает, по мнению приверженцев рассматриваемого подхода, его в целом притворной сделкой (п. 2 ст. 170

Гражданского кодекса Российской Федерации), поскольку основным правовым последствием заключения договора страхования должна являться защита интереса страхователя, но в данном случае защита интереса не обеспечивается, так как вместо одной обязанности у страхователя появляется другая, такая же по объему, но перед другим кредитором²⁴.

Согласно противоположной концепции, при страховании ответственности по договору в отличие от страхования ответственности за причинение вреда суброгация возможна. Действительно, если за причинение вреда всегда отвечает одно конкретное лицо, то перед страхователем, ответственным по договору перед потерпевшим, может в свою очередь отвечать его контрагент, которому страхователь (например, аудитор) поручил, например, подготовить материалы к аудиторской проверке. Соответственно, к страховщику, застраховавшему ответственность аудитора и выплатившему возмещение потерпевшему, может перейти требование, которое аудитор имеет к своему контрагенту. Применение этого правила, однако, ограничено, поскольку ограничено и само страхование ответственности по договору²⁵. Следуя приведенной логической модели, закономерным будет предположить следующее: несмотря на прямо предусмотренную в рассматриваемой норме ч. 4 ст. 4 Федерального закона № 103-ФЗ конструкцию страхования договорной ответственности платежного агента, при которой страхователем выступает оператор по приему платежей, что объясняется исключительно его правоспособностью вступать в договорные правоотношения с поставщиком, так как платежный субагент, в свою очередь, заключает договор с оператором по приему платежей, наступление ответственности платежного субагента в рамках страхования гражданской ответственности оператора по приему платежей за неисполнение обязательств по осуществлению расчетов с поставщиком допустимо в порядке суброгации.

Императивная норма ст. 932 Гражданского кодекса Российской Федерации предписывает, что договорная ответственность может быть застрахована только в случаях, установленных законом. В настоящее время законом установлена возможность страхования договорной ответственности, например, плательщика ренты (п. 2 ст. 587 Гражданского кодекса Российской Федерации), аудиторов (федеральный закон "Об аудиторс-

кой деятельности” от 30 декабря 2008 г. № 307-ФЗ²⁶), а также таможенных перевозчиков, владельцев складов временного хранения, таможенных брокеров, владельцев таможенных складов (ст. 94, 109, 140, 227 Таможенного кодекса Российской Федерации²⁷), специализированного депозитария и управляющих компаний (ст. 25 Закона о накопительной части пенсии²⁸), эмитента государственных и муниципальных ценных бумаг (ст. 14 федерального закона “Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг” от 29 июля 1998 г. № 136-ФЗ²⁹).

В связи с ограничением на страхование договорной ответственности, которое установлено в ст. 932 Гражданского кодекса Российской Федерации, иногда предлагается страховать договорную ответственность как ответственность за причинение вреда, на страхование которой нет аналогичного ограничения. Сторонники такой позиции в качестве обоснования своего подхода утверждают, что любое нарушение договора одной из его сторон есть нарушение какого-то права другой стороны или сторон. Любое нарушение права причиняет правообладателю вред. Следовательно, договорную ответственность можно рассматривать как разновидность ответственности за причинение вреда тому, чье право нарушено, и страховать ее, действуя по ст. 931 Гражданского кодекса Российской Федерации и обходя ограничения п. 1 ст. 932 Гражданского кодекса Российской Федерации³⁰.

Подобное рассуждение противоречит недвусмысленно выраженному намерению законодателя разделить рассматриваемые два вида ответственности для целей страхования. Возникшую ответственность следует считать ответственностью за нарушение договора, если она является последствием неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, возникшего из договора, или, напротив, следует считать ответственностью за причинение вреда, если она возникла как обязательство вследствие причинения вреда³¹.

Помимо упоминавшихся различий в объекте страхования, страхование договорной ответственности имеет по сравнению со страхованием ответственности за причинение вреда существенный дифференцирующий признак: страхователь вправе страховать только свою договорную ответственность, а договоры страхования, в которых застрахована договорная ответственность третьего лица, ничтожны.

Наконец, завершая обзор института страхования ответственности по договору в рамках возможного применения такой обеспечительной меры

в договорных правоотношениях оператора по приему платежей и поставщика, стоит обратиться к достаточно актуальному и сопряженному в определенной степени с “проблемностью” вопросу налоговых последствий страхования ответственности за неисполнение обязательств по договору.

Необходимо подчеркнуть, как отмечалось ранее, способ обеспечения исполнения обязательств оператора по приему платежей перед поставщиком по осуществлению соответствующих расчетов определяется по усмотрению сторон договора об осуществлении деятельности по приему платежей физических лиц, однако стороны указанного договора в силу императивного положения ч. 4 ст. 4 Федерального закона № 103-ФЗ не могут исключить необходимость такого обеспечения исполнения обязательств.

Приходится констатировать, однако, что существующие проблемы и налоговые риски, связанные с неурегулированностью норм действующего страхового и налогового законодательства, с которыми могут столкнуться страховщики при проведении операций страхования гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору, во многом обуславливают незначительную практику выбора указанного вида страхования в качестве способа обеспечения обязательства платежного агента при заключении таковым и поставщиком договора об осуществлении деятельности по приему платежей.

Действительно, страхование гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору в настоящее время может осуществляться только в добровольной форме в соответствии с правилами страхования, утвержденными страховщиком или объединением страховщиков. В ходе финансового кризиса страховым организациям приходится работать в режиме жесткой экономии и в большей степени заниматься конъюнктурными видами страхования. Как никогда рынку необходимы защита от предпринимательского и финансового рисков, страхование ответственности³².

В последнее время страховые организации активно проводят страхование гражданской ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору. Однако данный вид страхования имеет ряд негативных последствий.

Например, страховые премии, уплачиваемые страхователем по договору страхования гражданской ответственности за неисполнение или ненад-

лежащее исполнение обязательств по договору, в отдельных случаях не могут быть включены в состав расходов, учитываемых при определении налоговой базы по налогу на прибыль. Это связано с тем, что перечень добровольных видов страхования, приведенный в ст. 263 Налогового кодекса Российской Федерации, не содержит такого вида страхования, за исключением подп. 8 и 10 п. 1 данной статьи, где указано добровольное страхование ответственности за причинение вреда или ответственности по договору, если такое страхование является условием осуществления налогоплательщиком деятельности в соответствии с международными обязательствами Российской Федерации или общепринятыми международными требованиями. А подп. 10 п. 1 ст. 263 Налогового кодекса Российской Федерации определяет, что перечень видов страхования открыт и предполагает другие виды добровольного имущественного страхования, если в соответствии с законодательством Российской Федерации такое страхование является условием осуществления налогоплательщиком своей деятельности³³.

Прием страховых взносов платежными агентами и страхование технических средств автоматизированного приема платежей как вид имущественного страхования

Подводя итоги рассмотрения некоторых аспектов деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами, через призму актуальных вопросов страхования и страхового дела, необходимо упомянуть, что интерес представляют также следующие моменты.

Во-первых, это находящийся на стадии становления в практике приема платежей через платежных агентов, в частности посредством технических средств - платежных терминалов и банкоматов, институт приема страховых взносов от физических лиц по договорам страхования, заключаемым ими со страховыми организациями, когда поставщиком по смыслу Федерального закона № 103-ФЗ выступают сами игроки страхового рынка. Примечательно, что, наряду с распространением услуги осуществления расчетов по оплате обязательств страхователя через универсальные терминалы самообслуживания с автоматизированной системой внесения обширного перечня социально значимых платежей, некоторые страховые брокеры предлагают принципиально новый продукт - страховой терминал, пред-

ставляющий собой специализированное устройство по продаже страховых полисов ОСАГО, при помощи которого клиент может самостоятельно оформить, оплатить и получить страховой полис³⁴.

С точки зрения теоретических основ, страховая премия (страховой взнос, в практике страхования - страховой платеж) - плата за страхование, которую страхователь вносит (уплачивает) страховщику за принятое им на себя обязательство осуществить страховую выплату страхователю (выгодоприобретателю) при наступлении страхового случая в порядке и сроки, установленные договором страхования (ст. 954 Гражданского кодекса Российской Федерации). Страховая премия отражает возмездный характер страховой сделки, совершаемой страхователем или страховщиком, и является платой за услугу (ценой услуги), оказываемую страховщиком страхователю по договору добровольного страхования или в порядке обязательного страхования, предусмотренного законом³⁵.

Обращение к теоретическо-правовой сущности страховой премии (страхового взноса) при освещении обозначенного, на первый взгляд, сугубо практического вопроса не случайно, так как категория "страховой взнос" ("страховая премия") составляет предмет непрекращающихся дискуссий по поводу экономической природы страховой премии. Действительно, страховая премия может быть рассмотрена с экономической, юридической и математической точек зрения.

Экономическая сущность страхового взноса проявляется в том, что он представляет собой часть национального дохода, которая платится страхователем страховщику в целях гарантии защиты его интересов от вредоносного воздействия неблагоприятных событий. С юридической точки зрения, страховой взнос может быть определен как денежное выражение страхового обязательства, которое оговорено и подтверждено путем заключения договора страхования между его участниками. В математическом смысле, страховой взнос - это периодически повторяющийся платеж страхователя страховщику³⁶.

Весьма существенным в ст. 954 Гражданского кодекса Российской Федерации является определение правовой природы страховой премии как платы за оказание страховой услуги, которое в значительной степени отличается от содержащегося в ст. 1, 11 закона Российской Федерации "Об организации страхового дела в Российской Федерации" от 27 ноября 1992 г. № 4015-1.

В связи с использованием в ст. 954 Гражданского кодекса Российской Федерации терминов “плата” и “уплатить” между страховщиками и органом страхового надзора возникла острая дискуссия о возможности внесения страховой премии не деньгами, а иным имуществом, например векселями. Вексель, иное имущество не относятся в соответствии с этими правилами к средствам расчетов, и орган страхового надзора сделал вывод о невозможности внесения страховой премии векселем или иным имуществом³⁷.

Бесспорно, “платить” можно только средствами платежа, платежи производятся путем расчетов (п. 1 ст. 140 Гражданского кодекса Российской Федерации), а формы расчетов установлены ст. 861 и 862 Гражданского кодекса Российской Федерации и банковскими правилами. Формируемая законодательная база в области осуществления расчетов с участием платежных агентов, нивелирующая существовавшие прежде опасности, связанные с недостаточной правовой основой, а значит, и уязвимостью, такой практики, подобных нареканий в отношении исследуемого института позволяет избежать.

Во-вторых, целесообразно затронуть вопрос набирающей обороты практики предложения страховыми организациями относительно нового вида имущественного страхования - страхования банкоматов, терминалов и денежных средств в них. Данный вид страхования направлен на минимизацию расходов, связанных с эксплуатацией банкоматов и терминалов и возникающих в результате наступления страховых случаев. Объекты страхования составляют банкоматы или терминалы самообслуживания; наличные средства в банкоматах и терминалах. При этом традиционно к перечню страховых рисков относят как злоумышленные действия третьих лиц (умышленное уничтожение или повреждение имущества, разбой, хулиганство, вандализм, терроризм и т. п.), так и обстоятельства неантропогенного происхождения (стихийные бедствия, удар молнии, взрыв газа). В дополнение к вышеуказанным рискам может быть предложено страхование от специфических рисков электронного оборудования: ошибки в эксплуатации, неосторожность обслуживающего персонала; ошибки в конструкции, изготовлении или монтаже; воздействие электротока в форме короткого замыкания, резкого повышения силы тока или напряжения в электросети, воздействие индуктированных токов и т. п.; внезапное прекращение подачи электроэнергии из общих сетей энергоснабжения.

¹ О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами : федер. закон Рос. Федерации от 3 июня 2009 г. № 103-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 мая 2009 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 27 мая 2009 г. // Рос. газ. 2009. 10 июня.

² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами” : федер. закон Рос. Федерации от 3 июня 2009 г. № 121-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 мая 2009 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 27 мая 2009 г. // Рос. газ. 2009. 10 июня.

³ О порядке осуществления банковских операций по переводу денежных средств по поручению физических лиц без открытия им банковских счетов кредитными организациями с участием коммерческих организаций, не являющихся кредитными организациями : указание Центрального банка Рос. Федерации от 20 июня 2007 г. № 1842-У // Вестн. Банка России. 2007. 11 июля.

⁴ О внесении изменений в Федеральный закон “О банках и банковской деятельности” и статью 37 Закона Российской Федерации “О защите прав потребителей” : федер. закон Рос. Федерации от 27 июля 2006 г. № 140-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 7 июля 2006 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 14 июля 2006 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3439.

⁵ О банках и банковской деятельности : федер. закон Рос. Федерации от 2 декабря 1990 г. № 395-1 // Ведомости съезда нар. депутатов РСФСР. 1990. № 27. Ст. 357.

⁶ Резников А. Н. Комментарий к Федеральному закону от 3 июня 2009 г. № 103-ФЗ “О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами” (постатейный). М., 2009.

⁷ О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма : федер. закон Рос. Федерации от 7 авг. 2001 г. № 115-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 13 июля 2001 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 20 июля 2001 г. // Рос. газ. 2001. 9 авг.

⁸ О применении контрольно-кассовой техники при осуществлении наличных денежных расчетов и (или) расчетов с использованием платежных карт : федер. закон Рос. Федерации от 22 мая 2003 г. № 54-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 25 апр. 2003 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 14 мая 2003 г. // Собр. законодательства РФ. 2003. № 21. - Ст. 1957.

⁹ О внесении изменений в Федеральный закон “О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами” и Федеральный закон “О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О деятельности по приему платежей физических лиц, осуществляемой платежными агентами” : федер. закон Рос. Федерации от 3 июня 2009 г. № 103-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 мая 2009 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 27 мая 2009 г. // Рос. газ. 2009. 10 июня.

ми агентами: федер. закон от 28 ноября 2009 г. № 289-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 20 ноября 2009 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 25 ноября 2009 г. // Рос. газ. 2009. 1 дек.

¹⁰ *Белых В. С., Скуратовский М. И.* Гражданский кодекс и банковское законодательство // Хозяйство и право. 2007. № 4.

¹¹ Об организации страхового дела в Российской Федерации : закон Рос. Федерации от 27 нояб. 1992 г. № 4015-1 // Рос. газ. 1993. 12 янв.

¹² Об упрощенной системе налогообложения : письмо Федер. налог. службы от 22 октября 2007 г. № 02-6-10/325 // Ежедневный бюл. законодательных и ведомственных актов. 2007. № 50.

¹³ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 окт. 1994 г. // Собр. законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹⁴ *Соловьев А. В.* Правовые вопросы деятельности страховых агентов и страховых брокеров // Аудиторские ведомости. 2008. № 11.

¹⁵ Там же.

¹⁶ *Филипков В. В.* О правовых последствиях деятельности страхового брокера без лицензии // Нормативное регулирование страховой деятельности : док. и коммент. 2009. № 1.

¹⁷ О налогообложении доходов от страховой деятельности : закон Рос. Федерации от 13 декабря 1991 г. № 2028-1 // Ведомости Съезда народных депутатов Рос. Федерации и Верховного Совета Рос. Федерации. 1992. № 12. Ст. 597.

¹⁸ О некоторых изменениях в налогообложении и во взаимоотношениях бюджетов различных уровней : указ Президента Рос. Федерации от 22 декабря 1993 г. № 2270 // Рос. газ. 1993. 29 дек.

¹⁹ *Соловьев А. В.* Указ. соч.

²⁰ Об организации страхового дела в Российской Федерации : закон Рос. Федерации от 27 нояб. 1992 г. № 4015-1 // Рос. газ. 1993. 12 янв.

²¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 21 окт. 1994 г. // Собр. законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

²² Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 22 дек. 1995 г. // Собр. законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

²³ *Гришаев С. П.* Страхование : учеб.-практ. пособие. Доступ из справ.-правовой системы "Гарант".

²⁴ Там же.

²⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 2 т. Т. 1. Части первая, вторая Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009.

²⁶ Об аудиторской деятельности : федер. закон Рос. Федерации от 30 дек. 2008 г. № 307-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 24 дек. 2008 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 29 дек. 2008 г. // Собр. законодательства РФ. 2009. № 1. Ст. 15.

²⁷ Таможенный кодекс Российской Федерации от 28 мая 2003 г. № 61-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 25 апр. 2003 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 14 мая 2003 г. // Собр. законодательства РФ. 2003. № 22. Ст. 2066.

²⁸ Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации : федер. закон от 24 июля 2002 г. № 111-ФЗ // Собр. законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3028.

²⁹ Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг : федер. закон Рос. Федерации от 29 июля 1998 г. № 136-ФЗ: принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 15 июля 1998 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 17 июля 1998 г. // Собр. законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3814.

³⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 2 т. Т. 1. Части первая, вторая Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. 2-е изд., перераб. и доп.

³¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (учебно-практический). Части первая, вторая, третья, четвертая / С.С. Алексеев [и др.]; под ред. С. А. Степанова. 2-е изд., перераб. и доп. Екатеринбург, 2010.

³² *Романова М. В.* Налоговые последствия страхования по ответственности за неисполнение обязательств по договору // Налогообложение, учет и отчетность в страховой компании. 2009. № 5.

³³ Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 19 июля. 2000 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 26 июля 2000 г. // Собр. законодательства РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

³⁴ Страховой терминал. URL: <http://vampolis.ru/terminal>.

³⁵ Гражданское право : в 4 т. Т. 3: Обязательственное право / отв. ред. Е. А. Суханов. М., 2008.

³⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 2 т. Т. 1. Части первая, вторая Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. Т. Е. Абовой, А. Ю. Кабалкина. 2-е изд., перераб. и доп.

³⁷ О формах бухгалтерской отчетности страховых организаций и отчетности, представляемой в порядке надзора : приказ Минфина России от 28 ноября 2000 г. № 105н. URL: <http://www.minfin.ru/ru/legislation/orders>.

Поступила в редакцию 03.05.2010 г.

АДВОКАТ КАК СУБЪЕКТ ПЕРВИЧНОГО ФИНАНСОВОГО МОНИТОРИНГА ПРИМЕНЕНИЕ РИСКОВОГО ПОДХОДА В ПРОТИВОДЕЙСТВИИ ЛЕГАЛИЗАЦИИ (ОТМЫВАНИЮ) НЕЗАКОННЫХ ДОХОДОВ К ЛИЦАМ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРОФЕССИИ

© 2010 А. В. Шашкова

кандидат юридических наук

Московский государственный институт международных отношений
(Университет) МИД России

E-mail: ecsn@sciex.ru

Посвящается роли адвоката и иных лиц юридической профессии в первичном финансовом мониторинге на основе рискового подхода к противодействию легализации (отмыванию) незаконных доходов.

Ключевые слова: легализация, отмывание, незаконные доходы, адвокат, юридические услуги, рисковый подход.

В соответствии с Сорока рекомендациями Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) в редакции, принятой 20 июня 2003 г., адвокат относится к лицам “определенных профессий”, которым следует предпринять определенные меры в целях предотвращения отмывания денег и финансирования терроризма. Адвокатам следует принимать меры по надлежащей проверке клиентов, включая установление и подтверждение личности своих клиентов:

- при установлении деловых отношений;
- совершении разовых сделок на сумму, превышающую установленное пороговое значение;
- наличии подозрений относительно отмывания денег или финансирования терроризма;
- наличии подозрений относительно достоверности или адекватности полученных ранее данных о личности клиента.

Основные меры по надлежащей проверке клиентов сводятся к следующим:

- идентификация клиента и подтверждение личности клиента с использованием надежных независимых первичных документов, данных или информации;
- определение бенефициарного собственника и принятие таких разумных мер по проверке личности бенефициарного собственника, которые позволяют считать, что известно, кем является бенефициарный собственник. Также это должно включать принятие разумных мер по выяснению того, кому принадлежат права собственности, оформленные на клиента, и кто и как осуществляет контроль над ними;
- получение информации о целях и предполагаемом характере деловых отношений;

- проведение на постоянной основе надлежащей проверки деловых отношений и тщательный анализ сделок, совершенных в рамках таких отношений, для обеспечения того, чтобы заключаемые сделки соответствовали установленным сведениям о клиенте, его деловой деятельности и характере рисков, в том числе, когда необходимо, об источнике средств.

Адвокат должен осуществлять указанные меры по надлежащей проверке своего клиента, когда готовит или совершает сделки в следующих областях:

- купля-продажа недвижимости;
- управление денежными средствами, ценными бумагами или иным имуществом клиента;
- управление банковскими, сберегательными счетами или счетами ценных бумаг;
- аккумуляция средств в целях создания, обеспечения функционирования или управления компаний;
- создание, обеспечение функционирования или управление юридическим лицом или образованием и куплей-продажей предприятий¹.

Более того, рекомендация 16 из Сорока рекомендаций ФАТФ указывает на необходимость обязать адвокатов сообщать о подозрительных сделках, когда они от имени или по поручению клиента вступают в финансовые отношения в указанных областях. В 2003 г. ФАТФ было дано адвокатам название “gatekeepers” (“сторожа”), указывая на их значительную роль в предотвращении незаконной легализации (отмывания) преступных доходов. Впоследствии многие государства приняли законодательство, регулирующее

обязанность адвокатов информировать уполномоченный орган по финансовому мониторингу.

Рассмотрим, кого именно имеют в виду составители Сорока рекомендаций ФАТФ, указывая на адвоката. В англоязычном варианте Сорока рекомендаций присутствует термин “lawyer”, что означает “юрист; адвокат; консультант по вопросам права, юрисконсульт”². То есть английский язык не сводит данное наименование к адвокату.

Каков юридический статус адвоката? Адвокат - это лицо, получившее в определенном порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность: квалифицированную юридическую помощь физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения доступа к правосудию³. “Адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам. Адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности”⁴.

Следовательно, юристы международных юридических фирм, на которые приходится львиная доля финансовых консультаций и финансовых отношений от имени клиента, адвокатами не являются? Согласно российскому законодательству, они не могут ими являться, поскольку имеют трудовые отношения с юридическим лицом.

Почему же в соответствии с Сорока рекомендациями ФАТФ только на адвоката пала обязанность уведомлять уполномоченный орган - Федеральную службу по финансовому мониторингу (Росфинмониторинг) при наличии любых оснований полагать, что сделки с недвижимым имуществом, управление денежными средствами, ценными бумагами или иным имуществом клиента, управление банковскими счетами или счетами ценных бумаг, привлечение денежных средств для создания организаций, обеспечения их деятельности или управления ими, а также купля-продажа организаций осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма? Можем предположить, что это произошло вследствие некорректного перевода английского термина.

Однако федеральный закон “О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма” № 115-ФЗ расширил круг лиц юридической профессии, обязанных подавать информацию в Росфинмониторинг, включив в него и “лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических услуг”. Что же это за лицо? Даже беглый анализ российского законодательства показывает, что речь здесь идет как об индивидуальных предпринимателях, оказывающих юридические услуги, так и юридических лицах. То есть, в отличие от европейского подхода к корпоративному управлению, согласно которому за “корпоративной вуалью” нельзя скрыться ответственному лицу⁵, по российскому законодательству в случае нарушения юристом компании требований законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, отвечать будет юридическое лицо либо специальное должностное лицо, ответственное за соблюдение правил внутреннего контроля.

Федеральным законом “Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации” адвокату предоставлены определенные гарантии независимости: запрещено вмешательство в адвокатскую деятельность, привлечение адвоката к какой-либо ответственности за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, истребование от адвокатов сведений, связанных с оказанием юридической помощи⁶. Охраняется законом и адвокатская тайна - любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю⁷.

Отсюда следует вывод, что адвокат, с точки зрения российского законодательства, обладает большими правами и несет большую ответственность перед клиентом, нежели перед государственными органами, чем иное “лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических услуг”. В этом есть определенная справедливость: иное “лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических услуг” - это обычно юридическое лицо, которое, хотя и является “искусственным лицом” и несет ответственность за свою деятельность с точки зрения гражданского права, но обезличено с точки зрения публичного права⁸. Адвокат же, являясь членом Адвокатской палаты, непосредственно выступа-

ет перед клиентом, заключая с ним соглашение об оказании юридических услуг.

В 2006 г. ФАТФ установила обязанность каждой страны определить вопросы, подпадающие под привилегию сохранения адвокатской тайны или профессиональной тайны. Не все государства последовали данной рекомендации, и в 2008 г. ФАТФ разработала собственное руководство для лиц юридической профессии⁹. Как мы видим, здесь ФАТФ не использует термин “lawyer”, все же имеющий ограниченное применение, а приводит гораздо более широкий термин - “лица юридической профессии”, включающий в себя и адвокатов, и юридических лиц, оказывающих юридические услуги, и индивидуальных предпринимателей, оказывающих юридические услуги, и работников юридических служб, органов государственной власти и органов местного самоуправления, и физических лиц, безвозмездно разово оказывающих юридические услуги. Сюда же можно отнести нотариусов и патентных поверенных.

В соответствии с указанным руководством в основу деятельности лиц юридической профессии для предотвращения незаконной легализации доходов положен рискованный подход. Рисковый подход был сформулирован и ранее: третья директива Европейского союза (ЕС) 2005 г. определила подход к комплексной юридической проверке с учетом риска. Однако директивы ЕС обязательны только для 27 стран - участниц ЕС.

Путем применения рискованного подхода возможно эффективно контролировать и предотвращать незаконную легализацию доходов в зависимости от идентифицированных рисков. При применении данного подхода государство может распределять свои ресурсы наиболее эффективным образом. Основным принципом подхода является то, что ресурсы следует распределять в соответствии с приоритетами таким образом, чтобы наиболее высокие риски получили наибольшее внимание со стороны лиц юридической профессии. В случае если государства проведут анализ наиболее рискованных областей для отмывания денежных средств, они смогут идентифицировать наиболее слабые области в борьбе с незаконной легализацией доходов и бросить все силы для разрешения данной ситуации. Такая информация необходима для лиц юридической профессии в целях определения наиболее высокого риска при взаимодействии с клиентами и оказании им услуг. Подобная

информация включает, например, каналы передачи имущества, географическое местонахождение, но при этом не является статичной. Она постоянно меняется в зависимости от определенных обстоятельств и возникновения дополнительных рискованных факторов. Таким образом, указанная стратегия направлена на предотвращение отмывания незаконных доходов путем удержания от легализации незаконных доходов (например, путем применения надлежащих мер по выполнению комплексной юридической проверки клиента¹⁰), выявления случаев незаконной легализации (например, мониторинг и сообщение о подозрительных сделках) и ведения учета таких случаев для содействия дальнейшему анализу¹¹.

В зависимости от уровня риска следует применять те или иные процедуры при противодействии незаконной легализации. Логичным является применение расширенного спектра процедур в областях с высоким уровнем риска, таких как комплексная юридическая проверка клиента (например, установление личности клиента и проверка достоверности сведений, указанных в удостоверении личности; определение бенефициара; получение информации о цели и предполагаемом характере деловых отношений; осуществление текущей юридической проверки и т.д.), а также расширенных мер мониторинга сделки. В случае низкого риска можно использовать упрощенные процедуры финансового мониторинга.

Конечно, для лиц юридической профессии данный подход означает применение своих профессиональных знаний и объективных оценок ситуации. Высока вероятность переоценки риска, в случае чего необходимые ресурсы будут отвлекаться на ту область, где они совершенно не нужны, при этом действительно рискованные области могут остаться незащищенными. Здесь будет применяться подход “обучение действием”, включающий в себя обучение, правильный подход к набору персонала и профессиональный совет. Разработка соответствующего руководства на предприятии явилась бы в данном случае значительным подспорьем.

К чему можно свести преимущества и недостатки внедрения рискованного метода? Преимущества состоят в следующем:

- лучшее управление рисками и снижение как государственных затрат, так и затрат частных лиц;

- фокус на реальных и идентифицированных угрозах;

- гибкость и адаптивность к изменению риска, которое будет происходить с течением времени.

Недостатки же следующие:

- необходим здравый подход к оценке риска и профессиональная оценка полученной информации, что никогда не предсказуемо;

- краткосрочные расходы неизбежно увеличиваются;

- более высокая потребность в профессиональных работниках, могущих делать обоснованные выводы, а также необходимость взаимного сотрудничества с государственными органами для направленного изменения рисков приоритетов со временем.

ФАТФ и ранее предлагала применение подхода, учитывающего следующие риски:

- бизнес (например, розничное обслуживание, кредитование, инвестиции и т.д.);

- клиент (например, физическое лицо, юридическое лицо, видный политический деятель);

- продукт (например, кредит, маржевая торговля, наличные средства);

- доставка (например, лично в руки).

Руководство для лиц юридической профессии ФАТФ впервые было принято в качестве специального документа, учитывающего особенности деятельности лиц юридической профессии. Какие же риски закладывает сюда ФАТФ? Основных рисков немного:

- географические риски, или риски взаимодействия с определенной страной;

- клиентский риск;

- риск определенной услуги.

С точки зрения *географического риска*, нет какого-то специального подхода, согласно которому та или иная страна представляет более высокий или более низкий уровень риска. В 2000 г. ФАТФ опубликовала первый “черный список” несотрудничающих стран и территорий, в котором оказалась и Российская Федерация. Если государство оказывается в “черном списке”, это фактически означает экономическую блокаду данного государства и его граждан - невозможность осуществлять денежные переводы, снимать денежные средства, пришедшие с территории иного государства, и т.д. Однако уже в 2002 г. Россия была удалена из списка¹², на 2005 г. в “черном списке” ФАТФ осталось всего три фигуранта:

Нигерия, Мьянма и Науруа¹³, а с октября 2006 г. ФАТФ фактически не применяет мер и не ведет списка несотрудничающих стран и территорий¹⁴.

Оценка риска в зависимости от *клиента*, или категории клиента, является основной для общей оценки ситуации с позиции риска. В этом случае лица юридической профессии самостоятельно должны оценить каждого клиента, с которым им приходится работать. Естественно, высокий риск будет в ситуациях, когда уже известный клиент осуществляет значительную операцию¹⁵, производит значительные изменения в документации или существенные изменения в порядке ведения счета.

Что касается критерия риска определенной *услуги*, то и здесь нельзя выделить какую-либо определенную услугу, представляющую особый риск. Однако в руководстве ФАТФ приводятся некоторые факторы, которые заставляют лиц, занимающихся юридической профессией, оценить уровень риска. Это такие факторы, как, например, действие лиц, оказывающих юридические услуги, от имени клиента, напрямую, без физического участия клиента с начала и до конца сделки; услуги по сокрытию реального бенефициара по сделке от компетентных государственных органов; платежи, полученные от третьих лиц наличными.

Рассмотрим изменение законодательства некоторых стран вслед за применением дополнительных документов ФАТФ. 18 мая 2010 г. Верховным Советом Украины был принят закон “О внесении изменений в закон Украины “О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем”. Закон изменен путем изложения в новой редакции, подписан Президентом Украины, опубликован и вступит в силу 21 августа 2010 г. Указанным нормативным актом изменены и установлены новые обязательства государственных органов, финансовых и нефинансовых учреждений и субъектов предпринимательства, в том числе юридических фирм, адвокатов и нотариусов. Законом предусмотрен государственный, первичный, обязательный и внутренний финансовый мониторинг, заключающийся в отслеживании его субъектами финансовых операций по определенным критериям и сообщении о таких операциях специально уполномоченному органу. Специально уполномоченным органом является Государственный комитет финансового мониторинга Украины (Госкомфинмониторинг).

В соответствии с нормами украинского Закона нотариусы, адвокаты и субъекты хозяйствования, предоставляющие юридические услуги, являются специально определенными субъектами первичного финансового мониторинга в случаях, когда они принимают участие в подготовке и совершении сделок в отношении:

- купли-продажи недвижимости;
- управления активами клиента;
- управления банковскими счетами и счетами в ценных бумагах;
- привлечения средств для создания юридических лиц, обеспечения их деятельности и управления ими;
- создания юридических лиц, обеспечения их деятельности и управления ими, а также купли-продажи юридических лиц.

Кроме того, финансовая операция должна составлять или превышать сумму 150 000 гривен (что равно приблизительно 19 000 долл. США) и отвечать одному из следующих признаков:

- запутанный или непривычный характер финансовой операции или совокупности связанных между собой финансовых операций, которые не имеют очевидного экономического смысла или очевидной законной цели;
- несоответствие финансовой операции характеру и содержанию деятельности клиента;
- выявление фактов неоднократного проведения финансовых операций, характер которых дает основания считать, что их целью является избежание процедур обязательного финансового мониторинга или идентификации¹⁶.

Законом предусмотрена материальная ответственность за невыполнение обязательств субъектами первичного финансового мониторинга, хотя механизм привлечения к такой ответственности Законом не закреплен.

Согласно указанному Закону, адвокаты, лица, которые предоставляют юридические услуги, не обязаны сообщать в Госкомфинмониторинг о своих подозрениях относительно финансовых операций в случае, если соответствующая информация стала им известна при обстоятельствах, являющихся предметом адвокатской и профессиональной тайны, при исполнении ими обязанностей по защите клиента, представительству его интересов в судебных органах и в досудебном урегулировании споров¹⁷.

Следовательно, на украинских юристов ряд обязательств субъектов первичного финансово-

го мониторинга не распространяется: например, нормы, касающиеся управления рисками, необходимость иметь внутренние инструкции и отдельного специалиста, ответственного за мониторинг. За ними также закреплено право не разглашать информацию, содержащую профессиональную тайну. Закреплен принцип самостоятельного определения финансовых операций, о которых необходимо сообщать специально уполномоченному органу, по критериям сомнительности.

Отсюда можно сделать следующий вывод: несмотря на то что данный Закон базируется на рекомендациях и иных документах ФАТФ, он не учитывает и даже не упоминает рискованный подход для лиц юридической профессии, предложенный ФАТФ.

В России также нет каких-либо специальных актов, следующих руководству для лиц юридической профессии ФАТФ. Более того, как видим, юридический статус и ответственность адвоката и “лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических услуг”, различен. Более того, российское законодательство, в отличие от руководства для лиц юридической профессии ФАТФ никоим образом не затрагивает лиц, разово осуществляющих юридические услуги¹⁸, что также создает значительный пробел в правовом регулировании.

Конечно, можно предположить, что документы ФАТФ имеют рекомендательный характер, что вытекает из самого названия - рекомендации, т.е. юридически необязательный. Однако это не так. Принятая в 2005 г. Резолюция Совета Безопасности ООН 1617 настоятельно призывает все государства соблюдать Сорок рекомендаций ФАТФ¹⁹. Тем самым документам ФАТФ на международном уровне придается весомое и юридически обязательное значение, а игнорирование и несоответствие данным рекомендациям влечет для государства неблагоприятные финансовые последствия. Это необходимо учитывать и при принятии нормативных актов Российской Федерации, а для долгосрочной перспективы борьбы с отмыванием денег государствам необходимо соответствовать международным стандартам ФАТФ.

¹ Сорок рекомендаций Группы разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) от 20 июня 2003 г. Рекомендация 12. URL: <http://archive.fedsfm.ru/files/40recom.pdf>.

² Андрианов С. Н., Бергсон А. С., Никифоров А. С. Англо-русский юридический словарь. М., 1993. С. 263.

³ Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации : федер. закон Рос. Федерации от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 26 апр. 2002 г. : одобр. Советом Федерации Федер. Собр. Рос. Федерации 15 мая 2002 г. Ст. 1. URL: http://www.fparf.ru/federal/fz_ob_advokature.htm.

⁴ Там же. Ст. 2.1.

⁵ Bainbridge S. M. Abolishing Veil Piercing / The J. of Corporation Law. 26. 2001. Spring. P. 479-535.

⁶ Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации. Ст. 18.

⁷ Там же. Ст. 8.

⁸ Deiser G. F. The Juristic Person // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1908. Vol. 57. № 3, Vol. 48. New Series. P. 131-142.

⁹ RBA Guidance for Legal Professionals. 2008. 23 Oct.

¹⁰ Corporate due diligence (CDD).

¹¹ RBA Guidance for Legal Professionals. P. 21.

¹² Шашкова А. В. Russian Business Law. М., 2007. С. 454.

¹³ Информационное агентство REGNUM. URL: <http://www.regnum.ru> (дата обращения: 11 февр. 2005 г.).

¹⁴ FATF. Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006-2007: Eighth NCCT Review. 2007. 12 Oct.

¹⁵ Установленный финансовый критерий значительности операции ФАТФ составляет для финансовых учреждений (для разовых клиентов, а также для дилеров по драгоценным металлам и дилеров по драгоценным камням при участии в любой сделке с наличностью) 15 000 долл. США/евро; для казино, включая интернет-казино - 3000 долл. США/евро.

¹⁶ О внесении изменений в закон Украины “О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем” : закон Украины от 18 мая 2010 г. : принят Верхов. Советом Украины. Ст. 15. URL: <http://pravotoday.in.ua/ru/press-centre/publications/pub-189>.

¹⁷ Там же. Ст. 8.

¹⁸ В соответствии с законодательством Российской Федерации никакой специальной квалификации для оказания юридических услуг не требуется: они могут быть оказаны и лицом, не имеющим юридического образования.

¹⁹ Резолюция Совета Безопасности ООН 1617 : принята Советом Безопасности ООН 29 июля 2005 г. П. 7. URL: <http://www.un.org/russian/document/scresol/res2005/res1614.htm>.

Поступила в редакцию 06.05.2010 г.

ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО НАДЗОРА В СФЕРЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ САНИТАРНО-ЭПИДЕМИОЛОГИЧЕСКОГО БЛАГОПОЛУЧИЯ НАСЕЛЕНИЯ

© 2010 Т. Т. Алиев

доктор юридических наук, профессор

© 2010 Л. М. Мележик

Саратовский государственный социально-экономический университет

E-mail: tta70@mail.ru

Анализируются контрольно-надзорные полномочия Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека.

Ключевые слова: контроль, административный надзор, федеральные службы, санитарно-эпидемиологическое благополучие населения, государственное управление.

Указом Президента Российской Федерации “О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти” от 9 марта 2004 г. № 314 закреплено разграничение функций в системе федеральных органов исполнительной власти, при этом функции по контролю и надзору сосредоточены главным образом в федеральных службах, однако их административно-правовой статус определен лишь в самых общих чертах. Этот пробел не был устранен в последующих многочисленных редакциях указа, общие правовые основы организации и деятельности, т.е. основы административно-правового статуса федеральных органов административного контроля и надзора, не получили закрепления и в системе действующего федерального законодательства. Нечеткость правового статуса в части осуществления контрольно-надзорной деятельности присуща и Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека.

Данное обстоятельство свидетельствует о необходимости подробного анализа контрольно-надзорных полномочий Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека.

Проблема государственного контроля и надзора относится к числу тем, традиционно привлекавших внимание представителей административно-правовой науки. Однако ученым-административистам так и не удалось прийти к единому мнению по ряду ключевых проблем рассматриваемого института, в частности, провести четкое различие между понятиями “контроль” и “надзор”, систематизировать формы и методы контрольной и надзорной проверочной деятельности.

Возникают вопросы: совпадают ли по своему фактическому и юридическому содержанию контроль и надзор? Если не совпадают, то что характерно для каждого из них?

Справочная, учебная и научная юридическая литература содержит различные подходы к определению понятий “контроль” и “надзор”. Их анализ позволяет выделить несколько различных точек зрения на проблему соотношения контроля и надзора. Одни ученые считают, что надзор есть разновидность контроля (так называемый суженный контроль)¹, другие выделяют надзорную деятельность как самостоятельную², третьи вообще не разделяют контроль с надзором, рассматривая их как идентичные³.

Обобщая встречающиеся в литературе точки зрения о сущности контроля и надзора, М. Р. Стерлинг выделил следующие общие элементы каждой из этих категорий (см. таблицу)⁴.

В настоящее время контрольные и надзорные полномочия возложены на федеральные службы, причем под функциями по контролю и надзору в Указе Президента Российской Федерации “О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти” от 9 марта 2004 г. № 314 понимаются:

- осуществление действий по контролю и надзору за исполнением органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами, юридическими лицами и гражданами установленных Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами, федеральными законами и другими нормативными правовыми актами общеобязательных правил поведения;

Сущность и назначение контроля	Сущность и назначение надзора
Наблюдение за функционированием подконтрольных объектов, получение объективной информации об их функционировании, выполнении правил и поручений	Постоянное наблюдение специальными государственными органами за деятельностью не подчиненных им органов или лиц с целью выявления нарушений законности
Оценка деятельности подконтрольного объекта с точки зрения ее законности и целесообразности, восстановление установленного порядка путем вмешательства в текущую распорядительную и административно-хозяйственную деятельность	Оценка деятельности поднадзорного объекта только с точки зрения законности, но не целесообразности без вмешательства в его административно-хозяйственную деятельность
Непосредственное в ходе контроля принятие мер по предотвращению и устранению нарушений установленного порядка деятельности подконтрольного объекта, в том числе законности, однако без права самостоятельного привлечения виновных к юридической ответственности	Самостоятельное привлечение виновных к юридической ответственности либо передача соответствующих материалов по подведомственности
Выявление причин и условий, способствующих правонарушениям	Выявление причин и условий, способствующих правонарушениям

- выдача органами государственной власти, органами местного самоуправления, их должностными лицами разрешений (лицензий) на осуществление определенного вида деятельности и (или) конкретных действий юридическим лицам и гражданам;

- регистрация актов, документов, прав, объектов, а также издание индивидуальных правовых актов.

Не разграничиваются полномочия по реализации контрольно-надзорных функций и в Положении о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека⁵, в п. 1 которого записано, что Служба является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по контролю и надзору в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения, защиты прав потребителей и потребительского рынка.

Указанное обстоятельство предполагает более детальный анализ сущности государственного контроля и надзора, осуществляемого органами исполнительной власти.

В данной связи необходимо прежде всего подчеркнуть, что государственный контроль является одновременно и функцией государственного управления, и одной из стадий управленческого цикла. С этих позиций контроль есть проверка соблюдения и выполнения нормативно установленных задач, планов, решений⁶, т.е. начало цикла, посвященного оценке фактически осуществленного или осуществляемого процесса. Такое определение контроля подчеркивает, во-первых, его функциональное назначение, во-вторых, его возникновение на определенной стадии управленчес-

кого процесса, в-третьих, полисубъектность государственного контроля, который гипотетически должен осуществляться всеми субъектами государственного управления.

Полисубъектность государственного контроля, однако, имеет негативные последствия. На сегодняшний день количество контролирующих органов стало превышать все разумные пределы, превращая органы исполнительной власти в бюрократические инстанции, пытающиеся контролировать “всех и вся”. Это вызвало к жизни появление специального федерального закона, направленного на защиту прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации государственного контроля и надзора⁷.

Закон, во-первых, дал официальное толкование таких понятий, как “контроль” и “надзор” применительно к деятельности органов исполнительной власти.

Государственный контроль (надзор) определен как проведение проверки выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем при осуществлении их деятельности обязательных требований к товарам (работам, услугам), установленных федеральными законами или принимаемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами; мероприятия по контролю определены как совокупность действий должностных лиц органов государственного контроля (надзора), связанных с проведением проверки выполнения юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем обязательных требований, осуществлением необходимых

исследований (испытаний), экспертиз, оформлении результатов проверки и принятием мер по результатам проведения мероприятия по контролю.

Закон, во-вторых, строго регламентировал организацию и порядок проведения контрольно-надзорных мероприятий планового и внепланового характера, а также установил, что при проведении мероприятий по контролю должностные лица контролирующих органов не вправе: проверять выполнение обязательных требований, не относящихся к компетенции контролирующего органа, от имени которого действуют должностные лица; осуществлять плановые проверки в случае отсутствия при проведении мероприятий по контролю должностных лиц или работников проверяемых юридических лиц или индивидуальных предпринимателей либо их представителей; требовать представление документов, информации, образцов (проб) продукции, если они не являются объектами мероприятий по контролю и не относятся к предмету проверки, а также изымать оригиналы документов, относящихся к предмету проверки; требовать образцы (пробы) продукции для проведения их исследований (испытаний), экспертизы без оформления акта об отборе образцов (проб) продукции в установленной форме и в количестве, превышающем нормы, установленные государственными стандартами или иными нормативными документами; распространять информацию, составляющую охраняемую законом тайну и полученную в результате проведения мероприятий по контролю, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Российской Федерации; превышать установленные сроки проведения мероприятий по контролю.

Как следует из текста данного закона, новизной государственного контроля органов исполнительной власти является административный надзор, что, на наш взгляд, не является верным.

Из современных работ необходимо отметить исследование И. В. Потокина⁸.

В качестве критериев разграничения административного контроля и административного надзора как видов государственно-управленческой деятельности названный автор предлагает рассматривать:

- цели осуществления каждого из рассматриваемых видов государственно-управленческой деятельности;

- круг субъектов, в отношении которых осуществляется административный контроль (надзор);

- характер юридической связи между органом административного контроля (надзора) и подконтрольным (поднадзорным) субъектом.

На основе предложенных критериев разграничения И.В. Потокин формулирует определения административного контроля и административного надзора.

Под **административным контролем** им понимается внешневластная деятельность компетентных органов исполнительной власти, иных государственных административных органов по проведению проверок соблюдения физическими и юридическими лицами, находящимися в сфере постоянного или временного непосредственного административно-регулирующего воздействия этих органов, положений законов и подзаконных нормативно-правовых актов, действующих в этой сфере.

Под **административным надзором** понимается внешневластная деятельность компетентных органов исполнительной власти, иных государственных административных органов по проведению проверок соблюдения как находящимися, так и не находящимися в сфере их непосредственного административно-регулирующего воздействия физическими и юридическими лицами положений федеральных законов и подзаконных нормативных правовых актов, устанавливающих требования к обеспечению различных видов общественной безопасности⁹.

Подводя итог многолетней дискуссии ученых-административистов по поводу сущности контрольной и надзорной деятельности органов исполнительной власти, можно сделать следующие выводы.

Отмечаются следующие элементы сходства административного надзора и надведомственного контроля¹⁰.

Во-первых, административный надзор и надведомственный контроль осуществляются во внесудебном порядке государственными органами, принадлежащими к одной ветви власти - исполнительной.

Во-вторых, отсутствие организационной подчиненности как у органов административного надзора, так и у органов надведомственного контроля по отношению к поднадзорным и подконтрольным объектам позволяет характеризовать их

как межотраслевую управленческую деятельность.

В-третьих, административный надзор и надведомственный контроль ведутся не за всеми сторонами деятельности поднадзорных и подконтрольных объектов, а только за определенными и по определенным вопросам.

В-четвертых, при обнаружении нарушений органы административного надзора и надведомственного контроля принимают меры к их устранению и привлечению виновных к ответственности.

В-пятых, и органы административного надзора, и органы надведомственного контроля могут самостоятельно принимать решения о необходимости реализации своих надзорных или контрольных полномочий.

Вместе с тем административный надзор имеет свои отличительные особенности, которые позволяют обособить его от надведомственного контроля органов исполнительной власти:

Ю.М. Козлов и Л.Л. Попов выделяют следующие различия между контролем и надзором¹¹:

1. *По содержанию.* Органы внешнего контроля обладают более широкой компетенцией. Она включает в себя проверку состояния дел подконтрольного объекта с точки зрения не только законности, но и целесообразности принимаемых решений.

Предмет административного надзора значительно уже. Никакие соображения целесообразности в расчет при этом не принимаются, так как, например, невозможно оправдать конкретные нарушения правил безопасности дорожного движения (превышение скорости и др.). При этом не допускается вмешательство в оперативную деятельность поднадзорных объектов.

2. *По объему полномочий.* Существует классификация указанных полномочий: по предупреждению и пресечению правонарушений, привлечению виновных лиц к ответственности, по нормотворчеству.

3. *По объектам надзора.* Можно выделить следующие разновидности административного надзора:

а) осуществляется в отношении неопределенного круга физических и юридических лиц, не находящихся в каком-либо подчинении у органов надзора;

б) распространяется на определенный круг граждан, должностных лиц, юридических лиц по

их конкретным вопросам. Например, за лицами, получившими лицензии и иные разрешения;

в) персонифицированный административный надзор, осуществляемый органами внутренних дел в отношении некоторых граждан, освобожденных из мест лишения свободы.

4. *По субъектам.* Административный надзор реализуется в деятельности большого числа государственных органов.

Прежде всего, субъекты надзорной деятельности обязаны заботиться о том, чтобы не допустить, предотвратить наступление вредных последствий, выявить обстоятельства, которые могли быть их причиной, и принять меры для своевременного их устранения. Иными словами, на первом плане - предвидение, предупреждение, пресечение, чтобы не допустить наступления вреда сейчас, а на втором плане - применение карательных санкций.

5. *По реализации в различных организационных и правовых формах.* С точки зрения организации административный надзор представляет собой процесс последовательно осуществляемых этапов: предварительный - анализ информации о поднадзорном объекте; текущий - систематическое наблюдение, периодические проверки, в ходе которых выявляются нарушения и применяются меры пресечения, восстанавливается нарушенный порядок, решается вопрос о необходимости привлечения виновных к ответственности; заключительный - анализ общего положения объекта надзора, разработка и внесение предложений.

Правовые формы осуществления административного надзора связаны с оформлением и выдачей гражданам и юридическим лицам различных разрешений, лицензий и необходимых документов, а также с вынесением постановлений о применении мер административной ответственности.

6. *По особым методам осуществления.* Для осуществления административного надзора основными методами являются постоянное непосредственное наблюдение за состоянием соответствующих объектов и периодические проверки объектов по поступающим в орган надзора заявлениям и жалобам, сообщениям средств массовой информации, а также по собственной инициативе. Арсенал методов внешнего контроля значительно шире: проверка, обследование, ревизия, проведение экспертиз и др.

7. *Административный надзор, как правило, связан с применением административного принуждения.*

Итак, административный надзор - это особый вид государственной управленческой деятельности, осуществляемый специальными органами исполнительной власти в отношении организационно не подчиненных им органов, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан по поводу исполнения ими общеобязательных норм, правил, стандартов, требований с использованием комплекса мер административного принуждения с целью предупреждения, выявления и пресечения правонарушений, восстановления установленного порядка и привлечения виновных к административной ответственности.

Следовательно, *под административным надзором в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия человека* следует понимать систему мер по предупреждению, обнаружению, выявлению и ликвидации вредного опасного влияния среды обитания человека на его права и здоровье, которая используется специально уполномоченными органами исполнительной власти и их должностными лицами посредством специальных методов, а также юридических процедур.

Субъектами такого административного надзора являются органы государственной исполнительной власти (Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека), их должностные лица, на которые государством возложены обязанности по осуществлению надзорных функций в отношении поднадзорных объектов и которые в соответствии с этим наделены определенными государственными властными полномочиями.

Предмет административного надзора составляют общественные отношения, складывающиеся в сфере соблюдения поднадзорными субъектами специальных правил, норм, стандартов и т.д., установленных нормативно-правовыми актами Российской Федерации и ее субъектов по обеспечению санитарно-эпидемиологического благополучия человека.

Объектами административного надзора являются такие субъекты права, как предприятия, учреждения, организации независимо от подчиненности и формы собственности, а также должностные лица, предприниматели без образования юридического лица и граждане, в отношении ко-

торых осуществляется административный надзор.

Таким образом, административный надзор в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия человека - это особый вид государственной управленческой деятельности в России, осуществляемой специально уполномоченными органами исполнительной власти в отношении не подчиненных им органов, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц и граждан по поводу выполнения ими общеобязательных правовых норм, специальных правил, стандартов и требований с использованием комплекса мер административного принуждения в целях удержания данной социальной системы в желаемом состоянии.

Сущность такого административного надзора выражается в постоянном специализированном наблюдении и юридической проверке со стороны уполномоченных на то государственных органов и их должностных лиц соблюдения строго определенных правил в деятельности конкретных юридических и физических лиц.

Целью административного надзора в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия человека является четкое проведение в жизнь нормативно-правовых актов, устанавливающих специальные нормы, правила, стандарты и требования, позволяющих обеспечить законность прав человека на здоровый образ жизни, его безопасность и санитарно-эпидемиологическое благополучие в своем обществе и государстве.

Основной задачей субъектов административного надзора является обеспечение четкого и единообразного исполнения задач, функций и полномочий системы Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека.

¹ См.: *Шорина Е. В.* Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР. М., 1981. С. 97-104; *Пронина В. С.* Конституционный статус органов межотраслевого управления. М., 1981. С. 104.; *Студеникина М. С.* Государственные инспекции в СССР. М., 1987. С. 13; *Козлов Ю. М.* Административное право в вопросах и ответах : учеб. пособие. М., 2001. С. 193; *Бессарабов В. Г.* Прокуратура в системе государственного контроля Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001, С. 17.

² См.: *Разаренов Ф. С.* О сущности и значении административного надзора в советском государствен-

ном управлении. М., 1963. С. 69-78; Денисов Р. И. Административный надзор в сфере дорожного движения. М., 1981. С. 12; Прозоров А. Л. Административный надзор в советском государственном управлении : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986; Кармолицкий А. А. Указ. соч. С. 619; Дмитриев А. Т. Правовые и организационные проблемы административного надзора ОВД : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998; Никонов А. В. Организационно-правовые основы административно-надзорной деятельности милиции в сфере охраны общественного порядка и обеспечения общественной безопасности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998.

³ См.: *Восходов С. С.* Основы уголовной политики: конституционный, криминологический, уголовно-правовой и информационный аспекты. М., 1999.; *Лебединский В. Г., Каленов Ю. А.* Прокурорский надзор в СССР. М., 1957. С. 42-47.

⁴ *Стерлинг М. Р.* Правовое регулирование организации контрольной и надзорной деятельности федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 17.

⁵ Положение о Федеральной службе по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека : утв. постановлением Правительства Рос. Федерации от 30 июня 2004 г. № 322 (с изм. от 23 мая, 14 дек. 2006 г., 29 сент., 7 нояб. 2008 г., 16 июля, 8 авг. 2009 г.). URL: <http://old.rosпотребнадзор.ru/department/regulations>.

⁶ *Тихомиров Ю. А.* Административное право и процесс: полный курс. М., 2004. С. 413.

⁷ О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора) : федер. закон Рос. Федерации от 8 августа 2001 г. № 134-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 14 июля 2001 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 33, ч. 1. Ст. 3436.

⁸ *Потокин И. В.* Административно-правовой статус федеральных органов административного контроля и административного надзора : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2008.

⁹ Там же. С. 14-15.

¹⁰ *Стерлинг М. Р.* Указ. соч. С. 56-57.

¹¹ Административное право: учебник / под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. М., 2000. С. 454.

Поступила в редакцию 01.05.2010 г.

К ВОПРОСУ О ПРИМЕНЕНИИ Ч. 2 СТ. 20.4 КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

© 2010 В. В. Лошкарев

Самарский государственный экономический университет

E-mail: vv1976@mail.ru

Анализируются некоторые проблемы реализации действующих положений административного законодательства России, формулируются предложения по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики.

Ключевые слова: пожарная безопасность, административное правонарушение, общественный порядок, административное приостановление деятельности.

После происшествия в ночном клубе “Хромая лошадь” в городе Перми по России прошла серия прокурорских проверок с привлечением специалистов органов государственного пожарного надзора МЧС России в части исполнения законодательства о пожарной безопасности руководителями клубов, кафе, ресторанов.

Практическое применение работниками указанных ведомств отдельных положений Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ) обнаружило отмеченный автором настоящей статьи пробел, устранение которого будет способствовать обеспечению законодательством более безопасного состояния общества.

Так, согласно актам проведенных проверок во многих клубах и кафе выявлены нарушения требований Правил пожарной безопасности (01-03), утвержденных приказом Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий (МЧС РФ) от 18 июня 2003 г. № 313 и норм пожарной безопасности “Перечень зданий, сооружений, помещений и оборудования, подлежащих защите автоматическими установками пожаротушения и автоматической пожарной сигнализацией” (НПБ 110-03), утвержденных приказом МЧС РФ от 18 июня 2003 г. № 315.

Таким образом, должностными лицами - директорами проверенных заведений нарушены требования федерального закона “О пожарной безопасности” от 21 декабря 1994 г. № 69-ФЗ¹, так как в соответствии со ст. 37 указанного закона руководители организаций обязаны соблюдать требования пожарной безопасности, а также вы-

полнять предписания, постановления и иные законные требования должностных лиц пожарной охраны; разрабатывать и осуществлять меры по обеспечению пожарной безопасности; содержать в исправном состоянии системы и средства противопожарной защиты, включая первичные средства тушения пожаров, не допускать их использование не по назначению.

В п. 1 Правил пожарной безопасности, утвержденных приказом МЧС России от 18 июня 2003 г. № 313, указано, что данные Правила устанавливают требования пожарной безопасности, обязательные для применения и исполнения органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности (далее - организации), их должностными лицами, предпринимателями без образования юридического лица, гражданами Российской Федерации, иностранными гражданами, лицами без гражданства (далее - граждане) в целях защиты жизни или здоровья граждан, имущества физических или юридических лиц, государственного или муниципального имущества, охраны окружающей среды.

Руководители организаций осуществляют непосредственное руководство системой пожарной безопасности в пределах своей компетенции на подведомственных объектах и несут персональную ответственность за соблюдение требований пожарной безопасности. Согласно п. 2 Правил пожарной безопасности (ППБ 01-03) организации, их должностные лица и граждане, нарушившие требования пожарной безопасности, несут ответственность согласно законодательству Российской Федерации.

Выявленные в ходе проверок нарушения зачастую являлись недопустимыми (самое существенное из них - отсутствие автоматических установок пожаротушения и автоматических установок пожарной сигнализации²), так как в случае возникновения пожароопасной ситуации могли привести к угрозе жизни или здоровью людей. Имевшиеся нарушения требований пожарной безопасности образовывали состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 20.4 КоАП РФ.

К примеру, в Нефтегорском районе Самарской области в период с 10 по 14 декабря 2009 г. была проведена проверка трех кафе. По результатам проверки в отношении индивидуальных предпринимателей и юридического лица были возбуждены административные дела по ч. 1 ст. 20.4 КоАП РФ. В соответствии с ч. 2 ст. 23.1, ст. 28.8 КоАП РФ постановления были направлены на рассмотрение в районный суд, который в рамках санкции ч. 1 ст. 20.4 КоАП РФ административно приостановил деятельность указанных кафе на различный срок на основании того, что эксплуатация проверенных зданий, относящихся к числу объектов массового пребывания людей, в связи с выявленными нарушениями пожарной безопасности угрожает жизни и здоровью неопределенного круга лиц, общественной безопасности и общественному порядку. На основании решений суда возбуждены исполнительные производства, деятельность кафе приостановлена.

Немногом позднее, с 23 по 25 декабря 2009 г. в том же районе была проведена проверка 9 сельских домов культуры района. В отношении должностных лиц - директоров указанных домов культуры возбуждены дела об административном правонарушении - уже не по ч. 1, а по ч. 2 ст. 20.4 КоАП РФ, предусматривающей ответственность за "нарушения требований пожарной безопасности... совершенные в условиях особого противопожарного режима". Квалификация правонарушения основана на постановлении правительства Самарской области "Об установлении особого противопожарного режима на территории Самарской области" от 16 декабря 2009 г. № 650³, в соответствии с п. 1 которого на территории Самарской области с 16 декабря по 15 января 2009 г. введен особый противопожарный режим. В соответствии со ст. 30 федерального закона "О пожарной безопасности" от 21 декабря 1994 г. № 69-ФЗ особый противопожарный режим вводится в случае повышения пожарной опасности, на период его действия устанавливаются дополнитель-

ные требования пожарной безопасности, предусмотренные нормативными правовыми документами по пожарной безопасности.

При общем усилении противопожарного режима было бы логичным предположить, что ч. 2 ст. 20.4 КоАП РФ, содержащая квалифицирующий состав правонарушения, должна эффективно способствовать устранению выявленных нарушений, ведь само по себе наказание не снимает ответственности по приведению зданий и сооружений в состояние, отвечающее требованиям безопасности. Вместе с тем ч. 2 ст. 20.4 предусматривает лишь повышенный денежный штраф, тогда как ч. 1 и вовсе не предусматривает административного приостановления деятельности заведения. Таким образом, по итогам проверок, проводимых в период действия особого противопожарного режима, прокуратура и органы государственного пожарного надзора были лишены возможности приостановить деятельность тех заведений, в которых присутствовали нарушения.

В результате проверки руководители клубов были оштрафованы, но деятельность клубов, имеющих существенные нарушения правил пожарной безопасности, не была приостановлена, массовые новогодние мероприятия отменены не были и проходили в зданиях, не соответствующих требованиям пожарной безопасности. При этом юридическая возможность приостановить деятельность клубов, т.е. закрыть их до устранения нарушений, отсутствовала.

Рассмотренная ситуация позволяет предложить законодательным органам рассмотреть вопрос о дополнении санкции ч. 2 ст. 20.4 КоАП РФ таким видом наказания, как административное приостановление деятельности.

¹ О пожарной безопасности : федер. закон Рос. Федерации от 21 дек. 1994 г. №69-ФЗ : принят Гос. Думой Федер. Собр. Рос. Федерации 18 ноября 1994 г. // Рос. газ. 1995. 5 янв.

² В соответствии с п. 1 норм пожарной безопасности "Перечень зданий, сооружений, помещений и оборудования, подлежащих защите автоматическими установками пожаротушения и автоматической пожарной сигнализацией" (НПБ 110-03), утвержденных приказом МЧС РФ от 18 июня 2003 г. № 315, настоящие нормы устанавливают основные требования пожарной безопасности, регламентирующие защиту зданий, сооружений, помещений и оборудования на всех этапах их создания и эксплуатации автоматическими установками пожаротушения (АУПТ) и автоматическими установками пожарной сигнализации.

³ Волжская коммуна. 2009. № 468 (17 дек.).

МЕТОДИКА ПРОВЕДЕНИЯ АУДИТА ФАКТОРИНГОВЫХ ОПЕРАЦИЙ

© 2010 Р. Б. Семенихин

Московский государственный университет экономики, статистики
и информатики (МЭСИ)

E-mail: semromb@rambler.ru

Рассматриваются аудиторские процедуры, направленные на оценку системы внутреннего контроля, а также процедуры по существу, необходимые для проведения эффективного аудита факторинговых операций.

Ключевые слова: факторинг, методика аудита, процедуры по существу, оценка системы внутреннего контроля.

Наиболее трудоемкой задачей при аудите факторинговых компаний и фактор-банков является подтверждение достоверности значения “факторинговых требований”, т.е. дебиторской задолженности клиентов и их покупателей. Высокая транзакционность факторингового бизнеса определяет особенности проведения аудита, а именно использование как процедур по оценке системы внутреннего контроля (СВК), так и процедур по существу.

Предоставление факторингового финансирования представляет собой многоступенчатый процесс, как правило, включающий анализ потенциального клиента и его дебиторов различными подразделениями: департаментом по обслуживанию клиентов и управления рисками, факторинговым и юридическим департаментами, а также службой безопасности и факторинговым комитетом. Дальнейший мониторинг качества дебиторской задолженности также проводится указанными подразделениями. Следует отметить, что специфика российского факторингового бизнеса заключается в отсутствии у факторов единого подхода к анализу и оценке клиентов и их дебиторов. Каждый фактор, исходя из возможностей информационной системы, накопленной базы данных кредитных историй, вырабатывает свои подходы к процессу финансирования и дальнейшего мониторинга задолженности.

В рамках настоящей статьи предлагается набор процедур для проведения аудита факторинговых требований, а именно: программа тестирования средств внутреннего контроля (СВК) и программа процедур по существу. В рамках тестирования СВК аудитору необходимо понять действующие бизнес-процессы, идентифицировать возможные риски, описать утвержденные спосо-

бы контроля и оценить их эффективность. Процедуры по существу позволяют подтвердить заключения аудитора по оценке СВК и собрать дополнительные аудиторские доказательства для выражения своего мнения об учете и представлении в отчетности факторинговых требований и соответствующего резерва под обесценение.

Программа тестирования системы внутреннего контроля

Процесс. В компании утверждена кредитная политика, детально отражающая этапы предоставления факторингового финансирования. Ответственные сотрудники ознакомлены с данной политикой.

Описание контроля. Факторинговый комитет (правление) ежегодно пересматривает кредитную политику, которая утверждается генеральным директором.

Аудиторские процедуры:

- проверка протоколов заседаний факторингового комитета (правления);
- проверка наличия приказа об утверждении политики;
- проверка наличия подписей руководителей соответствующих подразделений об ознакомлении с кредитной политикой;
- изучение кредитной политики и ее соответствия масштабам и целям деятельности фактора;
- проверка соответствия должностных инструкций утвержденной кредитной политике.

Процесс. Сотрудники департамента по обслуживанию клиентов собирают необходимую информацию о клиенте и его дебиторах и проводят предварительный анализ.

Описание контроля. Руководитель департамента по обслуживанию клиентов проверяет полноту и качество проведенного анализа.

Аудиторские процедуры:

- проверка соответствия представленных клиентом документов утвержденному списку (например, учредительные документы, финансовая отчетность, бизнес-планы, выписки по расчетным счетам);

- изучение заключений департамента по обслуживанию клиентов;

- проверка наличия подписи на заключении руководителя департамента по обслуживанию клиентов;

- проверка отчета о проверке по собственным базам данных.

Процесс. Проверка клиента и его дебиторов службой безопасности.

Описание контроля. Руководитель службы безопасности утверждает отчет, подготовленный сотрудниками службы безопасности.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия отчета службы безопасности относительно деятельности компании, а также ее руководителей;

- проверка наличия подписи на отчете руководителя службы безопасности.

Процесс. Проверка клиента и его дебиторов юридическим департаментом.

Описание контроля. Руководитель юридического департамента утверждает отчет, подготовленный сотрудниками департамента.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия заключения юридической службы по следующим вопросам:

проверка наличия подписи на заключении руководителя юридического департамента;

изучение учредительных документов;

- запросы в Бюро кредитных историй;

- одобрение изменений, вносимых в стандартный договор на факторинговое обслуживание;

- проверка действительности предоставленных документов.

Процесс. Изучение возможности финансирования клиента факторинговым департаментом, в том числе с использованием скоринговой модели.

Описание контроля. Руководитель факторингового департамента проверяет полноту проведенного анализа, утверждает заключение или одобряет финансирование в рамках утвержденного лимита.

Аудиторские процедуры:

- изучение заключения факторингового департамента;

- проверка наличия на заключении подписи руководителя факторингового департамента;

- проверка учета в заключении факторингового департамента мнения службы безопасности и юридического департамента;

- изучение основных принципов работы скоринговой модели;

- тестирование скоринговой модели;

- проверка наличия отчета по результатам скоринговой оценки;

- проверка соответствия одобренных сумм финансирования утвержденным лимитам.

Процесс. Одобрение заявки на финансирование департаментом управления рисками.

Описание контроля. Руководитель департамента управления рисками утверждает подготовленное заключение о финансировании или передаче его для дальнейшего рассмотрения факторинговым комитетом.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия заключения департамента управления рисками;

- проверка наличия на заключении подписи руководителя департамента управления рисками;

- проверка наличия аналитического отчета о финансовом положении клиента, включая расчет различных коэффициентов, а также оценку перспектив развития клиента (дебитора);

- проверка решения о присвоении рейтинга клиенту (в соответствии с внутренней методикой);

- проверка соответствия одобренных сумм финансирования утвержденным лимитам;

- проверка решения об определении уровня резерва под обесценение.

Процесс. Одобрение заявки факторинговым комитетом.

Описание контроля. Факторинговый комитет принимает решение о финансировании.

Аудиторские процедуры:

- изучение протоколов факторингового комитета;

- определение глубины анализа, проводимого членами факторингового комитета;

- проверка наличия подписей членов факторингового комитета на заключении.

Процесс. Подготовка необходимой документации факторинговым департаментом и подписание договора.

Описание контроля. Руководители юридического, факторингового департаментов и депар-

тамента управления рисками, а также руководитель (заместитель руководителя) организации утверждают договор.

Аудиторские процедуры:

- изучение соответствия заключений юридического и факторингового департаментов, департамента управления рисками и факторингового комитета положениям договора;

- проверка наличия необходимых подписей.

Процесс. Осуществление финансирования и отражение операций на счетах бухгалтерского учета.

Описание контроля. Финансовый контролер проверяет соответствие предоставленного финансирования условиям факторингового договора и правильность отражения на счетах.

Аудиторские процедуры:

- изучение процесса контроля за осуществлением финансирования;

- проверка информационной системы в отношении автоматического отслеживания соблюдения установленных лимитов;

- сверка данных заключения департамента рисков (факторингового комитета), подписанных договоров и данных бухгалтерского учета;

- проверка наличия и порядка хранения первичной документации;

- проверка соответствия отражения операций положениям учетной политики.

Процесс. Утверждение политики создания оценочных резервов, соответствующей положениям российского законодательства и МСФО и детально определяющей методику создания резерва.

Описание контроля. Руководитель департамента управления рисками (правление) осуществляет надзор за соответствием внутренних положений требованиям законодательства.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия приказа об утверждении политики;

- проверка наличия подписей руководителей соответствующих подразделений об ознакомлении с политикой;

- изучение политики создания оценочных резервов и ее соответствия российским нормативным актам, а также МСФО.

Процесс. Постоянный мониторинг качества обслуживания задолженности.

Описание контроля. Руководитель департамента обслуживания клиентов на системати-

ческой основе изучает отчеты о просроченной задолженности.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия отчетов (ежедневных/ежемесячных/ежеквартальных) о непогашенной дебиторской задолженности;

- проверка наличия подписи на отчетах руководителя департамента по обслуживанию клиентов;

- проверка своевременности подготовки данных отчетов;

- проверка полноты данных отчетов;

- проверка наличия актов сверки с клиентами (дебиторами) о непогашенной задолженности и изучение причин расхождений.

Процесс. Мониторинг финансового состояния заемщика на основе отчетности, а также внешних источников.

Описание контроля. Руководитель департамента управления рисками утверждает отчеты, подготовленные сотрудниками департамента.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия финансовой отчетности клиента (дебиторов);

- проверка наличия заключения о деятельности клиента (дебитора) из внешних источников (газеты, журналы, Интернет);

- проверка наличия отчетов, предоставляемых факторинговому комитету для ознакомления с текущей ситуацией, и их качества;

- проверка наличия отчетов по оборотам по текущим счетам.

Процесс. Определение уровня резерва в соответствии с российскими стандартами бухгалтерского учета и МСФО.

Описание контроля. Руководители департамента управления рисками и факторингового департамента отслеживают правильность определения оценочного резерва. Руководитель фактора утверждает расчет.

Аудиторские процедуры:

- проверка наличия мотивированных суждений, подписанных исполнителем и руководителями;

- изучение основных предположений руководства фактора, используемых при определении значения оценочного резерва;

- изучение процедуры утверждения уровня оценочного резерва;

- проверка факта ознакомления соответствующих руководителей (членов факторингового комитета) с расчетом уровня оценочного резерва.

Процесс. Осуществление профессиональной переподготовки ответственных исполнителей и руководителей соответствующих подразделений.

Описание контроля. Руководитель отдела управления персоналом (руководитель организации) утверждает планы обучения.

Аудиторские процедуры:

- изучение опыта и квалификации ответственных исполнителей и руководителей соответствующих подразделений;
- проверка отчетов о посещении сотрудниками курсов переподготовки, семинаров и т.д.;
- проверка наличия утвержденных планов обучения и их выполнения.

Программа процедур по существу для проверки факторинговых требований и уровня оценочного резерва

Проверка полноты предоставленного реестра факторинговых требований:

- получить от аудируемого лица реестр факторинговых требований и созданного резерва под их обесценение;
- проверить соответствие предоставленной информации счетам синтетического учета и соответствующим остаткам по 1 форме (компания) или 101 форме (банк);
- проверить математическую точность.

Качественное изучение портфеля факторинговых требований:

- сравнить размер факторингового портфеля и уровня оценочного резерва с предыдущими периодами и понять причину изменений;
- изучить структуру портфеля требований и ее изменения по сравнению с прошлыми отчетными периодами (отрасль, размер клиентов (дебиторов), регионы);
- проверить соответствие заявлений руководства, наблюдений аудитора и общей рыночной ситуации изменениям в факторинговом портфеле;
- соотнести изменение портфеля требований с изменениями в кредитной политике;
- определить разбивку требований по дням просрочки, сравнить с данными прошлого периода, определить причины улучшения (ухудшения) платежной дисциплины контрагентов;
- сопоставить показатели фактора со среднеотраслевыми значениями и показателями контрагентов.

Проверка классификации клиентов (дебиторов), оцениваемых фактором на индивидуальной основе:

- провести выборку (выборка 1) клиентов (дебиторов) для детального тестирования;
- включить в выборку всех клиентов (дебиторов) с суммой задолженности выше уровня существенности, а также связанные стороны, клиентов с нерыночными условиями обслуживания (завышенные/заниженные тарифы) и выбранных случайным образом;
- проверить классификацию задолженности (например, в соответствии с 254-П (стандартная, нестандартная, сомнительная, проблемная, безнадежная) или с утвержденной внутренней методологией) на основании изучения досье клиента, в том числе финансового положения и обслуживания долга.

Проверка расчета оценочного резерва по клиентам (дебиторам), оцениваемым на совокупной основе:

- получить от фактора расшифровку портфелей однородных ссуд и провести анализ на соответствие требованиям нормативных актов, а также внутренней методике;
- изучить методику расчета уровня оценочного резерва и сверить ее с методикой, используемой в предыдущие периоды; понять причины изменений и оценить их разумность;
- в случае использования миграционных моделей произвести выборку (выборка 2) с целью проверки правильности распределения требования по просрочке.

Подтверждение существования и точности отражения в учете факторинговых требований:

- сделать выборку (выборка 3) и отправить письма клиентам (дебиторам) с просьбой подтвердить сумму задолженности и условия оплаты;
- в случае неполучения ответа провести альтернативные процедуры. Запросить у аудируемого лица договор на факторинговое обслуживание и соответствующие счета-фактуры, накладные, акты сверки и т.д.;
- подтвердить соответствие данных из реестра требований полученным письмам или первичной документацией.

Проверить правильность отражения на счетах бухгалтерского учета и в финансовой отчетности:

на основании выборочных исследований (выборка 1 и 2) проверить правильность отражения на счетах бухгалтерского учета и его соответствие учетной политике и действующему порядку ведения бухгалтерского учета.

Проверка правильности расчета уровня оценочного резерва по проблемной задолженности:

- получить от фактора список сомнительной и безнадежной к взысканию задолженности;
- понять основные причины неисполнения обязательств контрагентами;
- проверить соответствие расчета нормативным документам и внутренней методике;
- рассмотреть на разумность используемых при расчете допущений;
- проверить математический расчет будущих дисконтированных денежных потоков;
- подтвердить разумность используемой ставки дисконтирования при расчете будущих дисконтированных денежных потоков.

Проверка достаточности уровня созданного оценочного резерва:

- получить список всех просроченных на отчетную дату требований. Если по данным клиентам (дебиторам) резерв под обесценение не создавался, обсудить необходимость его создания;
- обсудить с ответственными лицами (руководством фактора) вероятность и возможные сроки погашения просроченной задолженности;
- получить список требований, исполнение которых ожидается после отчетной даты (например, в течение одного-двух месяцев) и проверить их погашение. В случае неисполнения дебитором (клиентом) своих обязательств рассмотреть не-

обходимость досоздания резерва по ним на отчетную дату;

- получить от фактора список клиентов (дебиторов), оспаривающих свои обязательства в судебном порядке. Обсудить с руководителем юридического департамента возможные исходы судебных разбирательств. Рассмотреть необходимость досоздания резерва;

- изучить динамику списаний безнадежной задолженности, определить достаточность оснований для списания и порядок списания.

Проверка достаточности необходимых раскрытий в финансовой отчетности:

- сверить информацию, представленную в раскрытиях, со значениями главной книги и полученными реестрами требований;
- проверить математическую точность раскрытий;
- проверить достаточность представленных раскрытий требованиям российского законодательства и МСФО.

1. Федеральные стандарты аудиторской деятельности, утвержденные постановлением Правительства Российской Федерации от 23 сентября 2002 г. № 696 с последующими изменениями и дополнениями. URL: <http://www.uba.ru>.

2. *Аренс А., Лоббек Дж.* Аудит : пер. с англ. / под ред. Я. В. Соколова. М., 1995.

3. Аудит / под ред. Я. В. Соколова. М., 2009.

4. Аудит / под ред. В. И. Подольского. М., 2008.

5. *Ковалев П. П.* Банковский риск-менеджмент. М., 2009.

6. *Рыхтикова Н. А.* Анализ и управление рисками организации : учеб. пособие. М., 2009.

7. *Тютюрюков В. Н.* Международные стандарты аудита. М., 2009.

Поступила в редакцию 04.05.2010 г.

ANNOTATIONS TO THE ARTICLES

Law and Economics Issues. 2010. № 6

INVESTMENT AND INNOVATION MECHANISM FOR ENHANCING THE COMPETITIVENESS OF THE RUSSIAN ECONOMY AND THE REFLECTION

© 2010 N. Nikitina

In this article I cover basic tendencies, that increase competitiveness of the Russian economy, bring up the question of the mobilization of investment, briefly cover the measures for the creation of favourable investment climate and research normative legal documents that cover this question.

Keywords: competitiveness, foreign investment, innovation, favourable investment climate, investment law.

LEGAL STATUS OF THE FEDERAL LABOUR INSPECTION IN THE SPHERE OF PROTECTION OF LABOUR RIGHTS

© 2010 S. Tsarev

Examines the problem of the legal status of discussion on federal labour inspection. Are specific to the body of the Federation, human rights and jurisdiction. Makes the case for exclusion jurisdiction from the jurisdiction of the Federal Labour Inspectorate.

Keywords: labour inspection, administrative liability, jurisdiction, control, supervision, human.

THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL MECHANISMS FOR PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS OF CITIZENS

© 2010 T. Goriounova

The current problems of the legal provisions of the Constitution of the Russian Federation are analysed with regard to protection of property rights of citizens. The measures are proposed to improve constitutional and legal mechanisms.

Keywords: protection of property rights, the Constitution of the Russian Federation, constitutional and legal mechanisms.

**NEW CONDITIONS OF RECEPTION OF PAYMENTS FOR INDIVIDUALS AND
IMPROVEMENT OF THE LEGAL BASIS FOR SUCH ACTIVITIES: OVERVIEW**

© 2010 T. Kastornova, O. Strelkova

Discusses legislative conditions for the admission of payment by cash payments of individuals in favor of third parties.

Keywords: paying agent, reception of payments, cash machines, insurance coverage, premium, insurance brokers and insurance agents liability for failure to fulfil treaty obligations.

**THE LAWYER AS THE SUBJECT OF THE FINANCIAL MONITORING. APPLICATION
OF THE RISK-BASED APPROACH ON ELIMINATION OF MONEY LAUNDERING
OF ILLEGAL INCOME FOR LEGAL PROFESSIONALS**

© 2010 A. Shashkova

The present article is dedicated to the lawyer's role as a subject of the risk-based approach on elimination of money-laundering of illegal income.

Keywords: money-laundering, illegal income, lawyer, legal professional, risk-based approach.

IDEA AND SUBSTANCE OF THE ADMINISTRATIVE SUPERVISION OF HYGIENE

© 2010 T. Aliev, L. Melegik

Examines the supervisory powers of the Federal service on protection of consumers rights and wellbeing.

Keywords: control, administrative oversight, federal services, sanitary-epidemiological safety of population, public administration.

**THE APPLICATION OF ARTICLE 20.4 CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION
ON ADMINISTRATIVE OFFENCES**

© 2010 V. Loshkarev

Examines some problems regarding the achievement of the existing provisions of administrative law in Russia, makes proposals for improving the law and practice.

Keywords: fire safety, administrative offence of public order, administrative suspension of activity.

AUDIT METHODOLOGY OF FACTORING OPERATIONS

© 2010 R. Semenikhin

The article considers audit procedures aimed at evaluation of internal controls and list of substantive procedures for the purpose of organizing of efficient audit of factoring receivables.

Keywords: factoring, audit methodology, substantive procedures, evaluation of internal control system.