

# Российская правовая действительность: взгляд иностранного юриста<sup>1</sup>

**17 ноября Британско-Российской юридической ассоциацией был проведен семинар на тему «Регулирование юридической профессии в России – предложения по изменению». Автор статьи выступил на этом семинаре с презентацией юридической деятельности в России с позиции иностранного юриста. Подготовка презентации заставила его вспомнить десятилетие, прошедшее с начала его работы в Санкт-Петербургском офисе *Salans* в 2000 г. По его признанию, за это время российская юридическая система достигла гораздо большего, нежели он мог ожидать. Огромный прогресс наблюдается в формировании ключевых блоков гражданского и коммерческого законодательства, а также в развитии системы юридического образования. Несмотря на то, что Россия по-прежнему остается частью континентальной правовой системы, роль прецедента в обеспечении принятия последовательных судебных решений становится все более важной**



Глен С. Колини  
партнер *Salans*,  
(Москва и Санкт-Петербург)

**П**родолжать развивать и реформировать правовую систему, разумеется, необходимо, однако еще важнее реализовать на практике уже осуществленные реформы, а также обеспечить законность и верховенство права. К сожалению, Россия не выполнила своих обещаний по созданию демократической рыночной экономики. Последнее время в стране все чаще происходят притеснения журналистов и подавление несогласных наряду с развитием коррупции в немыслимых масштабах.

Постоянный представитель Международного валютного фонда в России господин Одд Пер Брекка<sup>2</sup> объясняет, почему правовая система имеет такое важное значение для развития российской экономики: «Отечественные и зарубежные инвесторы, в привлечении которых заинтересована Россия, — это те инвесторы, которые стремятся к стабильности и предсказуемости, позволяющим вступать в долгосрочные обязательства. Именно поэтому столь важное значение приобретают инсти-

туты и механизмы стабильной экономической политики. Экономисты соотносят данные понятия с широким кругом органов власти и законодательством, действующими в сфере корпоративного управления, снижения коррупции, социальной защиты и продуманной кредитно-денежной и бюджетной политики. Не менее важным является и поведение на практике тех, кто стоит во главе, иными словами — реализация. Все это особенно актуально в связи с тем, что структура российской политики по-прежнему главным образом остается в развивающемся состоянии, несмотря на то, что уже прошло 20 лет с момента перехода страны к рыночной экономике».

Не секрет, что определенные аспекты российской правовой действительности вызывают у иностранных инвесторов серьезные опасения. В статье затронуты лишь некоторые из та-

<sup>1</sup> Автор выражает юристу *Salans* (Санкт-Петербург) Ксении Брук благодарность за помощь в подготовке данной статьи.

<sup>2</sup> *An Investor's Wish List/The Moscow Times*. 12.11.2010.

ких аспектов с учетом того, что цель ее написания — не исчерпывающий обзор российских правовых реформ, а, скорее, попытка выявить ключевые особенности и тенденции развития российского законодательства и правоприменительной практики после образования РА и до настоящего времени.

### Развитие российского законодательства

В связи с распадом СССР возникла необходимость создания совершенно новой законодательной базы для РФ. Советские законы продолжали использоваться на временной основе (некоторые из них применяются до сих пор), но они не соответствовали реалиям вновь созданного государства. Переход к рыночной экономике, открытие доступа для иностранного капитала требовали принятия соответствующих законодательных актов. За 20 лет, прошедших с момента образования нового государства, в РФ были приняты все ключевые нормативно-правовые акты.

За указанный период был осуществлен переход от принципа советского гражданско-правового регулирования «разрешено только то, что прямо разрешено» к принципу «разрешено все то, что прямо не запрещено». Однако действие этого важнейшего принципа было подорвано доктриной, сформулированной в ходе налогового судебного разбирательства по делу ЮКОСа: налоговое планирование, направленное на минимизацию налогов, является незаконным, даже если при этом законодательство формально не нарушается. Более того, оказалось, что дан-

ная доктрина имеет преимущественную силу над иными признанными общеправовыми принципами, например такими, как исковая давность.

**На взгляд иностранного юриста и инвестора, российская действительность, а именно действующее законодательство и правоприменительная практика, являются небезупречными и нуждаются в дальнейшем развитии.**

Одни отрасли российского законодательства были либерализованы достаточно быстро, в отношении других этот процесс занял значительно более длительное время. В сфере законодательства о создании совместных предприятий с иностранными инвестициями первыми нормативно-правовыми актами стали постановления Совмина СССР от 13 января 1987 г. № 48<sup>3</sup> и № 49<sup>4</sup>, принятые еще в советское время. Постановление Совмина СССР от 2 декабря 1988 № 1405<sup>5</sup> предусматривало, что правом непосредственного осуществления экспортно-импортных операций наделяются все предприятия, продукция которых обладает конкурентоспособностью на внешнем рынке. Указанным постановлением также были отменены ограничения на размеры долей иностранных участников в уставном фонде совместного предприятия — ранее такое участие не должно

было превышать 49%. На практике процедура регистрации совместных предприятий была очень обременительна и предусматривала получение разрешений от большого количества федеральных ведомств и министерств.

Либерализация валютного законодательства заняла значительно больше времени. Процесс шел поэтапно и растянулся более чем на 10 лет. Основную часть ограничений на осуществление валютных операций между резидентами и нерезидентами РФ сняли лишь в 2006 г., отменив требования об обязательном резервировании при осуществлении валютных операций и об использовании специального счета.

### Положительные аспекты и тенденции развития российского законодательства и правоприменительной практики

Формирование нормативно-правовой базы на федеральном, региональном и местном уровнях всего за 20 лет — несомненно, беспрецедентное достижение. Несмотря на существование некоторых проблем, в последние годы ряд важнейших юридических вопросов положительно решен российскими законотворцами.

### Соглашения акционеров

Одним из важнейших положительных моментов представляется недавнее законодательное разрешение заключения соглашений акционеров (участников). Ни один крупный про-

| Нормативно-правовые акты   | Дата вступления в силу              |
|--|-------------------------------------|
| Закон о конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках (утратил силу) | 18 апреля 1991 г.                   |
| Закон о несостоятельности (банкротстве) предприятий (утратил силу)                                 | 1 марта 1993 г.                     |
| Гражданский кодекс РФ, ч. I—IV   | 1 января 1995 г. — 1 января 2008 г. |
| Закон об акционерных обществах   | 1 января 1996 г.                    |
| Закон об обществах с ограниченной ответственностью   | 1 марта 1998 г.                     |
| Налоговый кодекс, ч. I—II  | 1 января 1999 г. — 1 января 2001 г. |
| Земельный кодекс РФ  | 30 октября 2001 г.                  |
| Закон о несостоятельности (банкротстве) (новый)  | 3 декабря 2002 г.                   |
| Закон о защите конкуренции (новый)   | 26 октября 2006 г.                  |

<sup>3</sup> Постановление Совмина СССР от 13.01.1987 № 48 «О порядке создания на территории СССР и деятельности совместных предприятий, международных объединений и организаций СССР и других стран — членов СЭВ».

<sup>4</sup> Постановление Совмина СССР от 13.01.1987 № 49 «О порядке создания на территории СССР и деятельности совместных предприятий с участием советских организаций и фирм капиталистических и развивающихся стран».

<sup>5</sup> Постановление Совмина СССР от 02.12.1988 № 1405 «О дальнейшем развитии внешнеэкономической деятельности государственных, кооперативных и иных общественных предприятий, объединений и организаций».

ект с участием иностранных инвесторов не может обойтись без использования таких соглашений независимо от того, какой пакет акций (миноритарный или контрольный) приобретает иностранный инвестор. Вместе с тем возможность заключения обязывающего акционерного соглашения в России до недавнего времени считалась спорной, и на практике невозможно было принудительно исполнить ряд ключевых положений.

Несмотря на то, что заключение соглашений акционеров практикуется достаточно давно, в середине 2000-х гг. российские суды заняли в основном отрицательную позицию по поводу заключения акционерных соглашений<sup>5</sup>. Это не удивительно, поскольку российское корпоративное законодательство во многом заимствовано у Нидерландов, где соглашения акционеров по большей части также не могут быть принудительно исполнены. Российский законодатель изменил эту негативную практику с целью привлечения инвесторов, особенно иностранных. Так, Федеральным законом от 3 июня 2009 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах” и статью 30 Федерального закона “О рынке ценных бумаг”» была прямо предусмотрена возможность заключения соглашений акционеров в акционерных обществах.

Немногом ранее, в конце 2008 г., в Федеральный закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» были внесены изменения, предусматривающие возможность заключения договора об осуществлении прав участников общества. Такие договоры аналогичны соглашениям акционеров и отличаются лишь тем, что заключаются участниками обществ с ограниченной ответственностью. Соглашения акционеров и договоры об осуществлении прав участников включают обязательства акционеров (участников) голосовать определенным образом и согласованно осуществлять иные действия, а также продавать акции (доли) по определенной цене и (или) при наступлении определенных условий. Значение таких изменений для иностранных инвесторов трудно переоценить. При этом

стоит отметить, что схожая проблема до сих пор существует в законодательстве некоторых европейских государств (например, тех же Нидерландов, Франции).

#### *Изменение роли судебного прецедента*

Отмечая положительные аспекты российской правовой действительности, нельзя обойти стороной усиливающуюся роль прецедента в российском праве. Россия — страна континентальной правовой системы, в которой решения судов не являются источником права, при рассмотрении дел решения вышестоящих судов учитываются нижестоящими судами. Конституционный суд РФ прямо наделен правом толкования Конституции РФ.

**Несмотря на то, что заключение соглашений акционеров практикуется достаточно давно, в середине 2000-х гг. российские суды заняли в основном отрицательную позицию по поводу заключения акционерных соглашений<sup>6</sup>. Это не удивительно, поскольку российское корпоративное законодательство во многом заимствовано у Нидерландов, где соглашения акционеров по большей части также не могут быть принудительно исполнены.**

Роль судебного прецедента существенно возросла после вступления в силу в 2002 г. Арбитражного процессуального кодекса РФ, которым было предусмотрено такое основание для пересмотра судебного акта в порядке надзора, как нарушение судебным актом единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права. В 2008 г. Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ принял постановление № 14<sup>7</sup>, установившее, что по вновь открывшимся обстоятельствам

может быть пересмотрен судебный акт, основанный на положениях законодательства, практика применения которых была определена после его принятия постановлением Пленума ВАС РФ или Президиума ВАС РФ. Постановление № 14 дало повод для широкого общественного обсуждения фактического формирования в России прецедентного права.

Еще более знаковое решение, подтвердившее роль и значение прецедента в российском праве, было принято почти год назад Конституционным Судом РФ. Так, постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П<sup>8</sup> подтвердило, что ВАС РФ вправе давать на основе обобщения судебной практики абстрактное толкование применяемым арбитражными судами нормам права и формировать соответствующие правовые позиции. Толкование закона высшими судебными органами фактически является обязательным для нижестоящих судов на будущее.

Кроме того, после вступления в силу решения Конституционного Суда РФ, выявляющего конституционно-правовой смысл определенной нормы, такая норма не должна толковаться каким-либо иным образом и применяться в каком-либо ином смысле. Согласно постановлению № 1-П должны быть внесены изменения в арбитражное процессуальное законодательство<sup>9</sup>, закрепляющие воз-

<sup>5</sup> Широко известно дело ОАО «Мегафон».

См. постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 31.03.2006 по делу № Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), № Ф04-2109/2005(15015-А75-11), № Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11).

<sup>7</sup> Постановление Пленума ВАС РФ от 14.02.2008 № 14 «О внесении дополнений в постановление Пленума ВАС РФ от 12.03.2007 № 17 “О применении Арбитражного процессуального кодекса РФ при пересмотре вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам”».

<sup>8</sup> Постановление КС РФ от 21.01.2010 № 1-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 170, пункта 1 статьи 311 и части 1 статьи 312 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами закрытого акционерного общества “Производственное объединение “Берег”, открытых акционерных обществ “Карболит”, “Завод “Микропровод” и “Научно-производственное предприятие “Респиратор”».

<sup>9</sup> Законопроект, вносящий соответствующие изменения в Арбитражный процессуальный кодекс РФ, был принят Государственной Думой РФ в третьем чтении 10 декабря 2010 г.

возможность пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта арбитражного суда, основанного на правовой норме, практика применения которой после вступления данного судебного акта в законную силу определена (изменена) постановлением Пленума ВАС РФ или ВАС РФ, вынесенным по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора с учетом сформировавшейся практики, в т. ч. исходя из правовых позиций, сформулированных Пленумом ВАС РФ. Соответственно есть все основания полагать, что Конституционным Судом прецедент фактически был легализован в качестве источника российского права.

#### *Проблемы российской правовой действительности*

Наряду с положительными тенденциями в развитии российской юридической практики имеются и насущные проблемы.

#### *Инвестиции в стратегические хозяйственные общества*

Так, Федеральный закон № 57-ФЗ<sup>10</sup>, несомненно, препятствует привлечению иностранных инвестиций в Россию. Причем это связано не только с тем, что непосредственной целью данного Закона является ограничение доступа иностранных инвесторов к российским компаниям, осуществляющим какие-либо из 42 стратегических видов деятельности. Причина заключается в обширности и неясности формулировок, зачастую не позволяющих потенциальным инвесторам точно определить, является или не является тот или иной вид деятельности (либо общество, осуществляющее такой вид деятельности) стратегическим в соответствии с указанным Законом.

#### *Проблемы правоприменительной практики*

Конечно, одним из наиболее проблемных аспектов российской правоприменительной практики является коррупция, но не менее значима и неудавшаяся попытка претворить в жизнь

принцип верховенства закона. В этой связи являются неутешительными преследование юриста Сергея Магнитского ради прикрытия масштабного хищения бюджетных средств и жестокое избиевание журналиста Олега Кашина как эпизод непрекращающегося террора свободной прессы.

**Постановление Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П подтвердило, что ВАС РФ вправе давать на основе обобщения судебной практики абстрактное толкование применяемым арбитражными судами нормам права и формировать соответствующие правовые позиции. Толкование закона высшими судебными органами фактически является обязательным для нижестоящих судов на будущее.**

Нельзя умалчивать и проблему криминализации российского общества. Жестокое убийство преступной группировкой в станице Куцевской 12 человек, включая малолетних детей, предположительно тесно связанное с местными властями, — шокирующий пример нарастающей криминализации российского общества. Именно этой проблеме была посвящена статья председателя Конституционного Суда Валерия Зорькина<sup>11</sup>. Он считает, что «проблема конституционной защиты личности, ее жизни и безопасности, а также ее собственности от бандинизма и коррупции носит неотменяемый и фундаментальный характер. Если... произойдет превращение государства из криминализованного в криминальное... [граждане] станут мечтать вовсе не о демократии, а о железной диктатуре, способной предложить хоть какую-то альтернативу криминальным джунглям... В условиях неснижающейся кримина-

лизации социально-экономической среды у граждан нашей страны исчезает главный стимул к любой здоровой предпринимательской, инновационной, социальной активности... Декриминализация социальной, экономической и политической жизни — сейчас наша главная задача в защите прав и свобод граждан, в утверждении конституционного правопорядка».

#### *Подводя итоги*

На взгляд иностранного юриста и инвестора, российская юридическая действительность, а именно действующее законодательство и правоприменительная практика, являются безупречными и нуждаются в дальнейшем развитии. Основными направлениями дальнейшего развития являются борьба с коррупцией на всех уровнях, дробление концернов и монополий, реальная поддержка малого и среднего бизнеса, дальнейшее совершенствование законодательства, уменьшение роли государства в экономике, защита прав инвесторов (как российских, так и иностранных).

Конечно, налицо стремительное движение вперед, сформирована если не в полной мере последовательная, то, во всяком случае, взаимосвязанная нормативно-правовая база. В частности, это сделано для привлечения иностранных инвесторов. Однако неспособность создать законную систему правоприменения и на практике воплотить в жизнь принцип верховенства закона в значительной мере нивелирует положительные аспекты. Хочется верить, что у России хватит сил и мудрости для того, чтобы вернуться на путь построения рыночной экономики на благо своих граждан, а также гарантировать фундаментальные человеческие права и свободы, охраняемые воплощенным в жизнь принципом верховенства закона.

*Мнение автора не обязательно совпадает с мнением фирмы*

<sup>10</sup> Федеральный закон от 29.04.2008 № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства».

<sup>11</sup> «Российская газета», федеральный выпуск № 5359 (280), 10.12.2010.