

Комментарии к гражданскому законодательству #Люсса

ИСПОЛНЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

комментарий к статьям 307–328 и 407–419
Гражданского кодекса РФ

Под редакцией А.Г. Карапетова

- А.О. Батищев
- А.А. Громов
- А.Г. Карапетов
- Д.В. Новак
- Е.А. Останина
- А.А. Павлов
- Е.Ю. Петров
- А.И. Савельев
- С.В. Сарбаш
- Р.У. Сулейманов


СТАТУТ


МИРОГОС

ИСПОЛНЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

КОММЕНТАРИЙ
К СТАТЬЯМ 307–328 и 407–419
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов

М-Логос
2022

УДК 347.42
ББК 67.404.200.6
И88

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов — д.ю.н.,
директор Юридического института «М-Логос»,
главный редактор журнала «Вестник экономического правосудия
Российской Федерации»

Серия комментариев к гражданскому законодательству #Глосса
(издается совместно с издательством «Статут»)

И88 **Исполнение и прекращение обязательства : комментарий к статьям 307–328 и 407–419 Гражданского кодекса Российской Федерации** [Электронное издание. Редакция 2.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. — Москва : М-Логос, 2022. — 1496 с. — (Комментарии к гражданскому законодательству #Глосса.)

ISBN 978-5-6047367-2-2

Настоящий комментарий написан с целью помочь юристам-практикам, судьям, ученым и студентам, интересующимся гражданским правом, сориентироваться в проблемных вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об исполнении и прекращении обязательства (ст. 307–328 и 407–419). На страницах книги подробно разбираются понятие обязательства, относительность обязательственной связи и противопоставимость обязательства третьим лицам, применение правил исполнения обязательства, а также правовой режим оснований прекращения обязательства (зачет, прощение долга, новация, отступное и др.). Авторы ставили себе задачу осветить максимальное число сложных и неоднозначных вопросов толкования и применения закрепленных в указанных статьях общих положений ГК РФ об обязательствах, отразить по возможности всю накопившуюся судебную практику применения этих статей высшими судами и в ряде случаев предложить оптимальные пути решения выявленных проблем и коллизий.

УДК 347.42
ББК 67.404.200.6

ISBN 978-5-6047367-2-2

© Коллектив авторов, 2022
© М-Логос, 2022

Уважаемые читатели!

Настоящая книга опубликована в электронной ее версии
в свободном доступе благодаря поддержке, которую оказали:

ALLEN & OVERY



ART DE LEX



БАРТОЛИУС
АДВОКАТСКОЕ БЮРО

BRYAN
CAVE
LEIGHTON PAISNER **BCLP**

K I A P

LATHAM
LATHAM & WATKINS

Linklaters

МЗС МОНАСТЫРСКИЙ
ЗЮБА
СТЕПАНОВ
& ПАРТНЕРЫ
Коллегия адвокатов

PB | PANIN
LEGAL | BAYRAMKULOV
& PARTNERS

П^g
pepeliaev group®



Российский
арбитражный
центр

при Российском
институте
современного
арбитража

| S B | Saveliev, Batanov
& P | & Partners

Sirota & Partners
LAW FIRM

**TOMASHEVSKAYA
& PARTNERS**

EXIORA
АДВОКАТСКОЕ БЮРО



Адвокатская фирма
«ЮСТИНА»

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

Батищев Алексей Олегович – магистр частного права, юрист *Allen & Overy Legal Services*:

– п. 3.10 комментария к статье 308 ГК РФ;

Громов Андрей Андреевич – к.ю.н., магистр частного права, доцент кафедры обязательственного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, доцент факультета права НИУ ВШЭ:

– комментарий к статье 308.3 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

Карапетов Артем Георгиевич – д.ю.н., директор Юридического института «М-Логос», главный редактор журнала «Вестник экономического правосудия Российской Федерации»:

– пункты 1–2.2.2, 2.2.4–3.5 комментария к статье 307 ГК РФ;

– комментарий к статье 307.1 ГК РФ;

– пункты 1–3.9.8, 3.11 комментария к статье 308 ГК РФ;

– комментарий к статье 308.3 ГК РФ в соавторстве с А.А. Громовым;

– пункт 1 комментария к статье 309 ГК РФ;

– комментарий к статьям 309.1–310 ГК РФ;

– комментарий к статье 313 ГК РФ в соавторстве с С.В. Сарбашом;

– комментарий к статье 314 ГК РФ;

– комментарий к статьям 315–317 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;

– комментарий к статье 317.1 ГК РФ;

– комментарий к статье 318 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;

– комментарий к статьям 327.1–328 ГК РФ;

– комментарий к статье 408 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;

– пункты 6 и 7 комментария к статье 409 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;

– пункт 2.1 комментария к статье 411 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;

– комментарий к статье 415 ГК РФ в соавторстве с А.А. Павловым;

– комментарий к статьям 416 и 417 ГК РФ;

– комментарий к статье 418 ГК РФ в соавторстве с Е.Ю. Петровым;

– комментарий к статье 419 ГК РФ в соавторстве с Д.В. Новаком;

Новак Денис Васильевич — к.ю.н., профессор кафедры обязательственного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, доцент факультета права НИУ ВШЭ:

— комментарий к статье 419 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

Останина Елена Александровна — к.ю.н., заведующая кафедрой гражданского права и процесса Института права Челябинского государственного университета:

— пункт 2.2.3 комментария к статье 307 ГК РФ.

Павлов Андрей Анатольевич — к.ю.н., доцент кафедры гражданского права юридического факультета СПбГУ:

— комментарий к статьям 308.1 и 308.2 ГК РФ;

— комментарий к статьям 311 и 312 ГК РФ;

— комментарий к статьям 315–317 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

— комментарий к статье 318 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

— комментарий к статьям 319–326 ГК РФ;

— комментарий к статье 407 ГК РФ;

— комментарий к статье 408 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

— пункты 1–5, 8–11 комментария к статье 409 ГК РФ;

— пункты 6 и 7 комментария к статье 409 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

— комментарий к статье 410 ГК РФ;

— пункты 1, 2.2–5.2 комментария к статье 411 ГК РФ;

— пункт 2.1 комментария к статье 411 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

— комментарий к статьям 412–414 ГК РФ;

— комментарий к статье 415 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

Петров Евгений Юрьевич — к.ю.н., ведущий научный сотрудник отдела семейного и наследственного законодательства Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ:

— комментарий к статье 418 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

Савельев Александр Иванович – к.ю.н., доцент факультета права НИУ ВШЭ, старший юрист компании «IBM Восточная Европа / Азия»: – п. 2 комментария к статье 309 ГК РФ;

Сарбаш Сергей Васильевич – д.ю.н., заслуженный юрист РФ: – комментарий к статье 313 ГК РФ в соавторстве с А.Г. Карапетовым;

Сулейманов Рашид Уралович – магистр частного права: – комментарий к статье 327 ГК РФ.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	47
Принятые сокращения	50

Подраздел 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

Глава 21. ПОНЯТИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Статья 307. Понятие обязательства	53
1. Понятие обязательства	53
1.1. Значение имущественного элемента в обязательстве	55
1.2. Обязательство в узком и широком смысле.....	59
1.2.1. <i>Обязательство как синоним обязанности</i>	59
1.2.2. <i>Обязательство как синоним комплекса договорных правоотношений</i>	60
1.2.3. <i>Обязательство и дополнительные права и обязанности</i>	61
1.2.4. <i>Обязательство и серия однородных предоставлений</i> ...	63
1.2.5. <i>Итог</i>	63
1.3. Право требования и возможность принуждения к исполнению обязанности в натуре	63
1.4. Долг и ответственность	64
1.4.1. <i>Регулятивное обязательство и средства защиты</i>	64
1.4.2. <i>Охранительное обязательство вне связи с обязательством регулятивным</i>	69
1.5. Отличие обязательства от обязанности лица совершить действие (бездействовать), являющейся условием возникновения у данного лица права требования или реализации того или иного права	71
1.6. Правомерность, осуществимость и определенность (определимость) предмета обязательства	72
1.6.1. <i>Правомерность</i>	72
1.6.2. <i>Осуществимость исполнения</i>	73
1.6.3. <i>Определенность (определимость)</i>	75
1.6.4. <i>Выпадение фактора, указанного в согласованном алгоритме определения содержания обязательства</i>	79
1.7. Субъектный состав	79

1.7.1.	<i>Возможно ли требование к самому себе?</i>	81
1.7.2.	<i>Возможно ли возникновение обязательства без фигуры кредитора или должника?</i>	82
1.7.3.	<i>Возможно ли существование обязательства после смерти должника или кредитора?</i>	84
1.7.4.	<i>Возможно ли существование обязательства после ликвидации организации, являвшейся стороной обязательства?</i>	86
1.8.	<i>Animus obligandi</i>	86
1.9.	Обязательство как правовая связь и феномен натурального обязательства	88
1.10.	Позитивные и негативные обязательства.....	94
1.10.1.	<i>Позитивное обязательство</i>	94
1.10.2.	<i>Негативное обязательство</i>	95
1.10.3.	<i>Отличие негативного обязательства от смежных институтов</i>	97
1.10.4.	<i>Пределы свободы согласования негативного обязательства</i>	99
1.10.5.	<i>Возможно ли обязательство претерпевать?</i>	100
1.11.	Отличие обязательственного права от вторичного права.....	102
1.12.	Обязательства, опосредующие предоставление, и иные виды обязательств	104
1.12.1.	<i>Обязательства, исполнение которых опосредует осуществление предоставления</i>	104
1.12.2.	<i>Организационные обязательства, не опосредующие непосредственное удовлетворение кредитора</i>	107
1.12.3.	<i>Вопрос об обязательстве воздерживаться от посягательств на абсолютные права в ходе исполнения договора</i>	109
1.13.	Кредиторские обязанности	113
1.14.	Заверения об обстоятельствах.....	114
1.15.	Гарантии в отношении качественных характеристик договорного предоставления.....	118
1.15.1.	<i>Гарантии в отношении характеристик предоставления, осуществляемого путем исполнения обязательства</i>	118
1.15.2.	<i>Гарантии в отношении качественных характеристик договорного предоставления, осуществляемого не в форме исполнения обязательства</i>	122

1.16. Обязательство обеспечить тот или иной результат по итогам совершения тех или иных действий или бездействия	125
1.17. Возможно ли обязательство обеспечить наступление того или иного обстоятельства, не зависящего от поведения должника в принципе?	133
1.18. Реальное обязательство	138
1.18.1. <i>Реальное обязательство, сопровождающее предоставление ограниченного вещного права, иного производного абсолютного права или права залога</i>	141
1.18.2. <i>Автономное реальное обязательство</i>	145
1.18.3. <i>Объем переходящих прав и долгов</i>	147
1.18.4. <i>Отличие реального обязательства от смежных явлений</i>	148
1.18.5. <i>Публичность обременения актива реальным обязательством</i>	150
1.18.6. <i>Возможная альтернатива в виде договорного условия об обязанности обеспечить согласие приобретателя принять на себя долги по исходному договору</i>	151
1.19. Право использования объекта чужого абсолютного права	152
1.20. Обязательство и ограниченное вещное право	160
1.20.1. <i>Понимание ограниченного вещного права как следующего за правом собственности на вещь его обременения</i>	161
1.20.2. <i>Узкое понимание: ограниченное вещное право как производное абсолютное право в отношении вещи</i>	165
1.20.3. <i>Некоторые выводы</i>	167
2. Основания возникновения обязательства	169
2.1. Непосредственные основания возникновения обязательства	171
2.1.1. <i>Договор</i>	172
2.1.2. <i>Односторонняя сделка или иное одностороннее волеизъявление</i>	173
2.1.3. <i>Решение собрания</i>	174
2.1.4. <i>Действие в чужом интересе без поручения</i>	175
2.1.5. <i>Причинение вреда</i>	175
2.1.6. <i>Неосновательное обогащение, реституция и возврат полученного при расторжении договора</i>	176
2.1.7. <i>Акт государственного или муниципального органа</i>	177

2.1.8.	<i>Комбинация оснований</i>	177
2.2.	Спорные случаи.....	178
2.2.1.	<i>Преддоговорные обязанности</i>	181
2.2.2.	<i>Корпоративные правоотношения</i>	182
2.2.3.	<i>Обязательства в сфере семейных отношений, отношений опеки и суррогатного материнства</i>	182
2.2.4.	<i>Отношения между сособственниками и собственниками помещений многоквартирного дома. Соседские правоотношения</i>	189
2.2.5.	<i>Обязанности пристава-исполнителя обеспечить сохранность имущества должника</i>	191
2.3.	Активная стадия защиты вещного права.....	193
2.4.	Роль судебного решения как источника возникновения обязательства.....	195
3.	Добросовестность в обязательственном праве	196
3.1.	Добросовестность на стадии установления обязательства.....	197
3.2.	Добросовестность на стадии исполнения обязательства.....	199
3.3.	Добросовестность на стадии после прекращения обязательства.....	200
3.4.	Злоупотребление правом как ограничитель свободы его осуществления.....	201
3.5.	Добрая совесть и судебное правотворчество.....	202
Статья 307.1. Применение общих положений об обязательствах		
211		
1.	Применение общих положений об обязательствах к договорным правоотношениям	211
1.1.	Возможны ли исключения?.....	214
1.2.	Подзаконные правовые акты.....	215
1.3.	Возможность не применить общие положения об обязательствах в отношении отдельных видов договорных обязательств при отсутствии прямой коллизии норм.....	217
2.	Применение общих правил обязательственного права к деликтным и кондикционным обязательствам	219
3.	Применение общих правил обязательственного права к реституционным и корпоративным обязательствам	220
3.1.	Реституция по недействительной сделке.....	220
3.2.	Корпоративные обязательства.....	223

Статья 308. Стороны обязательства	235
1. Субъектный состав обязательственного правоотношения	235
1.1. Независимость судьбы требования кредитора к разным лицам, выступающим на стороне должника в обязательстве	236
1.1.1. <i>Течение исковой давности и вопросы недействительности участия одного из содолжников (сокредиторов) в совместном обязательстве</i>	238
2. Двусторонне обязывающий договор	240
3. Относительность обязательственной связи и исключения из данного правила	242
3.1. Императивность	244
3.2. Исключения из принципа относительности: вводные замечания	245
3.3. Непосредственное возложение договорной обязанности на третье лицо, не участвующее в договоре	246
3.4. Воздействие на обязательство со стороны третьих лиц	248
3.5. Права третьих лиц в связи с обязательством: договор в пользу третьего лица	249
3.6. Ответственность должника, нарушившего обязательство, перед третьим лицом: общие замечания о цепочке контрактов	250
3.7. Причинение вреда абсолютным правам третьего лица при исполнении обязательства	254
3.7.1. <i>Строгая деликтная ответственность по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ</i>	254
3.7.2. <i>Дефектное предоставление по договору, которое причиняет ущерб имуществу одного из последующих звеньев сугубо коммерческой цепи контрактов</i>	260
3.7.3. <i>Вопрос о применимости правил ст. 1095 ГК РФ в ситуации, когда дефектное предоставление (нарушение информационных обязанностей) провоцирует «внедоговорный деликт» в отношении личности или имущества третьего лица</i>	261
3.7.4. <i>Договорный иск о взыскании перенесенных убытков, вызванных причинением вреда имуществу</i>	263
3.8. Ответственность должника перед третьим лицом при отсутствии посягательства на абсолютные права третьего лица	265
3.8.1. <i>Цепочка контрактов: договорные иски «через голову» в целях защиты потребителя</i>	265

3.8.2.	<i>Цепочка контрактов: договорные иски «через голову» в ситуации перенесенных убытков.....</i>	271
3.8.3.	<i>Цепочка контрактов: договорные иски «через голову» при выпадении промежуточного звена цепи</i>	274
3.8.4.	<i>Деликтная ответственность должника по обязательству перед третьими лицами за провоцирование чистых экономических убытков ..</i>	290
3.8.5.	<i>Иные случаи</i>	295
3.9.	<i>Противопоставимость обязательственного права третьим лицам.....</i>	296
3.9.1.	<i>Противопоставимость: приоритет при конкуренции требований</i>	297
3.9.2.	<i>Противопоставимость: защита обязательственного права от прямых посягательств на него третьих лиц</i>	297
3.9.3.	<i>Противопоставимость: следование обязательственных прав.....</i>	300
3.9.4.	<i>Противопоставимость: преимущественное право</i>	302
3.9.5.	<i>Противопоставимость: деликтная ответственность при недобросовестной интервенции в чужие обязательственные отношения</i>	303
3.9.6.	<i>Противопоставимость: конкурсное оспаривание сделки должника с недобросовестным интервентом ..</i>	317
3.9.7.	<i>Противопоставимость: внеконкурсное оспаривание сделки должника с недобросовестным интервентом ..</i>	322
3.9.8.	<i>Противопоставимость: аннулирование сделки должника с недобросовестным интервентом в иных случаях.....</i>	329
3.10.	<i>Связанные договоры</i>	335
3.10.1.	<i>Понятие и признаки связанных договоров.....</i>	335
3.10.2.	<i>Правовые последствия связанности договоров, опровергающие презумпцию относительности обязательства</i>	339
3.10.3.	<i>Нормативные границы оснований для применения эффектов связанности</i>	343
3.10.4.	<i>Субъектные границы патернализма для применения эффектов связанности</i>	346
3.10.5.	<i>Степень разработанности доктрины</i>	347
3.11.	<i>Иные отступления от принципа относительности</i>	347

Статья 308.1. Альтернативное обязательство	352
1. Альтернативность	353
1.1. Предметы альтернативного обязательства	354
1.2. Отграничение от смежных явлений.....	355
1.3. Невозможность осуществления одного из альтернативных предоставлений.....	356
1.4. Право выбора: характеристика	357
1.5. Принадлежность права выбора.....	358
1.6. Осуществление права выбора (концентрации предмета)	358
2. Значение осуществления выбора (концентрации предмета)	359
2.1. Ретроактивное действие концентрации	360
2.2. Проблема ретроактивности акта выбора	361
Статья 308.2. Факультативное обязательство	362
1. Общая характеристика	362
1.1. Основания возникновения	363
2. Право на замену	363
2.1. Реализация права на замену.....	364
2.2. Отграничение от смежных конструкций	364
2.2.1. <i>Факультативное и альтернативное обязательства</i>	364
2.2.2. <i>Факультативное обязательство и отсутное</i>	365
Статья 308.3 Защита прав кредитора по обязательству	367
1. Иск об исполнении обязательства в натуре	367
1.1. Вариации иска об исполнении в натуре и его отличия от других способов защиты	372
1.2. Позитивные предпосылки для удовлетворения иска.....	375
1.2.1. <i>Обязательство, к исполнению которого возможно принуждение</i>	375
1.2.2. <i>Допустимость судебной защиты</i>	377
1.2.3. <i>Созревание обязательства</i>	377
1.3. Абсолютные препятствия к удовлетворению иска.....	382
1.3.1. <i>Наличие прямого законодательного ограничения</i>	382
1.3.2. <i>Неопределенность предмета требования</i>	382
1.3.3. <i>Наличие договорного ограничения</i>	383
1.3.4. <i>Невозможность исполнения</i>	384
1.3.5. <i>Недопустимость принуждения к предоставлению дара</i> ..	393
1.3.6. <i>Недопустимость принуждения к тесному сотрудничеству и длительному взаимодействию</i>	394
1.3.7. <i>Недопустимость понуждения к исполнению обязательства, предполагающего использование творческих навыков, способностей и мастерства</i>	395

1.3.8.	<i>Противоречие публичным интересам</i>	396
1.4.	Ограничения на удовлетворение иска о присуждении к исполнению в натуре, основанные на тесте адекватности выбора данного средства защиты.....	397
1.4.1.	<i>Значение вопроса о том, требуется ли участие должника в исполнении решения</i>	398
1.4.2.	<i>Фактор заменимости должника и затруднительности оценки позитивного интереса кредитора в деньгах</i>	401
1.4.3.	<i>Значение фактора затруднительности исполнения для должника</i>	403
1.4.4.	<i>Фактор степени затратности принудительного исполнения</i>	408
1.4.5.	<i>Иные ипостаси применения запрета на злоупотребление правом к иску об исполнении обязательства в натуре</i>	409
1.4.6.	<i>Иные случаи злоупотребления правом как основание для ограничения иска</i>	411
1.5.	Пропуск разумного срока на предъявление иска о понуждении к исполнению в натуре.....	412
1.6.	Допустимость удовлетворения требования об исполнении различных типов неденежных обязательств.....	414
1.6.1.	<i>Иски о передаче в натуре недвижимости, документов или иной индивидуально-определенной вещи</i>	414
1.6.2.	<i>Иски о переоформлении на покупателя доли в ООО, акций, патентов или товарных знаков и иных имущественных прав, учитываемых в тех или иных реестрах</i>	416
1.6.3.	<i>Иск о переводе нерегистрируемых имущественных прав на кредитора</i>	417
1.6.4.	<i>Иски о понуждении к заключению договора или совершению иного волеизъявления</i>	419
1.6.5.	<i>Иски о передаче информации или документации</i>	421
1.6.6.	<i>Иски о принуждении к выполнению работ или услуг</i> ...	422
1.6.7.	<i>Иски о принуждении к устранению дефектов в переданном товаре или выполненных работах</i>	423
1.6.8.	<i>Принуждение к передаче родовых вещей</i>	424
1.6.9.	<i>Негативные обязательства</i>	425
1.7.	Проблема понуждения к исполнению кредиторской обязанности	425

1.8. Выбор средств защиты, несовместимых с исполнением в натуре.....	430
1.9. Банкротство и трансформация неденежных обязательств	431
1.10. Стадия исполнительного производства.....	431
1.11. Астрент.....	433
1.11.1. <i>Природа астрента</i>	434
1.11.2. <i>Сфера применения</i>	434
1.11.3. <i>Размер астрента</i>	437
1.11.4. <i>Процедурные аспекты</i>	438
1.11.5. <i>Смягчения</i>	439
1.11.6. <i>Правопреемство</i>	440
1.11.7. <i>Императивность</i>	441
1.11.8. <i>Действие во времени</i>	441
1.12. Замена способа исполнения.....	441
1.13. Право на отказ от договора и присуждение к исполнению в натуре	444
2. Принуждение к исполнению в натуре и ответственность за нарушение	446
 Статья 309. Общие положения.....	448
1. Надлежащее исполнение обязательства	448
2. Смарт-контракты	454
2.1. О природе смарт-контракта и ее отражении в п. 2 ст. 309 ГК РФ	455
2.2. Согласование механизма автоматического исполнения ...	458
2.3. Об отсутствии дополнительного волеизъявления.....	459
2.4. Некоторые итоги	462
 Статья 309.1. Соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их требований к должнику	463
1. Понятие межкредиторского соглашения.....	463
1.1. Встречное предоставление	466
1.2. Договорная субординация	467
1.2.1. <i>Функционирование субординации до получения платежа по младшему долгу</i>	469
1.2.2. <i>Функционирование субординации при получении платежей от должника младшим кредитором</i>	472
1.2.3. <i>Функционирование субординации при получении исполнения уполномоченным кредитором третьим лицом</i>	473

1.2.4. <i>Функционирование субординации при фидуциарной уступке младшего требования или залоге такого требования</i>	473
1.2.5. <i>Функционирование субординации при банкротстве должника или поручителя</i>	476
1.2.6. <i>Постбанкротная субординация</i>	483
1.3. <i>Уравнивание</i>	483
1.3.1. <i>Функционирование уравнивающего соглашения до получения платежей или при получении платежей одним из кредиторов</i>	484
1.3.2. <i>Функционирование уравнивающего соглашения при банкротстве должника и на постбанкротной стадии</i>	485
1.4. <i>Асимметричное уравнивание</i>	488
1.5. <i>Субординация и уравнивания при конкуренции кредиторов в случае банкротства должника</i>	488
1.6. <i>Соглашение между залоговыми кредиторами одного должника</i>	489
1.7. <i>Уступка одного из требований</i>	490
1.8. <i>Множественная субординация</i>	492
2. Механизм обмена полученного от должника на требование к тому же должнику	493
2.1. <i>Природа перехода права</i>	494
2.2. <i>Диспозитивность</i>	495
3. Межкредиторское соглашение и относительность обязательств	495
3.1. <i>Соглашение о субординации в пользу третьего лица</i>	496
Статья 309.2. Расходы на исполнение обязательства	499
1. <i>Общее правило</i>	499
2. <i>Отнесение на кредитора возрастания расходов должника на исполнение по обстоятельствам, зависящим от кредитора</i>	499
3. <i>Затраты кредитора на принятие исполнения</i>	500
Статья 310. Недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства	501
1. <i>Запрет на односторонний отказ от исполнения обязательства и его одностороннее изменение</i>	501
1.1. <i>Исключения на уровне закона</i>	504
1.2. <i>Природа одностороннего отказа или одностороннего изменения</i>	507
1.3. <i>Реализация установленного законом «платного» права на немотивированный отказ (изменение)</i>	508

1.4.	Возможность «отключить» предусмотренное законом право на односторонний отказ или изменение	508
2.	Возможность установить право на односторонний отказ или одностороннее изменение обязательства в договоре	510
2.1.	Ограничения на согласование условия о праве на отказ или изменение	511
2.1.1.	<i>Уточнения интерпретации de lege lata</i>	511
2.1.2.	<i>Оценка ограничения по существу</i>	513
2.1.3.	<i>Вопрос о договоре, заключаемом между лицами, не осуществлявшими коммерческую деятельность</i> ...	516
3.	Плата за реализацию права на отказ или изменение	517
3.1.	Правовая природа	519
3.1.1.	<i>Плата за отказ (изменение) и неустойка</i>	519
3.1.2.	<i>Плата за отказ (изменение) и отступное</i>	519
3.1.3.	<i>Плата за отказ (изменение) и отступная неустойка</i>	521
3.1.4.	<i>Плата за отказ (изменение) как институт sui generis</i>	521
3.2.	Механика реализации	522
3.3.	Ограничение по кругу договоров	522
3.4.	Во всех ли случаях возможно согласование платы за отказ или изменение?	524
3.4.1.	<i>Установление платы за отказ или изменение в случаях, когда такие секундарные права неизвестны закону, но оговорены в договоре</i>	524
3.4.2.	<i>Плата за отказ или изменение в случаях, когда такие секундарные права установлены в норме закона</i>	525
3.4.3.	<i>Пример ст. 782 ГК РФ</i>	527
3.5.	Снижение платы при ее явной несоразмерности	535
3.5.1.	<i>Возможность снижения платы в случаях, когда договор предоставляет стороне права на отказ или изменение, которые неизвестны закону</i>	536
3.5.2.	<i>Снижение платы в ситуации, когда само право на отказ или изменение установлено императивно</i> ...	539
3.5.3.	<i>Механика снижения</i>	540
3.6.	Согласованная плата в сочетании с общим правилом о возмещении убытков при реализации права на отказ	540
3.7.	Плата за отказ от договора и обеспечительный платеж или аванс	541
3.8.	Плата, согласованная <i>ex post</i>	541

Статья 311. Исполнение обязательства по частям	542
1. Недопустимость частичного исполнения как общее правило	542
1.1. Специфика обязательств, предполагающих продолженный процесс исполнения	543
2. Принятие кредитором частичного исполнения и санкции за нарушение	544
3. Право на непропорциональный отказ от договора после принятия частичного исполнения	545
4. Исключение из общего правила: допустимость частичного исполнения	546
5. Недопустимость злоупотреблений	546
6. Частичное исполнение денежных обязательств	547
Статья 312. Исполнение обязательства надлежащему лицу	551
1. Исполнение надлежащему лицу	552
1.1. Сфера применения	552
1.2. «Уполномоченное» и «управомоченное» кредитором лицо	552
1.3. Правовая природа и последствия указания кредитором лица, уполномоченного или управомоченного на принятие исполнения	555
1.3.1. <i>Отличие от договора в пользу третьего лица</i>	555
1.3.2. <i>Природа и последствия надления третьего лица полномочиями на принятие исполнения</i>	555
1.3.3. <i>Природа и следствие переадресации (надления третьего лица правомочием принять исполнение на свое имя)</i>	557
1.4. Распределение рисков исполнения ненадлежащему лицу: общее правило	562
1.5. Исключения из общего правила	565
1.5.1. <i>Видимость полномочия или управомочия третьего лица на принятие исполнения</i>	565
1.5.2. <i>Защита видимости принадлежности права кредитору</i>	567
1.5.3. <i>Иные случаи защиты видимости права</i>	569
1.5.4. <i>Случай с последующей передачей предмета предоставления надлежащему кредитору</i>	569
1.6. Право потребовать подтверждение полномочий или правомочий на принятие исполнения	570
1.7. Последствия непредоставления лицом, принимающим исполнение, подтверждений своего права или полномочий на принятие исполнения	570

1.8.	Последствия исполнения ненадлежащему лицу	571
1.9.	Распределение бремени доказывания	571
1.10.	Диспозитивность регулирования и ее пределы	571
2.	Нотариальная доверенность на принятие исполнения	572
2.1.	Применение к полномочиям из обстановки	572
2.2.	Приостановление исполнения.....	573
2.3.	Запрет злоупотреблений.....	573
2.4.	Подтверждение полномочий и общие правила распределения рисков исполнения ненадлежащему лицу	573
2.5.	Ограничение сферы применения	574
2.6.	<i>Lex specialis</i>	575
2.7.	Диспозитивность	575
Статья 313.	Исполнение обязательства третьим лицом.....	576
1.	Общие замечания	577
1.1.	Возложение исполнения и перевод долга или иные конструкции, порождающие обязательственную связь между третьим лицом и кредитором	579
1.2.	Значение возложения	580
1.3.	Кауза принятия возложения	581
1.3.1.	<i>Переадресация исполнения ранее существовавшего обязательства</i>	581
1.3.2.	<i>Дарение</i>	582
1.3.3.	<i>Заем</i>	584
1.3.4.	<i>Договор о платеже с целью обеспечить суброгацию</i>	584
1.3.5.	<i>Определение каузы принятия возложения</i>	586
1.4.	Оформление возложения	586
1.5.	Исполнение обязательства третьим лицом и привлечение третьих лиц к деятельности, влекущей исполнение	588
1.6.	Возложение исполнения обязательства по передаче индивидуально-определенного имущества в собственность.....	590
1.7.	Риск исполнения обязательства ненадлежащему лицу	592
1.8.	Последствия недействительности или расторжения договора между должником и третьим лицом, на который опирается возложение	593
1.9.	Последствия недействительности или расторжения договора, исполнение обязательств по которому было возложено на третье лицо.....	594
1.10.	Оспаривание самого исполнения	595
1.11.	Диспозитивность	596

1.12. Возложение при отсутствии обязательства должника перед кредитором	597
1.13. Ретроактивное одобрение	597
1.14. Последующее возложение	598
1.15. Срок исполнения	598
1.16. Неприменимость правил ст. 313 ГК РФ к отдельным видам обязательств	598
2. Обязанность кредитора принять исполнение без возложения	598
2.1. От риска утраты прав на имущество к законному интересу третьего лица	599
2.2. Интервенция при просрочке по денежному обязательству	603
2.3. Злоупотребление третьего лица	605
2.3.1. Злоупотребление правом на интервенцию, направленное против кредитора	607
2.3.2. Злоупотребление правом на интервенцию, направленное против должника	609
2.3.3. Кондиционный иск третьего лица к кредитору в ситуации блокирования суброгации по причине злоупотребления	610
2.4. Действие во времени	610
2.5. Право кредитора принять исполнение третьего лица за рамками случаев, указанных в п. 2 ст. 313 ГК РФ	610
2.5.1. Судебная практика	611
2.5.2. Решение вопроса в контексте денежных обязательств	612
2.5.3. Неденежное обязательство	614
3. Личный характер обязательства	616
3.1. Личный характер обязательства в силу закона	616
3.2. Требование личного исполнения в силу условий договора	618
3.3. Запрет в силу существа обязательства	619
3.4. Возможность согласовать отступление от требований личного исполнения	619
3.5. Есть ли у кредитора право принять исполнение по личному обязательству от третьего лица?	619
3.6. Отличие требования личного характера исполнения обязательства от связи с личностью должника оснований возникновения самого обязательства	620
3.7. Влияние личности третьего лица	621
4. Депонирование и зачет	621
4.1. Депонирование	621
4.2. Зачет	622

5. Суброгация	624
5.1. Ограничительное толкование	625
5.2. Суброгация и запрет на уступку	628
5.3. Последствия суброгации	631
5.4. Особенности суброгации при частичном исполнении	631
6. Ответственность за качество неденежного исполнения	636
6.1. Ответственность третьего лица: ограничительное толкование	636
6.2. Ответственность при отсутствии возложения	637
6.3. Возможна ли солидарная ответственность?	640
 Статья 314. Срок исполнения обязательства	641
1. Установленный срок исполнения обязательства	642
1.1. Различные смыслы понятия «срок исполнения»	642
1.1.1. <i>Срок как модус исполнения</i>	642
1.1.2. <i>Срок как характеристика предмета разового предоставления</i>	643
1.1.3. <i>Срок как характеристика объема договорного предоставления</i>	644
1.2. Варианты установления срока исполнения обязательства	645
1.3. Привязка начального момента расчета периода времени, отводимого на исполнение, к наступлению отлагательного условия	646
1.3.1. <i>Обстоятельство, запускающее отсчет срока на исполнение</i>	647
1.3.2. <i>Абсурдная прежняя практика нижестоящих судов</i> ...	648
1.3.3. <i>Устранение состояния вечной подвешенности</i>	648
1.4. Период времени, конец расчета которого определен отменительным условием.....	654
1.5. Значение срока исполнения обязательства	655
1.6. Срок как обычное или существенное условие договора....	657
2. Исполнение обязательства, исполняемого при востребовании, а также обязательства, срок которого не определен	657
2.1. Обязательство, исполняемое при востребовании	657
2.1.1. <i>Защита интересов должника на случай длительного невостребования</i>	658
2.1.2. <i>Случаи, когда должник не может потребовать принятия исполнения</i>	660
2.1.3. <i>Ответственность при истечении льготного срока</i> ...	661
2.1.4. <i>Исковая давность</i>	661

2.2. Последствия отсутствия определенного или определимого срока исполнения	662
2.2.1. <i>Оценка нормы</i>	663
2.2.2. <i>Толкование нормы de lege lata</i>	664
2.2.3. <i>Продолжительность льготного срока</i>	667
2.2.4. <i>Срок исполнения обязательств, вытекающих из неосновательного обогащения, реституции или возврата полученного по расторгнутому договору</i>	668
2.2.5. <i>Уместность применения правила п. 2 ст. 314 ГК РФ к ситуациям, когда период, отводимый на исполнение, определен за счет отменительного условия</i>	670
2.3. Последствия отсутствия срока осуществления длящегося предоставления.....	672
Статья 315. Досрочное исполнение обязательства	674
1. Досрочное исполнение: дуализм нормативных установок	675
1.1. Вводные замечания	675
1.2. Модель, выбранная российским законодателем.....	676
1.3. Оценка нормы.....	678
2. Принятие досрочного исполнения	679
3. Досрочное исполнение и срок исполнения встречных обязательств кредитора	681
4. Требование досрочного исполнения	683
5. Пределы договорной свободы	685
5.1. Право на досрочный возврат займа как пример толкования	685
6. Исполнение условного обязательства до наступления отлагательного условия	686
Статья 316. Место исполнения обязательства	688
1. Значение места исполнения обязательства	688
1.1. Способы определения места исполнения	689
1.2. Дефолтные правила определения места исполнения: общее установление.....	689
1.3. Место исполнения обязательства передать недвижимость	690
1.4. Место исполнения обязательства передать движимую вещь	690
1.5. Место исполнения денежного обязательства.....	693
1.5.1. <i>Платеж наличными</i>	694

1.5.2. <i>Безналичный перевод</i>	694
1.5.3. <i>Императивность или диспозитивность</i>	696
1.5.4. <i>Последствия закрытия счета кредитора</i>	697
1.6. Момент определения места исполнения	698
2. Изменение места исполнения обязательства	699
2.1. Возмещение издержек, вызванных изменением места исполнения обязательства.....	699
2.2. Солидарное возмещение издержек, вызванных изменением места исполнения обязательства в результате правопреемства	700
2.3. Убытки, причиненные отсутствием информирования об изменении места исполнения	701
Статья 317. Валюта денежных обязательств	702
1. «Валюта долга» денежного обязательства: общее правило	703
2. Валютная оговорка	703
2.1. Толкование условия договора о валютной оговорке.....	703
2.2. Исчисление курса валюты долга	704
2.3. Свобода договора в определении курса валюты долга	706
2.4. Исчисление процентов при использовании валютной оговорки	707
2.5. Возможность согласования валютной оговорки применительно к обязательствам, имеющим внедоговорное основание возникновения	709
2.6. Применение условия о валютной оговорке в случае просрочки	709
2.7. Содержание судебного акта при взыскании денежного долга, номинированного в иностранной валюте	712
2.8. Применение правил о валютной оговорке в рамках исполнительного производства	713
2.9. Право потребовать погашения долга по курсу на момент подачи иска или вынесения решения суда	715
2.10. Применение правил о валютной оговорке при наложении ареста	716
2.11. Применение правил о валютной оговорке к обязательству по возврату денежных сумм в связи с расторжением договора	716
2.12. Перспективы применения ст. 451 ГК РФ.....	718
3. Иностранная валюта платежа	719
3.1. Толкование договорного условия о валюте платежа.....	719
3.2. Недействительность условия о валюте платежа	720

3.3. Исполнение обязательства в иностранной валюте	721
3.4. Последствия осуществления платежа в иностранной валюте в нарушение закона	722
Статья 317.1. Проценты по денежному обязательству	723
1. Проценты по денежному обязательству	723
1.1. Действие во времени	725
1.2. Ставка процента	728
2. Сложные проценты	729
2.1. Исключения	729
2.2. Начисление регулятивных процентов за пользование на сумму невыплаченных мораторных процентов	730
Статья 318. Увеличение сумм, выплачиваемых на содержание гражданина	731
1. Вводные замечания	731
2. Обязательства, по которым осуществляется индексация	734
2.1. Возмещение вреда жизни или здоровью	734
2.2. Рента	736
2.3. Алименты	737
2.4. Иные случаи	737
2.5. Неприменимость к случаям натурального возмещения ...	738
3. Прожиточный минимум	739
3.1. Критика формулы	740
4. Механика индексации	741
5. Применение индексации на стадии просрочки	742
5.1. Возможна ли индексация дополнительных притязаний, связанных с неисполнением основных индексируемых обязательств?	744
6. Пределы диспозитивности	744
7. Действие во времени	745
8. <i>Lex specialis</i>	745
9. Соотношение с правилами индексации, установленными в процессуальных законах	746
10. Делая мир проще... ..	752
Статья 319. Очередность погашения требований по денежному обязательству	754
1. Общие положения	754
1.1. Издержки кредитора	755
1.2. Проценты	755

1.3. Основной долг	755
1.4. Пределы диспозитивности	756
1.5. Недопустимость одностороннего изменения.....	756
2. Очередность погашения охранительных процентов и неустоек, а также убытков	756
2.1. Односторонняя инверсия очередности	757
2.2. Императивность или диспозитивность?.....	758
3. Сфера применения.....	760
4. Последствия изолированного перехода права на проценты и иные дополнительные требования	762
5. <i>Lex specialis</i>.....	763
Статья 319.1. Погашение требований по однородным обязательствам	764
1. Вводные положения	764
1.1. Сфера применения	765
1.2. Применение к зачету	766
1.3. Указание должника как главный критерий атрибутирования исполнения	766
1.4. Допустимость атрибутирования исполнения кредитором	767
1.5. Диспозитивность	768
2. Резервные правила атрибутирования исполнения: учет существа самих обязательств	768
2.1. Может ли учитываться степень обеспеченности?	769
2.2. Неустойка – не обеспечение	769
2.3. Учет истечения исковой давности	770
2.4. И еще раз о желательности введения правила о возникновении права выбора у кредитора	771
3. Резервные правила атрибутирования: наступление срока или момент возникновения обязательства.....	771
3.1. Наступление срока исполнения как критерий атрибутирования.....	772
3.2. Момент возникновения как критерий атрибутирования.....	773
3.3. Совпадение моментов наступления срока исполнения.....	775
3.4. Пропорциональное распределение	775
4. Итоговая реконструкция системы правил атрибуции.....	776
Статья 320. Исполнение альтернативного обязательства	778
1. Просрочка должника в осуществлении права выбора	778
1.1. Наделение кредитора правом выбора	779
1.2. Международный опыт	779
1.3. Диспозитивность регулирования.....	780

2. Просрочка кредитора в осуществлении права выбора	781
2.1. Механизм наделения должника правом выбора в случае неосуществления права выбора кредитором.....	781
2.2. Последствия отсутствия выбора со стороны кредитора после запроса должника.....	783
2.3. Просрочка третьего лица в осуществлении права выбора...	784
Статья 320.1. Исполнение факультативного обязательства	785
1. Последствия нереализации должником права на замену	785
1.1. Реализация права на замену в рамках судебного разбирательства и исполнительного производства.....	786
2. Презумпция альтернативности	786
2.1. Изменение презумпции в случае соглашения об отступном..	787
Статья 321. Исполнение обязательства, в котором участвуют несколько кредиторов или несколько должников	788
1. «Множественность лиц»: долевая, солидарная и совместная множественность	788
2. Презумпция долевого характера множественности	791
3. Сущность долевой множественности	792
4. Равенство долей как общее (дефолтное) решение и его альтернативы	795
5. Диспозитивность правил	796
Статья 322. Солидарные обязательства	796
1. «Солидарность не предполагается»?	797
1.1. Солидаритет, установленный законом.....	797
1.2. Расширение сферы применения солидаритета правоприменительной практикой	798
1.3. Направленность на удовлетворение одного интереса как основание возникновения пассивного солидаритета ...	801
1.4. Неделимость предмета обязательства.....	805
1.5. Автономия воли как основание солидарности.....	806
2. Солидаритет, установленный законом: предпринимательские обязательства	807
Статья 323. Права кредитора при солидарной обязанности	807
1. Пассивный солидаритет	808
1.1. Сущность пассивного солидаритета	808
1.2. Пассивный солидаритет как гарантия интересов кредитора	809
2. Пассивный солидаритет: возможности кредитора	810

Статья 324. Возражения против требований кредитора при солидарной обязанности	811
1. «Общие» и личные» возражения солидарных должников.....	811
2. Возражение о давности	811
3. Доступные солидарному должнику возражения	812
4. Последствия использования возражения солидарным должником	812
5. Допустимость использования «возражений против кредитора» в рамках регрессного требования исполнившего содолжника	813
6. Зачет	815
7. Секундарные права.....	816
Статья 325. Исполнение солидарной обязанности одним из должников	816
1. Единство погашающего действия.....	817
1.1. Исполнение, предоставленное несколькими содолжниками	817
1.2. Частичное погашение.....	817
2. Последствия исполнения солидарной обязанности для внутренних отношений содолжников	817
2.1. Доли раскладки.....	817
2.2. Регресс.....	818
2.3. Правовая природа и сущность регрессного требования ...	819
2.4. Регресс как восполняющее правило последнего порядка ...	821
2.5. Отказ одного из солидарных должников от участия в раскладке	822
2.6. Последствия частичного исполнения для внутренних отношений содолжников	822
3. Последствия зачета или иных способов прекращения обязательства	823
3.1. Иные способы прекращения	823
3.2. Прощение долга.....	824
Статья 326. Солидарные требования	826
1. Сущность активного солидаритета.....	826
1.1. Внешние отношения активного солидаритета.....	827
1.2. Требования к надлежащему исполнению.....	827
1.3. Секундарные права.....	827
1.4. Прощение долга.....	827
2. Возражения должника.....	828

3. Исполнение	829
3.1. Влияние на внешние отношения активного солидаритета	829
3.2. Исполнение: влияние на внутренние отношения активного солидаритета	829
4. Требование о передаче части полученного как следствие исполнения для внутренних отношений активного солидаритета	830
4.1. Иные последствия исполнения для внутренних отношений активного солидаритета.....	830
4.2. Частичное удовлетворение	831
4.3. Иные способы прекращения	831

Статья 327. Исполнение обязательства внесением долга

в депозит	833
1. Внесение долга в депозит – субститут исполнения обязательства	833
1.1. Основания для депонирования.....	834
1.1.1. <i>Депонирование имущества на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ</i>	835
1.1.2. <i>Иные установленные в законе основания для внесения имущества в депозит</i>	836
1.1.3. <i>Депонирование по модели эскроу</i>	836
1.1.4. <i>Погашение обязательства путем внесения имущества в депозит на основании условий договора между должником и кредитором</i>	836
1.1.5. <i>Проверка нотариусом оснований для депонирования</i>	837
1.1.6. <i>Последствия депонирования при отсутствии оснований</i>	838
1.2. Исполнение обязательства внесением долга в депозит: право или обязанность?.....	839
1.3. Публичный депозитный счет нотариуса	840
1.4. Сроки востребования и последствия невостребования имущества с депозита нотариуса.....	840
1.5. Кому принадлежат права на депонированное имущество?	841
1.6. Банкротство банка, в котором нотариус открыл депозитный счет	842
1.7. Кому причитаются доходы, полученные в период депонирования?.....	845

1.8. Неуместность упоминания депозита суда в ст.327 ГК РФ	846
1.9. Депозитные счета подразделений службы судебных приставов	847
1.10. Место депонирования	848
1.11. Расходы на депонирование	850
1.12. Смерть нотариуса или сложение им полномочий.....	851
1.13. Проблема депонирования имущества, не поименованного в ст.327 ГК РФ	851
2. Фикция исполнения	852
2.1. Последствия внесения долга в депозит	852
2.2. Информационные обязанности нотариуса	853
3. Возврат депонированного имущества должнику и его последствия	855
3.1. Основания возврата депонированного имущества	855
3.2. Восстановление долга при возврате денег или ценных бумаг с депозита.....	859
3.3. Исковая давность.....	861
4. Нотариальное эскроу	862
4.1. Природа участия нотариуса в отношениях эскроу.....	863
4.2. Раскрытие нотариального эскроу	865
4.3. Защита от банкротства банка	865
 Статья 327.1. Обусловленное исполнение обязательства.....	867
1. Условные права и обязанности	867
2. Понятие и признаки условия	870
2.1. Непредопределенность наступления условия	870
2.2. Правомерность условия	872
2.3. Возможность условия	872
2.3.1. <i>Изначальная невозможность</i>	872
2.3.2. <i>Последующая невозможность</i>	875
3. Виды условий	877
3.1. Базовые виды классификации условий	877
3.2. Классификация условий по критерию зависимости от воли сторон.....	878
3.2.1. <i>Общий обзор</i>	878
3.2.2. <i>Потестативные условия и реализация вторичного права</i>	879
3.2.3. <i>Проблемы в судебной практике и их последующее разрешение</i>	882
3.2.4. <i>Обоснование</i>	884

3.2.5. Потестативное условие, обуславливающее отдельное обязательство и зависящее от поведения должника	885
4. Отлагательное условие и фактический состав сделки.....	887
4.1. Банкротная специфика	888
5. Правосудное условие и условие права	890
6. Обязательство в состоянии подвешенности до наступления отлагательного условия.....	895
6.1. Устранение состояния вечной подвешенности	895
6.2. Специфика обязательственного правоотношения на стадии ожидания наступления условия	898
6.3. Применение общих правил об обязательствах к условному обязательству на стадии до наступления отлагательного условия	901
6.3.1. Исполнение обязательств.....	901
6.3.2. Прекращение обязательств.....	903
6.3.3. Правила о защите прав кредитора	907
6.3.4. Универсальное правопреемство, цессия, продажа с торгов	907
6.3.5. Перевод или переход в силу закона условного долга	908
6.3.6. Переход договорной позиции, включающей условное обязательство	908
6.3.7. Обеспечение условного долга поручительством	909
6.3.8. Залог в обеспечение условного обязательства.....	909
6.3.9. Передача в залог условного требования	912
6.3.10. Промежуточные итоги	913
6.4. Судьба условной обязательственной связи в случае банкротства должника или кредитора до наступления условия	914
7. Является ли условным обязательство, исполнение которого поставлено под условие исполнения обязанностей другой стороной?	916
8. Проблема постановки встречного обязательства под условие в обмен на уже осуществленное предшествующее исполнение	923
8.1. Беспроблемные ситуации.....	924
8.1.1. Востребование исполнения.....	924
8.1.2. Достижение в процессе осуществления предшествующего исполнения результата, зависящего от усилий исполнившей стороны лишь частично	924

8.2. Проблемные ситуации.....	927
8.2.1. Ранняя судебная практика	928
8.2.2. Поворот в судебной практике	929
8.2.3. Нарушение должником подразумеваемой обязанности способствовать наступлению отлагательного условия и (или) не препятствовать его наступлению	933
8.2.4. Условие об автоматической трансформации отношений сторон в режим безвозмездности	934
8.2.5. Привязка размера и самого созревания долга к полученным доходам.....	937
8.2.6. Постановка под условие небольшой части встречного обязательства в виде премии	939
9. Действие правового эффекта наступления условия во времени	940
10. Обязанности по охране условных прав.....	940
11. Обязательство обеспечить наступление условия или прилагать разумные усилия для этого	941
12. Отказ от условия	942
13. Отменительное условие и право на отказ от договора	943
14. Момент наступления условия	945
15. Принцип строгого соответствия при определении факта наступления условия	946
16. Другие вопросы	947
Статья 328. Встречное исполнение обязательства	949
1. Встречное исполнение	950
1.1. Взаимообусловленность.....	952
1.2. Взаимообусловленность обязательств из синалагматического договора.....	957
1.2.1. Понятие синалагматического договора	957
1.2.2. Сложные случаи	959
1.2.3. Всегда ли очевидна возмездность?.....	962
1.2.4. Принятие обязательства как встречное предоставление	965
1.2.5. Промежуточные итоги	966
1.2.6. Обязательства, находящиеся в прямой синалагматической связи.....	968
1.3. Расширенная синалагматическая связь договорных обязательств	968
1.3.1. Расширенная синалагматическая связь при поэтапных взаимных предоставлениях	969

1.3.2.	<i>Расширенная синаллагматическая связь между обязательствами, одно из которых является дополнительным</i>	970
1.3.3.	<i>Расширенная синаллаagma при наличии взаимосвязанных договоров</i>	972
1.3.4.	<i>Расширенная синаллаagma при несовпадающем субъектном составе сторон.....</i>	973
1.4.	<i>Взаимообусловленность договорных обязательств за рамками возмездных договоров.....</i>	974
1.5.	<i>Квазисиналлаagma</i>	975
1.6.	<i>Сфера применения правил о встречности</i>	975
1.7.	<i>Общая оценка ст. 328 ГК РФ.....</i>	976
2.	Отказ от договора и приостановление исполнения.....	976
2.1.	<i>Отказ от договора в ответ на нарушение встречного обязательства</i>	977
2.2.	<i>Право на приостановление исполнения в ответ на нарушение обязательства</i>	979
2.2.1.	<i>Квалификация института</i>	982
2.2.2.	<i>Текущая просрочка или ненадлежащее исполнение как основание для приостановления исполнения</i>	986
2.2.3.	<i>Применимость механизма приостановления к негативным обязательствам.....</i>	991
2.2.4.	<i>Приостановление исполнения и взаимные обязательства, структурирующие основные договорные предоставления по синаллагматическому договору</i>	992
2.2.5.	<i>Приостановление исполнения обязательства в ответ на нарушение в ситуации расширенной синаллагматической связи в сценарии поэтапного взаимного обмена</i>	995
2.2.6.	<i>Приостановление исполнения в ответ на нарушение в иных сценариях расширенной синаллагмы.....</i>	997
2.2.7.	<i>Приостановление исполнения и нарушение обязательств по несиналагматическому договору</i>	1002
2.2.8.	<i>Взаимосвязанные договоры, в том числе с различным субъектным составом.....</i>	1002
2.2.9.	<i>Предъявление иска о принудительном исполнении к стороне, правомерно приостановившей исполнение в ответ на нарушение.....</i>	1004

2.2.10.	<i>Утрата кредитором права на приостановление исполнения при уклонении от принятия предложенного должником исполнения</i>	1005
2.2.11.	<i>Уведомление</i>	1005
2.2.12.	<i>Приостановление исполнения и удержание</i>	1007
2.2.13.	<i>Соотношение институтов приостановления исполнения и просрочки кредитора</i>	1008
2.2.14.	<i>Приостановление исполнения и расторжение договора</i>	1010
2.2.15.	<i>Приостановление исполнения и прекращение обязательства на фоне прекращения невозможностью исполнения встречного обязательства</i>	1012
2.3.	Право на отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении	1014
2.3.1.	<i>Понятие предвидимого нарушения</i>	1014
2.3.2.	<i>Кто может воспользоваться правом на приостановление или отказ?</i>	1016
2.3.3.	<i>Степень очевидности будущего нарушения</i>	1017
2.3.4.	<i>Доказывание очевидности будущего нарушения</i>	1019
2.3.5.	<i>Суущественность нарушения</i>	1021
2.3.6.	<i>Возбуждение дела о банкротстве как предвидимое нарушение</i>	1021
2.3.7.	<i>Предупреждение о планируемой реализации мер превентивной защиты и уведомление о реализации таких мер</i>	1024
2.3.8.	<i>Предвидимое нарушение кредиторской обязанности</i>	1027
2.3.9.	<i>Убытки</i>	1028
2.3.10.	<i>Специальные нормы</i>	1029
2.4.	Приостановление исполнения или отказ от договора в ответ на нарушение обязательства в форме частичного исполнения	1030
2.4.1.	<i>Пропорциональные приостановление или отказ</i>	1030
2.4.2.	<i>Непропорциональные приостановление или отказ</i>	1031
2.5.	Соразмерное снижение цены	1034
2.6.	Реализация условного аспекта синаллагмы при прекращении обязательства невозможностью исполнения	1035
3.	Функциональный аспект встречности	1036

3.1. Одновременность исполнения взаимных обязательств по синаллагматическому договору.....	1036
3.1.1. Детализация режима одновременного обмена	1038
3.1.2. Стадия исполнительного производства: «исполнительное эскроу»	1043
3.1.3. Квазисиналлагма.....	1045
3.1.4. Влияние уступки требования на срабатывание функциональной синаллагмы	1049
3.1.5. Судьба реституционной квазисиналлагмы при впадении одной из сторон в банкротство: небанкротные основания недействительности	1053
3.1.6. Судьба реституционной квазисиналлагмы при впадении одной из сторон в банкротство: банкротные основания недействительности	1059
3.1.7. Судьба реституционной квазисиналлагмы при впадении одной из сторон в банкротство: сравнение последствий применения банкротных и небанкротных оснований недействительности	1062
3.1.8. Квазисиналлагма при расторжении договора в сценарии банкротства одной из сторон	1064
3.2. Возможность понуждения к осуществлению предшествующего исполнения	1068
3.2.1. Возможное решение	1073
3.2.2. Попытка «заслужить» право на истребование предшествующего исполнения за счет досрочного учинения последующего исполнения.....	1076
3.3. Возможность истребовать последующее исполнение в ситуации, когда ответчик уклоняется от принятия предшествующего исполнения	1077
3.4. Встречность исполнения и сальдирование	1078
4. Установление иного в законе или договоре	1078
4.1. Особые положения закона	1078
4.2. Диспозитивность	1079

Глава 26. ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Статья 407. Основания прекращения обязательств	1083
1. Перечень оснований прекращения обязательства	1083
1.1. Полное или частичное прекращение обязательства	1084
2. Прекращение обязательства по требованию одной из сторон	1084
3. Прекращение обязательства по соглашению сторон.....	1085

Статья 408. Прекращение обязательства исполнением	1086
1. Понятие надлежащего исполнения обязательства	1087
1.1. Прекращается ли обязательство ненадлежащим исполнением?	1087
1.2. Суброгация как последствие надлежащего исполнения ...	1089
1.3. Правовая квалификация исполнения обязательства	1090
2. Оформление принятия исполнения	1091
2.1. Возврат долгового документа	1092
2.1.1. <i>Доказательственное значение владения долговым документом</i>	1093
2.2. Последствия отказа выдать документ, подтверждающий факт исполнения, или вернуть долговой документ	1094
Статья 409. Отступное	1095
1. Понятие и механизм отступного	1095
1.1. Возможные модели реализации конструкции отступного ..	1096
1.2. Модель отступного: выбор законодателя	1098
1.3. Модель отступного: выбор судебной практики	1099
1.4. Соглашение об отложенном моменте передачи отступного, отклоняющееся от дефолтной модели	1100
1.5. Момент возможного заключения соглашения об отступном	1104
2. «Частный мораторий»	1105
2.1. Критический разбор	1106
2.2. Механика применения частного моратория	1109
3. Прекращаемое обязательство	1110
3.1. Возможность погашения передачей отступного заданного требования	1112
3.2. Прекращение предоставлением отступного части обязательства	1112
3.3. Прекращение предоставлением отступного дополнительных обязательств	1112
3.4. Последствия предоставления отступного по частям	1114
4. Предмет отступного	1115
4.1. Вещи	1115
4.2. Право собственности на вещь	1118
4.3. Доля в праве общей собственности	1118
4.4. Имущественные права	1119
4.5. «Будущее» имущество как предмет отступного	1119
4.6. Имущество, в отношении которого наложен арест	1119
4.7. Работы, услуги	1120

5. Содержание, форма и порядок заключения соглашения	
об отступном	1122
5.1. Существенные условия	1122
5.2. Форма соглашения об отступном	1122
5.3. Соглашение об отступном и правила о согласовании или одобрении сделки третьими лицами, государственными органами или органами управления организации	1128
5.3.1. <i>Правила согласования соглашения об отступном, вытекающие из корпоративного законодательства</i> ..	1128
5.3.2. <i>Иные правила согласования сделки</i>	1128
6. Отступное и преимущественные права	1129
6.1. Общие замечания	1129
6.2. Доля в праве общей собственности на вещь.....	1132
6.2.1. <i>Передача в качестве отступного доли в праве общей собственности в погашение денежного долга</i> ...	1132
6.2.2. <i>Передача в качестве отступного доли в праве собственности на вещь в погашение неденежного обязательства</i>	1136
6.2.3. <i>Промежуточные итоги</i>	1139
6.3. Доля в ООО	1140
6.4. Акции закрытых акционерных (непубличных) обществ	1142
6.5. Размер цены выкупа при реализации преимущественного права после передачи отступного ...	1144
7. Последствия обнаружения недостатков отступного: модель регулирования	1147
7.1. Ответственность за скрытые недостатки предмета отступного.....	1147
7.1.1. <i>Убытки и соразмерное снижение цены при наличии скрытых дефектов</i>	1149
7.1.2. <i>Право потребовать устранения скрытых дефектов в натуре или замены вещи</i>	1151
7.1.3. <i>Право на отказ от договора при обнаружении скрытых дефектов</i>	1151
7.1.4. <i>Право на оспаривание соглашения об отступном</i>	1152
7.1.5. <i>Специфика ответственности на случай эвикции</i> ...	1153
7.1.6. <i>Договорные средства защиты</i>	1156
7.2. Последствия обнаружения явных недостатков предмета отступного.....	1157
7.3. Договорные ограничения средств защиты	1158

8. Правовой режим договорных правоотношений после погашения договорного долга путем передачи отступного.....	1160
9. Отступное и плата за отказ от договора или за согласие расторгнуть договор	1160
10. Соглашение об отступном как основание для перерыва и возобновления исковой давности.....	1161
11. Последствия неправомерного уклонения от принятия отступного	1162
Статья 410. Прекращение обязательства зачетом	1164
1. Позитивные предпосылки зачета: общие положения	1165
2. Встречность требований.....	1165
2.1. Общие положения	1165
2.2. Исключения из принципа встречности.....	1167
2.2.1. Зачет третьего лица	1167
2.2.2. Зачет при переходе требования к третьему лицу ...	1168
2.2.3. Зачет страховщика.....	1168
2.2.4. Мнимые исключения из принципа встречности	1169
2.2.5. Допустимость договорных изъятий из предпосылки встречности	1172
3. Однородность.....	1172
3.1. Денежные требования, номинированные в разных валютах.....	1174
3.2. Зачет основного долга против охранительного притязания..	1175
3.2.1. Зачет неустойки и механика применения ст. 333 ГК РФ.....	1176
3.2.2. Зачет охранительных притязаний и правила об ограничении или освобождении от ответственности	1181
4. Осуществимость активного требования	1184
4.1. Наступление срока исполнения как показатель осуществимости.....	1184
4.2. Зачет активного требования, срок по которому исчисляется периодом.....	1184
4.3. Заранее сделанное заявление о зачете	1186
4.4. Зачет требования, срок которого не наступил	1187
4.5. Иные, чем срок, критерии осуществимости активного требования	1188
4.6. Неистечение исковой давности	1190
5. Исполнимость пассивного требования	1190
5.1. Заявление о зачете до наступления момента исполнимости пассивного обязательства.....	1194

5.2. Зачет пассивного требования, принудительное исполнение которого невозможно	1194
6. Механизм зачета	1196
6.1. Заявление о зачете	1196
6.2. Условия действительности заявления о зачете	1197
6.3. Заявление о зачете под условием или с назначением срока.....	1197
7. Момент прекращения зачитываемых требований	1200
7.1. Ретроактивность	1200
7.1.1. <i>Механика применения</i>	1200
7.1.2. <i>Ретроактивность при правопреемстве</i>	1203
7.1.3. <i>Ретроактивность при зачете, объявляемом третьим лицом по правилам ст. 313 ГК РФ</i>	1203
7.2. Правовые последствия ретроактивности	1204
7.2.1. <i>Неустойки, охранительные проценты, мораторные убытки</i>	1204
7.2.2. <i>Регулятивные проценты</i>	1204
7.3. Оценка идеи ретроактивности	1205
7.4. Применимость идеи ретроактивности к судебному зачету, зачету на стадии исполнения решения суда и зачету на основании соглашения сторон.....	1207
8. Частичный зачет и проблема атрибуции погашающего эффекта зачета при наличии нескольких требований	1207
9. Зачет в суде	1208
9.1. Правовые формы зачета в суде.....	1208
9.2. Инстанционные границы зачета в суде	1213
9.3. Момент прекращения зачитываемых требований	1214
10. Зачет в исполнительном производстве	1216
10.1. Момент прекращения обязательств.....	1218
11. Смежные конструкции	1219
11.1. Договорный зачет	1219
11.1.1. <i>Момент прекращения обязательств</i>	1219
11.2. Автоматический зачет на основании договора.....	1221
11.3. Автоматическое засчитывание взаимных долгов в силу закона	1221
Статья 411. Случаи недопустимости зачета	1227
1. Негативные предпосылки зачета: общие положения	1227
1.1. Недопустимость зачета высокоперсонифицированных требований.....	1227
1.2. Недопустимость зачета задавненных требований.....	1230

2. Иные нормативные случаи недопустимости зачета	1232
2.1. Запрет зачета в банкротстве. Доктрина сальдирования ...	1232
2.1.1. <i>Развитие доктрины сальдирования в практике ВС РФ</i>	1233
2.1.2. <i>Обоснование игнорирования запрета на зачет в банкротстве</i>	1238
2.1.3. <i>Некоторые спорные аспекты</i>	1240
2.1.4. <i>Сложности с определением общей формулы</i>	1242
2.2. Недопустимость зачета, вытекающая из существа требований и целей законодательного регулирования	1245
3. Договорный запрет зачета	1246
4. Последствия нарушения запрета зачета	1246
5. Применение к квазизачетным конструкциям	1247
5.1. Договорный зачет	1247
5.2. Автоматический зачет	1248
Статья 412. Зачет при уступке требования	1250
1. Зачет при уступке: изъятие из предпосылки встречности	1251
2. Условия допустимости зачета при уступке	1251
2.1. Возникновение правового основания до получения уведомления	1251
2.2. Наступление срока по активному требованию должника к цеденту: законодательное решение и его критика	1253
2.2.1. <i>Критический разбор</i>	1253
2.2.2. <i>Дезавуирование условия созревания активного требования на уровне практики ВС РФ</i>	1253
2.3. Требования должника к цеденту, созревание которых зависит от обстоятельств, наступающих после получения уведомления	1255
2.4. Отличие российского подхода от некоторых зарубежных подходов	1258
2.5. Зачет против цессионария активного требования должника к самому цессионарию	1259
2.6. Применение при частичной уступке	1259
2.7. Применение при последовательной многократной уступке	1259
2.8. Применение к иным случаям перемены кредитора	1260
3. Уведомление о цессии (переходе права) как критерий ограничения права на зачет	1261
4. Ответственность цедента	1263
5. Зачет в период после перехода права и до получения уведомления должником	1265

Статья 413. Прекращение обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице	1266
1. Конфузия: общие положения	1266
1.1. Основания конфузии.....	1266
1.2. Конфузия в рамках обязательств с множественностью лиц.....	1267
1.3. Исключения.....	1268
1.3.1. <i>Вексель и облигации</i>	1268
1.3.2. <i>Казначейские акции или доли</i>	1270
1.3.3. <i>Другие примеры</i>	1271
1.4. Конфузия и ущерб третьим лицам.....	1271
1.5. «Ненастоящая конфузия»	1273
2. Конфузия и новация	1273
3. Применимость конфузии к ограниченным вещным правам и иным производным абсолютным правам	1274
Статья 414. Прекращение обязательства новацией	1276
1. Понятие и условия новации	1277
1.1. Существование первоначального обязательства.....	1277
1.2. Действительность первоначального обязательства.....	1279
1.3. Соглашение о новации: содержание.....	1280
1.4. Соглашение о новации: форма	1281
1.5. Соглашение о новации: порядок совершения	1283
1.5.1. <i>Новация долга и регистрация договора</i>	1283
1.5.2. <i>Иные процедурные особенности</i>	1284
1.6. Новое обязательство	1285
1.7. Намерение обновить	1287
1.8. Новация и изменение обязательства	1288
1.9. Новация и отступное	1290
1.10. Новация и дополнительное установление нового обязательства	1290
1.11. Новация и конфузия.....	1291
1.12. «Трансформация договорного типа» как возможное последствие новации договорного обязательства	1291
1.13. Допустимость новации.....	1297
1.14. «Автоматическая» новация при наступлении условия или срока.....	1298
2. Последствия новации в отношении акцессорных обязательств	1299
2.1. Последствия новации в отношении иных дополнительных обязательств.....	1300

2.2. Последствия новации в отношении возражений должника.....	1301
2.3. Последствия новации долга, вытекающего из применения мер ответственности	1304
2.4. Новация субординируемых при банкротстве требований	1307
Статья 415. Прощение долга	1309
1. Понятие прощения долга.....	1309
1.1. Прощение долга как распорядительная сделка и правовое основание прощения	1310
1.1.1. <i>Последствия определения каузы прощения долга</i>	<i>1313</i>
1.1.2. <i>Каузальность или абстрактность?.....</i>	<i>1314</i>
1.2. Прощаемый долг	1315
1.2.1. <i>Прощение долга и условное обязательство</i>	<i>1315</i>
1.2.2. <i>Возможно ли прощение будущих требований, для которых на момент прощения нет правового основания?</i>	<i>1317</i>
1.3. Конкретизация прощаемого требования.....	1318
1.4. Судьба дополнительных охранительных притязаний.....	1320
1.5. Прощение долга, вытекающего из корпоративных, вещных, реституционных и иных относительных правоотношений.....	1321
1.5.1. <i>Корпоративные обязательства</i>	<i>1321</i>
1.5.2. <i>Обязательства, вытекающие из вещных правоотношений и реституционных правоотношений</i>	<i>1322</i>
2. Форма и иные процедурные аспекты прощения долга	1324
2.1. Договор или односторонняя сделка.....	1324
2.2. Форма прощения долга	1327
2.3. Очевидность волеизъявления на отказ от права и эстоппель	1329
2.4. Согласие на прощение долга.....	1331
2.5. Прощение долга под условием.....	1332
2.6. Прощение долга и временный отказ от осуществления права.....	1334
2.7. Неосуществление права требования как основание для утраты права	1337
2.8. Прощение долга после возбуждения судебной процедуры взыскания долга	1338
2.9. Прощение долга и отказ от иска	1340

Статья 416. Прекращение обязательства невозможностью исполнения	1342
1. Невозможность исполнения	1342
1.1. Объективная и субъективная невозможность	1343
1.1.1. <i>Различие объективной и субъективной невозможности</i>	1343
1.1.2. <i>Последствия субъективной невозможности</i>	1345
1.2. Перманентная и временная невозможность	1346
1.2.1. <i>Последствия временной невозможности: отказ от договора кредитора</i>	1349
1.2.2. <i>Право должника на отказ от договора на фоне временной невозможности</i>	1353
1.3. Фактическая и юридическая невозможность	1356
1.4. Полная или частичная невозможность исполнения	1357
1.5. Невозможность реализации того или иного модуля исполнения	1357
1.6. Невозможность обеспечить должное качество результата входящего в предмет обязательства предоставления	1358
1.7. Возникновение невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон	1359
1.7.1. <i>Определение ответственности сторон за возникновение невозможности исполнения</i>	1359
1.7.2. <i>Судьба обязательства при возникновении невозможности по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон</i>	1361
1.8. Условный аспект синаллагмы	1365
1.8.1. <i>Опцион на изменение дизайна синаллагмы</i>	1366
1.8.2. <i>Возложение риска невозможности исполнения на кредитора</i>	1367
1.9. Невозможность исполнения основных и дополнительных договорных обязательств	1370
1.10. Невозможность исполнения кредиторской обязанности	1371
1.11. Симметричная невозможность	1371
1.12. Наступление невозможности исполнения после впадения должника или кредитора в просрочку	1372
1.13. Информационная обязанность	1374
1.14. Специальное договорное регулирование и специальные нормы закона	1375

1.14.1. <i>Специальные нормы и договорные условия о последствии наступления временной невозможности</i>	1375
1.14.2. <i>Распределение риска случайной невозможности исполнения</i>	1376
1.15. Спорные примеры применения ст.416 ГК РФ	1378
1.16. Проблема изначальной невозможности исполнения	1379
1.16.1. <i>Первоначальная временная невозможность</i>	1379
1.16.2. <i>Изначальная перманентная невозможность</i>	1381
1.17. Затруднительность исполнения	1385
1.18. Различие между невозможностью исполнения и ситуацией отпадения цели договора	1387
2. Последствия наступления невозможности исполнения, за которую отвечает кредитор	1389

Статья 417. Прекращение обязательства на основании акта органа государственной власти или органа местного самоуправления

1. Сфера применения	1392
1.1. Варианты решения проблемы	1394
1.2. Применение общих правил о невозможности исполнения, закрепленных в ст. 416 ГК РФ.....	1397
1.3. Соотношение правил ст. 417 и ст. 422 ГК РФ	1398
1.4. Акты международных и зарубежных органов.....	1399
1.5. Фактическая невозможность, предопределенная изданием акта органом государственной власти или муниципалитета	1400
1.6. Диспозитивность	1400
1.7. Ответственность за издание незаконного акта.....	1401
2. Юридическая невозможность, возникшая в связи с неправомерным поведением должника	1401
3. Восстановление прекращенного обязательства	1402
3.1. Отказ от договора.....	1403
3.2. Разумный срок на отказ.....	1403
3.3. «Воскрешение» обеспечений	1404
3.4. Течение сроков на исполнение и исковой давности.....	1405
3.5. «Воскрешение» обязательства и аспект синаллагмы	1406

Статья 418. Прекращение обязательства смертью гражданина

1. Прекращение обязательства смертью должника	1407
--	------

1.1.	Денежный долг	1408
1.1.1.	<i>Алименты</i>	1409
1.1.2.	<i>Долг по возмещению имущественного вреда, причиненного жизни или здоровью</i>	1411
1.1.3.	<i>Долг по возмещению морального вреда</i>	1413
1.1.4.	<i>Карательные компенсации</i>	1414
1.1.5.	<i>Долг по выплате ренты и иные реальные обязательства</i>	1416
1.1.6.	<i>Судьба денежного долга в части, превышающей стоимость унаследованного имущества</i>	1417
1.1.7.	<i>Специфика последствий смерти должника по денежному обязательству, обеспеченному поручительством, или смерти поручителя</i>	1420
1.2.	Неденежное обязательство	1422
1.2.1.	<i>Обязательство по отчуждению имущества, определяемого родовыми признаками</i>	1425
1.2.2.	<i>Обязательство по отчуждению индивидуально-определенного имущества, отсутствовавшего у наследодателя на момент своей смерти и не попавшего в наследственную массу</i>	1427
1.2.3.	<i>Обязательство по отчуждению индивидуально-определенного имущества, права на которое на момент смерти принадлежало должнику</i>	1428
1.2.4.	<i>Обязательство оказать услугу или выполнить работу</i>	1431
1.2.5.	<i>Негативное обязательство</i>	1432
1.3.	Условный аспект встречности при прекращении обязательства, вытекающего из синаллагматического договора, в связи со смертью должника	1433
1.4.	Убытки	1434
1.4.1.	<i>Убытки, вызванные нарушением обязательства, которое должник допустил до своей смерти</i>	1434
1.4.2.	<i>Убытки взамен реального исполнения</i>	1435
1.5.	Смерть после начала просрочки	1440
1.6.	Уточнение правил преемства в долге на уровне условий договора	1440
1.7.	Судьба обязательств умершего должника по долгосрочным контрактам	1441
1.8.	Объявление гражданина умершим	1442
2.	Прекращение обязательства смертью кредитора	1442
2.1.	Примеры	1444

2.1.1.	<i>Рента и пожизненное содержание с иждивением</i>	1444
2.1.2.	<i>Алименты</i>	1445
2.1.3.	<i>Возмещение вреда жизни или здоровью</i>	1446
2.1.4.	<i>Моральный вред</i>	1446
2.1.5.	<i>Карательные компенсации</i>	1447
2.1.6.	<i>Обязательство, исполнение которого предназначено исключительно лично для исходного кредитора</i>	1447
2.2.	Значение законодательных или договорных запретов на уступку.....	1447
2.3.	Свобода договора.....	1449
3.	Комплексная передача договора в случае смерти ее стороны:	
	общие замечания	1449
3.1.	Соглашения об установлении ограниченных вещных прав или иных подобных sinalлагматических договоров, структурирующих обременение объекта гражданских прав.....	1450
	3.1.1. <i>Смерть собственника обремененного актива</i>	1450
	3.1.2. <i>Смерть обладателя производного абсолютного права на обремененный актив</i>	1453
3.2.	Иные sinalлагматические договоры	1458
	3.2.1. <i>Примеры из практики ВС РФ</i>	1461
3.3.	Простое товарищество	1463
3.4.	Специфика преемства в договорной позиции стороны sinalлагматического договора, неразрывно связанной с обладанием умершей стороной абсолютным правом на некое имущество	1464
	Статья 419. Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица	1467
1.	Общее правило	1467
2.	Применимость к ситуациям ликвидации организации-должника	1468
	2.1. Акселерация долгов	1470
	2.2. Судьба обязательства по осуществлению открывающего предоставления	1472
	2.3. Убытки за срыв договорной программы при ликвидации должника	1473
	2.4. Условный аспект sinalлагмы	1474
	2.5. Так какие долги прекращаются?.....	1475
	2.6. Исключения из правила ст. 419 ГК РФ, связанные с правопреемством.....	1476

2.7. Ликвидация организации, у которой осталось не учтенное в ходе ликвидации имущество	1477
2.7.1. <i>Правовая природа требования о распределении обнаруженного имущества и ее влияние на вопрос о судьбе долга ликвидированной организации</i>	1480
2.7.2. <i>Специфика распределения обнаруженного имущества организации-должника, ликвидированной в ходе дела о банкротстве</i>	1484
2.7.3. <i>Уступка требования после ликвидации должника</i>	1490
2.8. Исполнительное производство	1490
3. Судьба обязательства при ликвидации организации-кредитора	1491
4. Последствия признания ликвидации недействительной	1494

ВВЕДЕНИЕ

Представленный на суд читателя постатейный комментарий выходит в рамках запущенной в 2017 г. серии комментариев к гражданскому законодательству #Глосса. Первая книга в этой серии была посвящена общим положениям ГК РФ о договорах и обязательствах и вышла в начале 2017 г.¹ После этого мы подготовили еще четыре тома. Второй, вышедший в начале 2018 г., был посвящен общим положениям о сделках, представительстве и исковой давности². Третий, опубликованный в сентябре 2018 г., — положениям ГК РФ о наследственном праве³. Четвертый, увидевший свет весной 2019 г., — положениям ГК РФ о финансовых сделках (займе, кредите, факторинге, вкладе и счете)⁴. Пятый том серии был посвящен общим положениям ГК РФ, закрепленным в ст. 1–16.1 ГК РФ⁵.

К 2020 г. пришла пора обновлять первый том, посвященный общим положениям ГК РФ о договорах и обязательствах. В процессе работы над обновленным изданием текст комментария в результате переработки и дополнения значительно вырос в объеме. Когда в 2015 и 2016 гг. готовился первый том, мы пытались излагать проблематику предельно реферативно, дабы в одном томе охватить всю общую часть обязательственного и договорного права. Но с каждым последующим томом глубина раскрытия материала возрастала. Потому, когда авторы приступили к обновлению первого тома, не было никаких сомнений, что уместить его в рамки одной книги не получится. В связи с этим было принято решение разбить текст на несколько книг. Первая из них вышла в 2020 г. и была посвящена общим положениям о дого-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017.

² Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018.

³ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018.

⁴ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019.

⁵ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2020.

воре (ст. 420–453 ГК РФ)¹. Вторую, посвященную общим положениям ГК РФ об исполнении и прекращении обязательств (ст. 307–328 и 407–419 ГК РФ), вы сейчас и держите в руках. Наконец, еще предстоит обновить ту часть первого тома, которая посвящена вещным и личным способам обеспечения, перемене лиц в обязательстве и ответственности за нарушение обязательства.

Подробно писать о концепции серии #Глосса не буду, так как во введениях к предыдущим томам я это уже делал. Думаю, читатель, который обращается к настоящему тому, уже знаком со стилистикой и форматом данной серии и работал с предыдущими томами. Скажу лишь, что серия живет и развивается. В процессе работы над обновлением первого тома текст был значительно расширен, многие вопросы рассмотрены более глубоко, учтена практика высших судов за те пять лет, которые прошли с момента написания первого издания. Некоторые же озвученные в первом издании оценки и выводы были уточнены и скорректированы с учетом эволюции взглядов авторов. Наконец, текст комментария к некоторым статьям был в принципе переписан заново в тех случаях, когда авторам показалось уместным это сделать.

Настоящая книга готовилась и редактировалась с осени 2020 г. по осень 2021 г. и отражает текст ГК РФ, содержание иных законов и судебную практику по состоянию на октябрь 2021 г.

В ходе написания комментария большую помощь своими замечаниями и критикой на проекты комментариев к некоторым статьям ГК РФ оказали многие коллеги и друзья.

Особую благодарность как ответственный редактор хочу выразить своим соратникам – А.А. Павлову и С.В. Сарбашу, которые не только написали комментарии к некоторым статьям в рамках этой книги, но и вычитали весь ее текст и представили ценные замечания, позволившие сделать текст лучше, а также регулярно участвовали в своеобразных телефонных «мозговых штурмах», посвященных многочисленным вопросам, которые возникали в ходе подготовки книги.

Также хочу сказать спасибо тем коллегам, которые согласились прочитать отдельные фрагменты и дать плодотворные замечания и предложения по улучшению текста: Н.В. Тололаевой, А.О. Рыбалову, А.Д. Рудоквасу, С.А. Громову, В.Н. Косцову, А.Н. Сироте, А.Г. Архиповой, И.С. Чупрунову, К.В. Гричанину, Р.Т. Мифтахутдинову, В.С. Гербутову, А.А. Ягельницкому, Т.С. Красновой, Г.А. Скутину, В.В. Ралько, А.В. Егорову, Д.И. Степанову, А.И. Шайдуллину, Э.С. Пономаревой,

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2020.

А.А. Новицкой, П.Н. Семенцову, Р.Р. Валиеву, И.А. Ястржембскому, Р.С. Бевзенко, Ю.Н. Муллиной. Кроме того, выражаю благодарность другим многочисленным коллегам и друзьям, с которыми в течение года мы устно в телефонных беседах, в формате онлайн-конференций Юридического института «М-Логос» и на иных площадках обсуждали многие из вопросов, раскрытых на страницах настоящей книги.

Остается надеяться на то, что данная книга покажется российским юристам полезной и поможет лучше сориентироваться в море проблемных вопросов российского обязательственного права.

А.Г. Карапетов

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

- Венская конвенция 1980 г.** – Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.)
- Модельные правила европейского частного права** – Принципы, определения и модельные правила европейского частного права: Проект общей системы координат европейского частного права (изданы в 2009 г.)
- Принципы УНИДРУА** – Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА (в ред. 2016 г.)
- ГГУ** – Германское гражданское уложение от 18 августа 1896 г. (СПС «КонсультантПлюс»)
- АПК РФ** – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012
- ГК РФ** – Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ, часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 1996. № 5. Ст. 410
- ГПК РФ** – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532
- ЗК РФ** – Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147
- КВВТ РФ** – Кодекс внутреннего водного транспорта Российской Федерации от 7 марта 2001 г. № 24-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 11. Ст. 1001
- КоАП РФ** – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. I). Ст. 1
- КТМ РФ** – Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207
- НК РФ** – Налоговый кодекс Российской Федерации (часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ, часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ) // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; 2000. № 32. Ст. 3340
- СК РФ** – Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16
- УК РФ** – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954
- Закон о банкротстве** – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190

- Закон о государственной регистрации недвижимости** – Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости» // СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4344
- Закон о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей** – Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. I). Ст. 3431
- Закон о закупках** – Федеральный закон от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. I). Ст. 4571
- Закон о защите конкуренции** – Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434
- Закон о защите прав потребителей** – Закон РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140
- Закон о контрактной системе** – Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652
- Закон о концессионных соглашениях** – Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126
- Закон о национальной платежной системе** – Федеральный закон от 27 июня 2011 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872
- Закон о потребительском кредите (займе)** – Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» // СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6673
- Закон о приватизации** – Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.
- Закон о рынке ценных бумаг** – Федеральный закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.
- Закон об адвокатской деятельности и адвокатуре** – Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.
- Закон об АО** – Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1
- Закон об информации, информационных технологиях и о защите информации** – Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об инфор-

- мации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3448
- Закон об ипотеке** – Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400
- Закон об исполнительном производстве** – Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 8489
- Закон об ООО** – Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785
- Закон об опеке и попечительстве** – Федеральный закон от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» // СЗ РФ. 2008. № 17. Ст. 1775
- Закон об участии в долевом строительстве** – Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. I). Ст. 40
- Закон об электронной подписи** – Федеральный закон от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи» // СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036
- Основы законодательства о нотариате** – Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357
- УАТиГНЭТ** – Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 259-ФЗ «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта» // СЗ РФ. 2007. № 46. Ст. 5555
- УЖТ РФ** – Федеральный закон от 10 января 2003 г. № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 170
- ВАС РФ** – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации
- ВС РФ** – Верховный Суд Российской Федерации
- КС РФ** – Конституционный Суд Российской Федерации
- СКГД ВС РФ** – Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации
- СКЭС ВС РФ** – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации
- ЕГРН** – Единый государственный реестр недвижимости
- ЕГРЮЛ** – Единый государственный реестр юридических лиц

Подраздел 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

ГЛАВА 21. ПОНЯТИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Статья 307. Понятие обязательства

1. В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то: передать имущество, выполнить работу, оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности.

2. Обязательства возникают из договоров и других сделок вследствие причинения вреда, вследствие неосновательного обогащения, а также из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе.

3. При установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию.

Комментарий

1. Понятие обязательства

Пункт 1 ст. 307 ГК РФ дает определение обязательства, имеющего центральное значение для всего комплекса норм обязательственного права.

Российский ГК как в комментируемой норме, так и во многих иных нормах общей части обязательственного права исходит из концепции обязательства как относительной правовой связи (*iuris vinculum*) нескольких лиц, в рамках которой одно лицо (должник) обязано совершить те или иные действия либо воздержаться от их совершения (долг, обязанность), а другое лицо (кредитор) имеет право требовать от должника такого поведения (притязание, требование¹). Данная

¹ Здесь и далее термины «притязание» и «требование» будут пониматься как синонимы.

правовая связь формирует программу особого обязательственного правоотношения.

Обязательства возникают из договора, односторонней сделки, судебного решения и ряда иных оснований (подробнее об основаниях возникновения обязательств см. комментарий к п. 2 ст. 307 ГК РФ).

Кредитора, в дореволюционном праве именуемого верителем, иногда именуют активной стороной обязательства, а должника (дебитора) — пассивной стороной, несмотря на то что в большинстве случаев исполнение обязательства требует того или иного активного поведения должника.

Предметом (содержанием) обязательства как правовой связи является требуемое поведение должника.

Большинство обязательств направлено на осуществление за счет того или иного поведения должника предоставления, позволяющего удовлетворить ту или иную потребность кредитора или иного лица, об интересах которого кредитор заботится, доставить некое экономическое благо («экономическое» здесь понимается в самом широком смысле, включая такое удовлетворение, которое не имеет непосредственно имущественного характера). Но некоторые обязательства носят скорее организационный характер и помогают реализации тех обязательств, исполнение которых приводит к осуществлению предоставления (подробнее см. п. 1.12 комментария к настоящей статье).

Как было выше показано, должное поведение должника, которое кредитор вправе от него требовать, корректнее именовать предметом обязательства. В то же время, если обязательственное предоставление касается того или иного объекта гражданских прав (например, передача в собственность вещи), можно обнаружить *объект обязательственного предоставления*. Поэтому предмет (содержание) обязательства продавца — передача вещи в собственность, а сама вещь является объектом данного обязательственного предоставления. Впрочем, читатель должен осознавать извечность споров о предмете и объекте правоотношений в теории гражданского права. Выше было описано то понимание данных понятий, которого мы придерживаемся в рамках комментария к настоящей статье и стараемся придерживаться в комментариях к другим статьям ГК РФ.

Понимание обязательства как правовой связи, включающей в себя а) долг одного лица, предметом которого является то или иное требуемое от должника поведение, и б) корреспондирующее этому долгу право требования другого лица, достаточно традиционно для континентально-правовой традиции частного права, сформировавшейся в результате развития римско-правовой догматики обязательственного

права. Иначе говоря, не существует какой-то особой и уникальной российской концепции обязательства, само это понятие, как и почти весь массив правил, институтов, принципов и доктрин общей части обязательственного права, есть результат рецепции решений, выработанных поколениями римских юристов и их последователей от средневековых глоссаторов до французских и немецких цивилистов-теоретиков XVII–XIX вв. и привнесенных в российский правовой контекст на тех или иных этапах догоняющего развития российского частного права.

Но читатель не должен впасть в иллюзии по поводу бесспорности того понятия, которое отражено в п. 1 ст. 307 ГК РФ. Дело в том, что иногда ставится под сомнение идея непременно поведенческого содержания долга (действие или бездействие должника) и предлагается считать, что обязательство предполагает гарантию наступления в будущем или наличия в настоящем того или иного обстоятельства и согласие отвечать за подрыв ожиданий кредитора в результате несоответствия реальности этим гарантиям. В рамках такой концепции обязательство сводится к ответственности за объективный факт, а поведение должника как условие возникновения указанного обстоятельства может как присутствовать, так и отсутствовать и в целом имеет непринципиальное значение. Такой подход не вписывается в определение обязательства, закрепленное в п. 1 ст. 307 ГК РФ, и в целом нами не поддерживается. Действительно, как далее будет показано, в ряде случаев ответственность за объективный факт, казалось бы, может наступать при отсутствии некой предварительно существующей правовой связи, предполагающей правоотношение с поведенческим содержанием, но в этих особых случаях возможны иные объяснения данного феномена (подробнее см. п. 1.14–1.17 комментария к настоящей статье).

1.1. Значение имущественного элемента в обязательстве

Установление и исполнение обязательства направлены на осуществление предоставления, удовлетворяющего ту или иную индивидуальную потребность кредитора, или сопровождает такое предоставление, организационно его обеспечивая. Сама потребность кредитора может состоять в приращении своей имущественной массы и извлечении дохода, в получении удовольствия (например, исполнение обязательства по демонстрации кинофильма в кинотеатре) или некой иной личной и нематериальной пользы (например, лечение, обучение) либо может носить вовсе альтруистический характер, если цель кредитора состоит в удовлетворении потребностей ближних (например, благотворительный фонд, выступая в качестве кредитора по договору пожертвования, пытается за счет удовлетворения своего адресованного благотворителю

требования получить средства или иное имущество, которые будут направлены или использованы на лечение детей).

Эгоистический или альтруистический характер потребности кредитора, удовлетворяемой за счет исполнения обязательства, не имеет определяющего значения для признания обязательства существующим (хотя и может влиять в ряде случаев на детали его правового режима). Иначе говоря, непосредственная цель обязательства состоит в том, чтобы предоставить кредитору юридическую возможность удовлетворить ту или иную индивидуальную потребность за счет поведения должника.

В литературе иногда звучат сомнения по поводу возможности существования обязательств с неимущественным содержанием и обязательств, не поддающихся денежной оценке. Эти сомнения кажутся бесосновательными и основанными на заблуждении по поводу базовых экономических феноменов.

Любое предоставление, которое приносит другому лицу пользу, некое благо, не находящееся в неограниченном доступе, доставляет кредитору *экономическое* благо. Это экономическое благо необязательно должно состоять в передаче какого-либо имущества или денег, оно может состоять, например, в передаче информации, воздержании от распространения информации, медицинской услуге, психологической поддержке или помощи в поиске подходящей пары для формирования семьи. Речь, наконец, может идти вовсе об организационных обязательствах (проголосовать так или иначе на собрании участников общества, совершить иное волеизъявление, предоставить отчет, проинформировать и т.п.).

Про денежную оценку вовсе говорить несерьезно, ибо многие блага с трудом поддаются оценке. Если развитого рынка абсолютных аналогов нет, а следовательно, нет и доступной статистики цен, то и объективно оценить конкретное благо невозможно. Если предоставление данного блага осуществляется возмездно, то стороны сами его оценят и укажут в договоре размер встречного предоставления, который их устраивает. При этом данное встречное предоставление может быть выражено как в деньгах, так и в виде иного предоставления. В обмен на психологическую консультацию клиент может обязаться подтянуть математику у сына психолога. Заключая соглашение о взаимной конфиденциальности или координации поведения сторон при использовании некоего общего ресурса (например, общей кухни в квартире, доли в праве на которую принадлежат нескольким лицам), стороны принимают на себя взаимные обязательства, исполнение которых удовлетворяет потребность другого или приводит

к реализацию некой общей цели. Это все обязательства, если воля сторон считать себя связанными в юридическом смысле налично. Отсутствие договоренности о цене и затруднительность в определении объективной рыночной цены каждого из таких предоставлений такому выводу не препятствуют.

Если предоставление осуществляется безвозмездно, это также не мешает обязательству появиться на свет при условии, что воля сторон или требования права направлены на формирование обязательственной правовой связи. Например, социальные сети и мессенджеры оказывают миллиардам людей услуги по обеспечению их коммуникаций бесплатно, а на некоторых этапах своего развития и даже без демонстрации рекламы (рассчитывая на монетизацию проекта в будущем и пока концентрируясь на приращении клиентской базы), т.е. не извлекая никакой непосредственной выгоды ни от клиентов, ни от рекламодателей, но это не означает, что отношения между такими сервисами и их клиентами не носят обязательственный характер.

Иногда сторонники имущественного элемента в обязательстве пытаются спасти свою концепцию, заявляя, что этот элемент проявляется на этапе нарушения: мол, нарушение обязательства может спровоцировать убытки, измеряемые в деньгах. Если же нелегально представить, что нарушение спровоцирует имущественные потери, то, якобы, это означает, что между нами нет обязательственной связи. Ведь если невозможно взыскать убытки, то исчезает перспектива гражданской ответственности (которая состоит прежде всего во взыскании имущественных потерь в форме возмещения убытков), а если нет ответственности, то, якобы, исчезает элемент принудительности связи сторон. Этот аргумент также следует отвергнуть. В целом ряде случаев нарушение обязательства дает право на взыскание морального вреда. Российское право также допускает в относительно широком формате иски о присуждении к исполнению обязательства и иски о пресечении поведения, нарушающего негативное обязательство (ст. 308.3 и п. 6 ст. 393 ГК РФ). Кроме того, при нарушении договорного обязательства осуществить чисто неимущественное предоставление кредитор наделен целым рядом иных средств защиты (например, отказ от договора с целью прекращения своего встречного обязательства или приостановление своего встречного исполнения). Наконец, стороны могут согласовать (или закон может установить) неустойку в качестве меры ответственности. Как мы видим, санкции за нарушение обязательства не сводятся ко взысканию имущественных потерь (убытков). Необходимость обосновать применимость этих средств защиты требует признания самой базовой обязательственной правовой связи. Так что

даже в тех случаях, когда нарушение обязательства не способно причинить кредитору имущественные потери, мы вполне можем увидеть обязательственную связь. Кроме того, способность спровоцировать убытки — это крайне неуловимый критерий, зависящий от массы уникальных обстоятельств, этот критерий явно не может претендовать на статус необходимого условия для признания обязательственной связи возникшей.

Гражданское право регулирует не только имущественные отношения, но любые «горизонтальные» социальные отношения между людьми, основанные на формальном равенстве, а не на власти и подчинении, если такие отношения достойны государственного вмешательства. Эти отношения могут быть и неимущественными. Напомним, что в п. 1 ст. 2 ГК РФ для ясности еще в 2006 г. было внесено значимое уточнение. Если до этого в данной норме было указано на то, что гражданское законодательство регулирует имущественные *и связанные с ними* неимущественные отношения, то согласно поправкам 2006 г., вступившим в силу с 1 января 2008 г., указание на связь с имущественными отношениями удалено из текста нормы и теперь указано, что гражданское законодательство регулирует как имущественные, так и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников. Многие цивилисты не могут избавиться от этой подсознательной привязки гражданского права к имущественным отношениям и осознать значение данной новеллы, отсюда и сомнения по поводу обязательств с неимущественным содержанием. Но эти сомнения должны быть оставлены. Гражданское право — это не только про деньги и собственность, но и про отношения внутри некоммерческих организаций, опеку, суррогатное материнство, защиту нематериальных благ и многое другое. Поэтому если в силу закона, иного правового акта, обычая, соглашения или принципов права (в первую очередь принципа доброй совести) между сторонами как участниками некоего социального отношения возникает обязательство, его предмет может не быть связан ни прямо, ни косвенно с имуществом.

То, что на практике чаще всего тот или иной имущественный элемент либо прямо характеризует предмет обязательства (обязательство опосредует передачу имущества), либо присутствует опосредованно (осуществление в рамках обязательства некоего неимущественного предоставления происходит в обмен на то или иное имущество, или такое предоставление объективно имеет рыночную цену), либо проявляется на этапе ответственности (взыскание убытков), связано с тем, что при полном отсутствии того или иного имущественного

элемента нередко сами отношения не требуют государственного регулирующего вмешательства, а заключаемые соглашения без какого-либо имущественного элемента часто не носят правовой характер и направлены на порождение сугубо нравственных, а не правовых связей. Когда влюбленные договариваются о randevu, они не имеют в виду сформировать обязательственную связь и возможность предъявления исков расстроеного кавалера в случае, когда возлюбленная не пришла на свидание. Если же молодые люди в итоге образовали пару и договорились о распределении обязанностей по выгулу общей собаки, они явно не имеют в виду породить обязательства, на основе которых возможно, скажем, принуждение к исполнению в натуре.

Но цель закона, обычай, принцип доброй совести либо волеизъявление самих сторон могут быть направлены на установление подлежащих судебной защите обязательств по осуществлению предоставлений, пусть и таких, которые: а) структурируют удовлетворение неимущественных, альтруистических, духовных и даже религиозных потребностей; б) не осуществляются в обмен на имущество; в) не имеют объективной рыночной оценки и при этом в) вряд ли в случае нарушения способны причинить значимые имущественные потери.

1.2. Обязательство в узком и широком смысле

Обязательство является одним из тех понятий, в которые юристы вкладывают очень разные смыслы в зависимости от контекста.

В п. 1 ст. 307 ГК РФ отражено понятие обязательства как правовой связи, в рамках которой одна сторона связана долгом, обязывающим к тому или иному поведению, а другая — наделена корреспондирующим этому долгу правом требования соответствующего поведения.

Но есть несколько иных различающихся по широте своего охвата вариантов семантики понятия обязательства, которые иногда встречаются в тексте закона, судебных актах, речи юристов и юридических публикациях, далеко не все из них являются корректными.

1.2.1. Обязательство как синоним обязанности

Очень распространенным является иной контекст употребления понятия «обязательство», назовем его зауженным. Согласно п. 1 ст. 307 ГК РФ обязанность одного лица (должника) перед другим лицом (кредитором) является одним из двух элементов обязательства как правовой связи. Второй элемент — это право кредитора требовать от должника исполнения. Понятие обязательства как правовой связи, закрепленное в комментируемой норме, охватывает собой оба эти элемента. В то же время во многих нормах ГК РФ понятие обязательства используется в более узком смысле, подразумевая лишь первый элемент — соответствующую обязанность должника. Например, ст. 393 ГК РФ

говорит о взыскании убытков при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства. Очевидно, что здесь законодатель имеет в виду не обязательство как программу правоотношения, а только лишь обязанность должника. Нарушается не обязательство как программа правоотношения, а соответствующая входящая в эту программу обязанность. То же касается и норм об исполнении обязательства: исполняется не обязательство как программа правоотношения, а включенная в эту программу обязанность должника.

Вторая этим нормам Кодекса, многие юристы в своей речи или юридических текстах, говоря об обязательстве, часто имеют в виду только один из двух элементов программы обязательственного правоотношения. Авторы настоящего комментария имеют в виду то же, когда пишут о нарушении или исполнении обязательства: здесь понятие обязательства используется в более узком смысле.

1.2.2. Обязательство как синоним комплекса договорных правоотношений

В тех случаях, когда обязательство вытекает из договора, следует иметь в виду, что обязательство неравнозначно всей комплексной программе договорных правоотношений, так как обязательственный договор в подавляющем числе случаев порождает несколько обязательств обеих его сторон. Так, например, договор купли-продажи создает как минимум два обязательства: продавца — передать вещь в собственность, покупателя — уплатить за нее цену.

К сожалению, некоторые юристы используют понятие «обязательство» в самом широком смысле, понимая под ним весь комплекс договорных правоотношений, складывающихся между сторонами договора. По сути, они приравнивают обязательство и содержание договора: в рамках такой нелепой концепции купля-продажа — это одно большое обязательство, включающее в себя взаимные права и обязанности как продавца, так и покупателя. Встречные обязанности контрагентов в рамках такого понимания рассматриваются в качестве составных частей странного обязательства как некоей юридической колбы, внутри которой бурлит броуновское движение взаимных требований, прав, обязанностей и предоставлений.

Такое словоупотребление некорректно, так как противоречит определению обязательства в комментируемом пункте и несовместимо с тем пониманием обязательства, которое прослеживается в подавляющем большинстве норм ГК РФ об обязательствах. Например, когда в гл. 24 ГК РФ идет речь об уступке права требования по обязательству, имеется в виду не передача всего договора (это отдельный институт, урегулированный в ст. 392.3 ГК РФ), а лишь замена фигуры кредитора

в конкретном требовании. То же касается и правил ГК РФ об исполнении, обеспечении или прекращении обязательства.

Не существует обязательства по купле-продаже или арендного обязательства. Вместо этого есть тот или договорный тип, или заключенный конкретный договор, которые предусматривают сложную уникальную программу развертывания различных обязательственных правоотношений, а также нередко вторичных правомочий, вещных правовых эффектов и т.п.

Впрочем, иногда признаки этой неверной идеи можно обнаружить в ГК РФ (например, см. комментарий к п. 1 ст. 416 ГК РФ).

1.2.3. Обязательство и дополнительные права и обязанности

Нередко то или иное договорное или внедоговорное обязательство в рамках программы своего развития порождает дополнительные обязательства должника. Например, по заемному обязательству могут начисляться проценты за пользование займом, а при просрочке в оплате — проценты годовые по ст. 395 ГК РФ или пени; при нарушении обязательства, провоцирующем возникновение у кредитора убытков, у нарушителя возникает обязательство эти убытки возместить; в рамках реализации возмездного договора поручения у поверенного могут возникнуть расходы, которые доверитель обязан покрыть в дополнение к своей обязанности оплатить цену услуг поверенного (если цена не включает возмещение издержек). Список можно продолжить. Важно учесть, что эти новые требования и корреспондирующие им обязанности представляют собой отдельные, самостоятельные обязательства, триггером для возникновения которых являются те или иные юридические факты в рамках динамики развития основного обязательственного правоотношения (например, нарушение входящей в основное обязательство обязанности), а не расширяют содержание основного обязательства.

В тех или иных аспектах это дополнительное обязательство может зависеть от судьбы основного обязательства. Например, истечение срока давности по основному обязательству влечет автоматическое задвигание дополнительных требований (п. 1 ст. 207 ГК РФ), а при уступке или переходе в силу закона требования, входящего в основное обязательство, по умолчанию, если иное не оговорено, к новому кредитору переходят и дополнительные требования кредитора к должнику, включая право на получение процентов на сумму основного долга (п. 1 ст. 384 ГК РФ). Но это не отменяет того факта, что дополнительные требования и корреспондирующие им обязанности составляют содержание отдельного обязательства. Например, когда кредитор и должник заключают соглашение о прощении должнику долга по начисленным

за просрочку в возврате займа пени, они осуществляют волеизъявление, направленное не на частичное прекращение заемного обязательства, а на прекращение дополнительного обязательства, возникающего в связи с существованием и развитием основного договорного обязательства.

В то же время нельзя не признать, что в ряде норм ГК РФ содер­жится редакционная неточность, согласно которой основное и дополнительное обязательства должника перед кредитором рассматриваются как некое единое, многокомпонентное обязатель­ственное правоотношение. Например, согласно ст. 319 ГК РФ «сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения по­гашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга». Здесь законодатель как будто бы рассматривает проценты и издер­жки на получение исполнения в качестве составных частей некоего многоэлементного обязательства одной из сторон, включающего, помимо них, еще и основной долг.

Это понимание обязательства не следует путать с описанным выше и вовсе абсурдным приравниванием обязательства и всего комплекса взаимных прав и обязанностей сторон договора, но ошибочность тако­го словоупотребления также налицо: несколько обязанностей одного и того же должника считаются объединенными в одно обязательство. Меньшая степень абсурдности такого умеренно расширенного пони­мания обязательства не делает его в полной мере корректным.

Таких норм всего несколько. Подавляющее же большинство норм ГК РФ, составляющих общую часть обязательственного права, а также само определение обязательства, закрепленное в комментируемом пункте, исходят либо из понимания обязательства как элементарной правовой связи, формирующей правоотношение между должником и кредитором, либо из понимания обязательства в качестве входя­щей в такую правовую связь обязанности. Понимание обязательства как комплекса основных и дополнительных обязанностей должника в целом должно считаться некорректным. Отдельные исключения (вроде ст. 319 ГК РФ) представляют собой примеры несовершенства законодательной техники.

Впрочем, особых проблем данный разнобой в законодательном регулировании не создает. Просто при толковании и применении норм закона, в которых отражено несколько неоправданно расширенное понимание обязательства, следует учитывать эту неточность законо­дателя и толковать соответствующие нормы небуквально, корректируя

их в процессе интерпретации на основе верного представления о догматике понятия «обязательство».

1.2.4. Обязательство и серия однородных предоставлений

Могут возникать непростые вопросы в ситуации, когда обязательство должника предполагает неоднократные однородные действия. Корректно ли при согласовании поставки нескольких партий товара говорить об исполнении одного обязательства по частям, либо здесь мы имеем несколько обязательств по числу поставляемых партий? На первый взгляд может показаться логичным выбрать первую интерпретацию. То же касается и ситуации помесячного внесения арендной платы, уплаты алиментов, периодических выплат в счет возмещения утраты трудоспособности и т.п. Но изменится ли наш вывод, если у этих запланированных периодических предоставлений различные предметы. Например, если по договору в рамках первой отгрузки поставщик обязан поставить бензин, а в рамках второй – дизельное топливо, налицо одно обязательство поставить товары по ассортименту в рамках нескольких партий, или несколько обязательств?

Эта дилемма может показаться схоластической, но в ряде случаев она может приобрести практическое значение. Например, согласно устоявшейся практике судов, если должник и кредитор заключают соглашение об отступном или прощении долга и из толкования соглашения нельзя определить, имели ли в виду стороны прекращение обязательства в целом или в той или иной части, презюмируется, что стороны имели в виду прекращение *всего обязательства в целом* (п. 2 и п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Будет ли эта интерпретационная презумпция в описанном примере с несколькими отгрузками распространяться на долги из всех отгрузок на основании одного договора, как если бы все эти долги были частями единого обязательства по поставке или оплате? Вопрос может вызывать дискуссии.

1.2.5. Итог

В качестве некоторого итога можно указать следующее: то, в каком смысле используется понятие обязательства в конкретных нормах ГК РФ или иных законах, условиях сделки, научной или иной литературе, зависит от контекста, систематического, догматического и телеологического толкования соответствующих нормы, условия сделки или контекста высказывания.

1.3. Право требования и возможность принуждения к исполнению обязанности в натуре

Согласно обязательству кредитор, которому причитается исполнение по обязательству, вправе требовать исполнения от должника.

Но это право требовать исполнения далеко не всегда предполагает возможность принуждения к исполнению соответствующей обязанности в судебном порядке. Если речь идет о денежном обязательстве, в подавляющем числе случаев кредитор может потребовать исполнения по суду (например, по обязательству возместить убытки в связи с деликтом или по денежному долгу, вытекающему из договора, и др.), хотя и здесь некоторые исключения признаются в судебной практике (например, ВАС РФ блокировал возможность понуждения банка к выдаче кредита, несмотря на консенсуальность такого договора, что, впрочем, не бесспорно), а некоторые другие могут обсуждаться (например, принуждение к осуществлению денежного дара по консенсуальному договору дарения). Но в тех случаях, когда обязательство носит неденежный характер, возможность прямого принуждения ограничивается куда чаще. В силу ст. 308.3 ГК РФ право требования исполнения по обязательству предполагает возможность прямого судебного принуждения к исполнению обязательства в натуре лишь в качестве общего правила, и из закона, условий договора или существа обязательства может следовать, что права кредитора ограничены и не предполагают возможность прямого принуждения должника к исполнению в судебном порядке (например, киностудия не сможет в судебном порядке понудить автора к исполнению обязательства по написанию сценария) (подробнее см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ).

В подобных случаях ограничение права на прямое судебное принуждение не означает, что требование вовсе лишено судебной защиты, просто кредитор будет использовать иные средства защиты своего права требования — в первую очередь взыскание убытков (или неустойки, если таковая согласована или установлена в законе), в некоторых случаях морального вреда, а также приостановление встречного исполнения, расторжение нарушенного договора с целью прекращения своего собственного встречного обязательства либо истребования ранее предоставленного по встречному обязательству или денежного эквивалента.

1.4. Долг и ответственность

1.4.1. Регулятивное обязательство и средства защиты

Если речь идет о любом обязательстве, кроме обязательства возместить ущерб, причиненный деликтом, следует выделить первичное обязательство, представляющее собой программу *регулятивного обязательственного правоотношения*, и ответственность за его нарушение, а также иные средства защиты, некоторые из которых могут представлять собой реализацию дополнительных *охранительных обязательств*. Когда речь идет о нарушении ранее существовавшего обязательства

(например, договорного обязательства поставить товар, кондикционного обязательства вернуть полученное без правового основания, обязательства, вытекающего из корпоративных правоотношений, и т.п.), такое нарушение предоставляет кредитору набор средств защиты, некоторые из которых представляют собой возникновение дополнительного *охранительного обязательства*. И в этом последнем случае следует различать нарушенное основное регулятивное обязательство и возникшее в связи с таким нарушением дополнительное охранительное обязательство.

Это прежде всего охранительные обязательства возместить убытки, уплатить неустойку, мораторные проценты, вернуть задаток в двойном размере (в части суммы, превышающей размер уплаченного задатка), а в некоторых случаях и возместить моральный вред, которые реализуют *ответственность* за нарушение регулятивного обязательства или его прекращение по обстоятельствам, за которые отвечает соответствующая сторона. Такое охранительное обязательство представляет собой дополнительное имущественное обременение должника в связи с нарушением обязательства, направленное исключительно на компенсацию реальных имущественных потерь кредитора (убытки), в некоторых случаях возмещение морального вреда, либо исключительно или в том числе на применение гражданской кары к должнику (неустойка, возврат двойного размера задатка). Вторичное охранительное обязательство нести ответственность за нарушение или в связи с прекращением первичного регулятивного обязательства по обстоятельствам, за которые отвечает соответствующая сторона, подчиняется правилам ст. 393–397, 400–404 гл. 25 ГК РФ, включая правила ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности. Этим же правилам будет подчиняться и такой способ защиты, как присвоение задатка, пусть в данном случае и нельзя говорить о возникновении в связи с нарушением охранительного обязательства, так как реализация данного средства защиты осуществляется в результате волеизъявления пострадавшего из-за нарушения кредитора, а не посредством поведения должника. Во всех этих случаях мы имеем ответственность за нарушение обязательства в узком смысле этого термина.

Но речь также может идти об охранительном обязательстве, которое возникает в связи с нарушением базового регулятивного обязательства, но не выступает в качестве меры ответственности в тесном смысле, а направлено на восстановление эквивалентности в экономическом обмене, подорванном в результате нарушения или прекращения обязательства (например, возврат части цены при выявлении дефекта в осуществленном предоставлении или возврат всей уплаченной цены,

иногое встречного предоставления или его денежного эквивалента при расторжении нарушенного договора). Такие обязательства иногда имеют реверсивными. Они возникают в случае нарушения и реализации кредитором в ответ правомочий на реализацию права на соразмерное снижение цены или расторжение договора. К таким охранительным обязательствам применяются по аналогии некоторые нормы гл. 25 ГК РФ (например, правила ст. 404 ГК РФ о совместной вине или правила п. 4 ст. 401 ГК РФ о невозможности ограничения ответственности на случай умышленного нарушения), но, например, правила п. 1–3 ст. 401 ГК РФ об основаниях освобождения от ответственности к возврату части цены при выявлении дефектности предоставления и реализации права на соразмерное снижение цены или возврату неосвоенной предоплаты при расторжении нарушенного договора не применяются. Так, покупатель может потребовать возврата пропорциональной части цены, даже если дефект в переданном товаре возник до передачи по обстоятельствам, за которые продавец не отвечает. Впрочем, на практике эту категорию реверсивных охранительных обязательств могут также иметь в виду тогда, когда говорят об ответственности. В этом случае ответственность упоминается в широком смысле.

Описанные выше дополнительные охранительные обязательства, возникающие в связи с нарушением регулятивного обязательства или его прекращением по обстоятельствам, за которые отвечает соответствующая сторона обязательства, не следует смешивать с требованием о принуждении к исполнению основного регулятивного обязательства в натуре (требование о взыскании основного долга, об отобрании индивидуально-определенной вещи, о присуждении к исполнению обязательства по передаче иного имущества в натуре и т.п.): заявляя иск о взыскании основного долга или истребовании обещанной вещи, кредитор не привлекает должника к ответственности, а добивается принудительного осуществления того предоставления, которое было предметом первичного регулятивного обязательства. Но иногда в юридической литературе и это средство защиты относится к категории «ответственность» в широком смысле.

В случае нарушения первичного регулятивного обязательства санкция за нарушение может носить организационный характер и быть направлена на преобразование или прекращение программ обязательственных правоотношений (например, отказ от договора с целью прекращения взаимных обязательств или его судебное расторжение, приостановление исполнения и т.п.). Здесь в рамках строгого понимания юридических понятий также нельзя говорить об ответственности, но некоторые правила гл. 25 ГК РФ об ответственности к таким сред-

ствам защиты могут оказаться применимы по аналогии (например, правила ст. 404 ГК РФ о совместной вине), а некоторые нормы данной главы, в принципе, посвящены таким организационным средствам защиты (например, п. 1 ст. 405 ГК РФ о праве отказа от принятия просроченного исполнения). Применительно к таким средствам защиты также иногда говорят об ответственности, используя этот термин в предельно широком смысле, как аналог любых доступных кредитору на случай нарушения средств защиты.

Как мы видим, юрист должен улавливать контекст употребления термина «ответственность» для обозначения последствий нарушения исходного регулятивного обязательства; в разных ситуациях под понятием «ответственность» может пониматься разный набор средств защиты. В узком смысле ответственность за нарушение обязательства — это возмещение убытков, взыскание неустойки или мораторных (охранительных) процентов, а также истребование задатка в двойном размере (в части, превышающей внесенную сумму) или присвоение задатка, а также в некоторых случаях возмещение морального вреда. Но нередко ответственность за нарушение обязательства понимается в широком смысле как любое доступное кредитору в связи с нарушением его обязательственного права средство защиты. В рамках такого понимания ответственность — это то средство защиты, которое кредитор при помощи суда или даже во внесудебном порядке может применить к должнику в связи с нарушением первичного регулятивного обязательства. Авторы гл. 25 ГК РФ, судя по всему, не были против такого широкого словоупотребления, втиснув в нее множество норм, регулирующих разные средства защиты (например, ст. 398 ГК РФ об истребовании вещи в натуре, п. 1 ст. 405 ГК РФ об отказе от принятия просроченного исполнения). Если при этом вспомнить, что в данной главе оказалось и регулирование субсидиарной ответственности (ст. 399 ГК РФ), которая по большей части не является средством защиты прав кредитора на случай нарушения, а представляет собой один из вариантов пассивной множественности в обязательственных регулятивных правоотношениях, а также нормы о возмещении имущественных потерь (ст. 406.1 ГК РФ), которые также с нарушением обязательства не связаны, то становится понятно, что семантика термина «ответственность» в российском законе носит блуждающий характер¹.

¹ В целом следует признать, что регулирование вопросов защиты прав кредитора в сценарии нарушения обязательства в российском законодательстве крайне запутанно, а соответствующие нормы разбросаны хаотично по тексту ГК РФ. Было бы желательно в будущем перестроить законодательный текст таким образом, чтобы в одной главе было концентрированно и систематически изложено регулирование различных

Возникновение и осуществление охранительного обязательства или реализация иных средств защиты могут сопровождать регулятивное обязательство таким образом, что исполнение возникшего в связи с нарушением охранительного обязательства или реализация иного средства защиты не освобождают должника от долга регулятивного, например, уплачивая мораторные убытки (убытки в связи с просрочкой), пени за просрочку или проценты годовые по правилам ст. 395 ГК РФ, должник не освобождается от исходного регулятивного долга. Здесь кредитор может требовать как исполнения регулятивного обязательства, так и привлечения должника к ответственности. В ряде же других случаев охранительное обязательство возникает на руинах регулятивного, заменяя его, и кредитор не может требовать одновременного исполнения и регулятивного, и охранительного обязательства, либо соответствующее средство защиты реализуется только в сценарии прекращения регулятивного обязательства или даже направлено на его прекращение. Это имеет место, например, при возврате встречного предоставления (его стоимости) при расторжении нарушенного договора или взыскании с нарушителя договора убытков, вызванных вынужденным расторжением договора, по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ (так называемые убытки взамен реального исполнения), либо при взыскании убытков, вызванных прекращением обязательства по обстоятельствам, за которые отвечает соответствующая сторона. Иногда в таких ситуациях говорят, что первичное регулятивное обязательство трансформировалось в охранительное обязательство возместить убытки или вернуть встречное предоставление (или возместить его стоимость), перевоплотилось в него, но, пожалуй, это не более чем фигура речи. Корректнее говорить, что первичное регулятивное обязательство прекратилось и вместо него возникло новое охранительное обязательство. Впрочем, сам законодатель иногда вместо того, чтобы говорить о прекращении регулятивного обязательства и возникновении на его руинах нового охранительного обязательства возместить убытки, говорит о сохранении исходного обязательства, пусть и с изменением его предмета на возмещение убытков (например, в п. 1 ст. 416 ГК РФ).

Иногда это разграничение на первичный долг, входящий в предмет регулятивного обязательства, с одной стороны, и возникающее в связи

средств защиты, доступных кредитору при нарушении первичного регулятивного обязательства (убытки, неустойка, задаток, мораторные проценты, соразмерное уменьшение цены, расторжение нарушенного договора, приостановление встречного исполнения и т.п.), с выделением общей части, включающей в себя общие правила, применимые ко всем средствам защиты (например, о сочетаемости средств защиты, учете вины кредитора и т.п.).

с его нарушением охранительное обязательство или становящиеся доступными кредитору иные средства защиты с другой стороны, ставится под сомнение. Когда-то в историческом плане регулятивный этап отношений сторон в целом оттеснялся на второй план, и обязательство сводилось к ответственности в широком смысле (т.е. к тем или иным средствам защиты). Но в современных условиях игнорирование самой правовой связи сторон на регулятивном этапе развития отношений кажется ошибкой и противоречит господствующим в континентально-европейском праве воззрениям. Средства защиты, безусловно, важны, и именно перспектива их применения часто выступает в качестве ключевого стимула к надлежащему исполнению регулятивного обязательства, но эти санкции не отменяют значение динамики самого первичного регулятивного обязательства. Поэтому стоит придерживаться господствующей позиции разграничения базового регулятивного обязательства и возникающего в случае его нарушения охранительного обязательства или реализации иных средств защиты. По данному вопросу см. также далее.

1.4.2. Охранительное обязательство вне связи с обязательством регулятивным

Но насколько универсальна эта модель? Могут ли существовать случаи, когда ответственность будет наступать при отсутствии первичного регулятивного обязательства?

На самом деле охранительные обязательства могут возникать не только в связи с развитием динамики регулятивного обязательственного правоотношения. Классический пример — обязательство возместить убытки или моральный вред при причинении вреда по правилам о деликтной ответственности (гл. 59 ГК РФ). Деликтное обязательство носит охранительную природу, но возникает не в связи с нарушением некоего ранее существовавшего и нарушенного регулятивного обязательства, а в силу юридического факта нарушения делинквентом универсальной всеобщей обязанности воздерживаться от причинения вреда другим лицам объективно неправомерным образом (а в некоторых случаях и в результате объективно правомерного поведения).

Но мыслимы ли иные примеры, не связанные с деликтами? Казалось бы, нет. Ответственность регулируется правилами гл. 59 и 25 ГК РФ. Первая глава касается ответственности деликтной, а правила гл. 25 ГК РФ говорят об ответственности за нарушение первичного регулятивного обязательства. Применение же гл. 25 ГК РФ обусловлено нарушением первичного регулятивного обязательства, а значит, последнее должно было существовать. Но ситуация несколько сложнее.

В ряде случаев ответственность по правилам гл. 25 ГК РФ в виде охранительного обязательства возместить убытки может наступать при отсутствии нарушения или прекращения по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон, ранее возникшего базового регулятивного обязательства. Эти случаи, когда ответственность возникает при отсутствии первоначально существовавшего долга, ставят перед цивилистами серьезные догматические вопросы. Например, речь идет об ответственности за недостоверные договорные заверения (см. п. 1.14 комментария к настоящей статье), о случае первоначальной объективной перманентной невозможности исполнения, о которой было известно должнику, но не было известно кредитору (см. подробнее комментарий к ст. 416, 417 ГК РФ), об ответственности лжепредставителя перед субъективно добросовестным контрагентом в ситуации, когда сделка не считается совершенной от имени лжепредставителя по правилам ст. 183 ГК РФ, как то имеет место, например, в ситуации заключения лжепредставителем соглашения о расторжении договора (подробнее см. комментарий к ст. 183 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Другой пример: ответственность стороны за качество предоставления, осуществляемого не в рамках исполнения принятого на себя обязательства, а в результате непосредственного распорядительного волеизъявления, которому не предшествовало обязательство такое распоряжение осуществить, как то имеет место, например, при осуществлении предоставления по реальному договору или при передаче отступного (см. п.1.15 комментария к настоящей статье и комментарий к ст. 409 ГК РФ). Наконец, острые вопросы встают в отношении возможности принятия должником на себя «обязательства отвечать» за наступление того или иного обстоятельства, не зависящего от поведения должника (см. п. 1.17 комментария к настоящей статье).

Некоторые из этих примеров показывают, что иногда ответственность по правилам гл. 25 ГК РФ может наступать и в тех случаях, когда убытки возникают не в связи с нарушением или прекращением некоего первичного регулятивного обязательства, понимаемого как правовая связь (или программа обязательственного правоотношения), предметом которой является некое поведение должника и корреспондирующее ему право требования кредитора. В ряде случаев примирить такие случаи с концепцией обязательства как правовой связи с пове-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 183 ГК РФ – *Е.А. Папченкова*).

денческим содержанием могут позволить те или иные фикции либо констатация применимости правил об ответственности за нарушение обязательства по аналогии закона. Но некоторых цивилистов эти примеры заставляют задуматься о самой правильности отраженного в п. 1 ст. 307 ГК РФ определения обязательства. Не стоит ли допустить, что обязательство может представлять собой гарантию наличия на момент принятия на себя обязательства или наступления в будущем того или иного обстоятельства и отвечать при его отсутствии или невозникновении? Столь уж непреложна эта регулятивная поведенческая стадия? Не стоит ли допустить, что в определенных случаях обязательство может быть, по сути, сведено к ответственности? Эти вопросы мучают российских и зарубежных цивилистов не одну сотню лет.

Впрочем, в рамках настоящего комментария мы исходим из пока господствующего воззрения на разграничение первичного регулятивного обязательства с поведенческим содержанием и вторичного охранительного обязательства или иных средств защиты, а соответствующие исключения пытаемся объяснить за счет тех или иных догматических приемов.

1.5. Отличие обязательства от обязанности лица совершить действие (бездействовать), являющейся условием возникновения у данного лица права требования или реализации того или иного права

Иногда в силу закона, подзаконных актов, условий сделки, обычаев или принципов права одна из сторон обязана (должна) совершить те или иные действия или воздерживаться от совершения тех или иных действий под угрозой утраты возможности реализовать то или иное обязательственное требование в отношении другой стороны, некоего секундарного или иного права, возражения либо наступления для себя иных негативных последствий, но при этом отклоняющееся от данного стандарта поведение не влечет нарушение права другой стороны, последняя не может требовать соответствующего поведения, и о взыскании убытков или применении иных средств защиты речь также идти не может. Санкцией за игнорирование таких «обязанностей» является утрата тех или иных прав или правовых возможностей самим «нарушителем», но не ответственность в узком смысле или применение иных средств защиты.

Например, ст. 961 ГК РФ обязывает страхователя своевременно направить страховщику уведомление о наступлении страхового случая, последствием нарушения данной обязанности является возникновение у страховщика ряда возражений против удовлетворения требования страхователя о выплате страхового возмещения. Очевидно, что данная обязанность по направлению уведомления на самом деле не является

обязанностью, которому противостоит право требования, и ни о каком обязательстве страхователя известить страховщика о наступлении страхового случая речь не идет. Говоря об обязанности, законодатель пытается установить условие, несоблюдение которого не влечет нарушение прав страховщика, но может негативно сказаться на праве страхователя взыскать со страховщика страховое возмещение. Страховщик не может требовать от страхователя возмещения убытков на случай несвоевременного направления такого извещения.

Другой пример: ст. 374 ГК РФ говорит о том, что требование о выплате по независимой гарантии должно быть представлено гаранту до истечения срока гарантии. Но слово «должно» не может ввести в заблуждение: законодатель отнюдь не пытается установить обязанность по направлению подобного требования — он лишь хочет сказать, что для того, чтобы рассчитывать на удовлетворение своего требования к гаранту, необходимо предъявить это требование до установленного срока.

Иначе говоря, модальность глаголов «обязан» или «должен», используемых в законе или соглашении, не следует воспринимать как непереносимое указание на то, что речь идет об установлении обязательства, а именно программы правоотношения, в которой выделяются долг и корреспондирующее ему субъективное право требования. Соответствующие нормы или условия сделки следует толковать системно и телеологически для выявления истинной природы соответствующего правила.

1.6. Правомерность, осуществимость и определенность (определимость) предмета обязательства

1.6.1. Правомерность

Содержание (предмет) обязательства, т.е. то поведение, к которому обязан должник и которое вправе от него требовать кредитор, должно соответствовать позитивному праву, основным началам гражданского права (в первую очередь принципу доброй совести) и основам правопорядка и нравственности. Сам закон не может обязать к совершению чего-либо неправомерного (если, конечно, закон конституционен, и мы его толкуем корректно), но стороны могут попытаться согласовать обязательство, содержание которого противно букве закона, основополагающим принципам частного права или основам правопорядка или нравственности. И право должно на это реагировать. На практике в большинстве случаев сделки, устанавливающие такие обязательства, признаются ничтожными на основании ст. 168 и 169 ГК РФ. Например, договор, обязывающий совершить убийство, ничтожен. Впрочем, тут многое зависит от характера нарушенных императивных норм и их телеологического толкования. Иногда из закона могут быть следовать

иные санкции (например, административные штрафы), и толкование закона может натолкнуть на вывод о том, что таких санкций достаточно, и констатация недействительности сделки будет избыточной реакцией правопорядка (подробнее см. комментарии к ст. 168, 169 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Кроме того, закону, основным принципам гражданского права и основам правопорядка или нравственности не должен противоречить сам тип договора с определенной структурой обязательственных или иных правовых эффектов, а также его цель, притом что сами порождаемые обязательства, взятые изолированно, могут не обязывать к совершению чего-то объективно неправомерного. Например, закон может запрещать неквалифицированным инвесторам вступать в те или иные сделки деривативного типа. Другой пример: секс пока что не запрещен, как и платеж денег, но сделка, опосредующая возмездные услуги жриц или жрецов любви, ничтожна, а значит, ничтожны и предусмотренные такой сделкой обязательства. Неправомерность здесь поражает обязательство не в силу порочности требуемого в силу обязательства поведения как такового, а в силу порочности той структуры обязательственных правоотношений, которая сторонами согласована, или условий и обстоятельств совершения сделки и формирования соответствующего обязательства.

1.6.2. Осуществимость исполнения

Обязательство должно быть возможным к исполнению. Немыслимо существование обязательства сделать то, что невозможно исполнить ни должнику, ни кому-либо еще, на кого должник мог бы теоретически возложить исполнение, и эта невозможность носит объективный и бесповоротный (окончательный) характер. Эта идея выражается латинской максимой *impossibilium nulla obligatio est*, часто подвергается сомнению, но в рамках данного комментария представляется уместным ее поддержать.

При этом речь идет о бесповоротной объективной невозможности осуществления искомого предоставления как такового, а не обеспечения тех или иных его характеристик обязательственного предоставления. Если мы имеем ситуацию, когда предоставление осуществить можно, но изначально или впоследствии стало невозможно обеспечить те или иные его характеристики, такая невозможность не препятствует существованию обязательства. Например, если у подлежащей

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментариев к ст. 168 и 169 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

отчуждению уникальной вещи после возникновения обязательства возник неустранимый дефект или он имелся на момент возникновения обязательства и продавец уже не сможет передать вещь, свободную от такого дефекта, это обстоятельство не противоречит существованию обязательства; покупатель может решить принять такую вещь и привлечь продавца к ответственности за качество.

Но если вещь после возникновения обязательства ее передать бесповоротна погибла и уже не существует в природе, регулятивное обязательство ее передать бессмысленно. В таком случае регулятивное обязательство передать вещь должно прекращаться. Речь может при определенных условиях идти лишь о возникновении на руинах прекращенного регулятивного обязательства или вместо него охранительного обязательства, реализующего ответственность в узком смысле (прежде всего возмещение убытков) или восстанавливающего эквивалентность в обмене (возврат осуществленного встречного предоставления). Впрочем, в российском ГК РФ эти вопросы урегулированы не очень удачно и вызывают научные дискуссии (подробный разбор этой проблематики см. в комментарии к ст. 416, 417 ГК РФ).

Более сложный вопрос возникает в ситуации, когда обязательство поражено бесповоротной и объективной невозможностью исполнения уже на момент возникновения обязательства. Соглашение об установлении обязательства совершить то, что объективно и бесповоротно невозможно уже на момент заключения договора (например, создать аппарат, летающий со скоростью, превышающей скорость света), как правило, будет ничтожным в силу мнимости, если для обеих сторон эта невозможность была или должна была быть очевидной в момент заключения соглашения (ст. 170 ГК РФ). Но могут быть и более сложные ситуации, когда лишь должник знает о бесповоротной объективной невозможности исполнения на момент заключения договора, но кредитор добросовестно заблуждается на сей счет, либо когда обе стороны добросовестно заблуждаются в отношении наличия возможности исполнить обязательство (например, при гибели вещи, находящейся в пути за день до заключения договора о ее продаже). В таких ситуациях уместно возникновение охранительного обязательства по возмещению убытков по правилам гл. 25 ГК РФ, несмотря на то что само регулятивное обязательство осуществить предоставление либо вовсе не возникает (в рамках этого объяснения мы имеем тот случай, когда ответственность наступает при отсутствии регулятивного обязательства), либо возникает на логическую секунду, дабы обосновать догматический переход на стадию ответственности, и сразу же прекращается (подробнее см. комментарий к ст. 416 ГК РФ).

1.6.3. Определенность (определимость)

Понятие обязательства, закрепленное в комментируемой норме, указывает на то, что действие или бездействие, входящее в содержание обязательства, должно быть определенным. Это не пустая характеристика. Для того чтобы право признавало юридическую силу обязательства, необходимо, чтобы его предмет был в достаточной степени определен в односторонней сделке, договоре, законе или ином правовом основании.

Если договор не содержит условий, позволяющих определить с достаточной ясностью его предмет, которым в случае обязательственного договора является предмет основных обязательств сторон, он по общему правилу должен быть признан незаключенным и не породившим соответствующее обязательство, если восполнение пробела за счет применения установленных диспозитивных норм, обычаев, принципа доброй совести либо иных инструментов невозможно или прямо заблокировано, последующее поведение сторон не прояснило содержание обязательства, и при этом нет оснований для применения правила эстоппель для блокирования ссылок на незаключенность договора (подробнее см. комментарий к ст. 432 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Нередко закон, обычаи, принципы права или условия сделки могут создавать обязанности с очень неопределенным *ex ante* содержанием, что не мешает правовой системе признавать такие обязанности, если существует механизм конкретизации данного содержания *ex post*. Так, закон может говорить об обязанности уплатить обычную или справедливую цену, проявлять разумные меры заботливости, совершить те или иные действия в разумный срок, прилагать разумные усилия для достижения той или иной цели и т.п. Например, обязательство лица, привлеченного к осуществлению функций члена совета директоров, правления или единоличного исполнительного органа АО или ООО, состоит в том, чтобы осуществлять функции такого органа в интересах общества *добросовестно и разумно* (п. 3 ст. 53 ГК РФ).

Часто такие оценочные понятия используют при структурировании договора и сами стороны. Например, в договоре доверительного управления или агентском договоре может быть указано на то, что управляющий (агент) обязан принимать разумные меры заботливости, приложить все разумные усилия для достижения поставленной цели.

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 432 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Очень часто конкретный и исчерпывающий набор действий, которые обязуется совершать должник, в договоре не обозначается. Это не отменяет того, что обязательство уже существует. Достаточно того, что более точное содержание столь неконкретно сформулированного обязательства может быть прояснено с опорой на те или иные внешние источники. Кристаллизация таких на первый взгляд достаточно неопределенных стандартов поведения осуществляется при возникновении споров судами *ex post* с опорой на обычаи, принятые в обороте стандарты деловой практики, правила толкования договора, принципы разумности, справедливости и добросовестности.

Сторонам, которые не хотят столкнуться с последующей ретроактивной оценкой своего поведения в качестве нарушающего такое неконкретное по своему содержанию обязательство, следует при выборе модуса поведения ориентироваться на те источники восполнения пробела, которые, вероятнее всего, будет использовать суд (например, обычаи), и стараться предугадать исход возможного спора. У стороны, конечно же, может быть свое сугубо субъективное представление о разумном сроке на исполнение той или иной обязанности или разумных мерах заботливости при управлении чужим имуществом, но при выборе предельного срока для добровольного исполнения обязательства или определении требуемых от управляющего мер заботливости должнику необходимо оценить то, насколько его субъективное представление на сей счет будет соответствовать тому, которое логично ожидать увидеть в судебном решении. Так как никто не знает, какие взгляды о разумности будет разделять конкретный судья, логично придерживаться того поведения, которое покажется соответствующим указанным оценочным стандартам большинству. Это позволит снизить вероятность того, что выбранный модус реального поведения будет оценен судом в качестве нарушения обязательства. Все вышесказанное касается и такого оценочного стандарта, как принцип добросовестности, который имеет колоссальное значение как способ конкретизации, восполнения гражданских правоотношений и ограничения обязательственных или иных прав (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 307 ГК РФ).

Подобные оценочные правовые стандарты, дополняющие конкретные правовые предписания, вынуждают вести себя справедливо по отношению к другой стороне обязательства и не подрывать ее разумные ожидания даже аморального циника, для которого кантовский категорический императив или иные правила нравственности кажутся идеалистической абстракцией. Такому индивиду помимо своей воли придется руководствоваться следующим правилом: если хочешь избежать правовых санкций, при исполнении обязательства следуй тому

правилу поведения, которое, пусть четко в формальных источниках и не закреплено, но, вероятнее всего, судья посчитает уместным вывести из тех или иных оценочных правовых стандартов. В этом плане сторона для формирования таких верных прогнозов должна иметь адекватные представления о социальных обыкновениях и этической норме. Социопаты могут в этом плане испытывать определенные сложности, но право их интересы последовательно игнорирует.

При этом условия обязательства могут предусматривать некий алгоритм определения содержания обязательства, который позволит избежать оценочных суждений или минимизировать потребность в них при восполнении программы обязательственного правоотношения. Например, договор может предусматривать, что то или иное условие, характеризующее предмет обязательства, будет определяться за счет обращения к той или иной формуле, тем или иным рыночным показателям и т.п. (например, определение цены посредством валютной оговорки, привязка цены к уровню инфляции или рыночной стоимости материалов, привязка процентной ставки к ключевой ставке ЦБ РФ и т.п.). В подобных случаях обязательство существует и до момента окончательного определения (кристаллизации) его предмета.

В силу закона, обычая или условий сделки конкретизация содержания такого или иного обязательства может осуществляться по одностороннему волеизъявлению одной из сторон (кредитора или должника) или третьей стороны (например, оценщика). Здесь мы имеем один из возможных механизмов установления определимого содержания обязательства. Такая возможность применительно к договорным отношениям, в частности, признается в ст. II.–9:105 и II.–9:106 Модельных правил европейского частного права, п. 2 и 3 ст. 5.1.7 Принципов УНИДРУА. Как правило, если стороны устанавливают такое правоотношение, они оговаривают в договоре те или иные пределы свободного усмотрения управомоченной стороны. Например, подобная ситуация имеет место в случае установления альтернативного обязательства, предоставляющего должнику или кредитору право выбора одного из альтернативных предоставлений. В случае предоставления в рамках договора поставки товара по заявкам покупателю права заказать любой объем продукции в зависимости от возникающих потребностей обычно договор устанавливает предельный объем продукции, которую покупатель вправе заказать. Если такие пределы не установлены, то интересы другой стороны в данном случае должен охранять принцип добросовестности (п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307 ГК РФ), ограничивающий дискрецию управомоченной стороны в целях предотвращения разумных ожиданий (подробнее о наиболее типичном варианте применения такого способа

установления содержания обязательства по одностороннему волеизъявлению одной из сторон см. комментарии к п. 1 ст. 429.1, ст. 429.3 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Впрочем, может возникнуть интересный догматический вопрос о моменте возникновения обязательства в ситуации, когда предмет обязательства может или должен быть кристаллизован односторонним волеизъявлением одной из сторон обязательства или третьим лицом. Может показаться логичным исходить из того, что определение одной из сторон или третьим лицом предмета обязательства и создает само обязательство, а до этого момента нельзя увидеть существование полноценной обязательственной связи, так как предмет обязательства зависит от произвольного усмотрения одной из его сторон или третьего лица. В рамках такого подхода до влекущего кристаллизацию предмета обязательства волеизъявления соответствующей стороны или третьего лица существует вторичное (преобразовательное) право соответствующего управомоченного лица на определение содержания и «запуск» обязательства, и имеет место особое правовое состояние подвешенности, сопоставимое с состоянием прав и обязанностей сторон сделки до наступления отлагательного условия. Иначе говоря, в рамках такого подхода не может существовать обязательство, предмет которого может определяться по произвольному усмотрению одной из сторон или третьего лица, и пока это содержание еще не определено, такое обязательство появится только после определения его содержания. Но возможно и альтернативное понимание, в рамках которого обязательство, предмет которого может быть определен впоследствии одной из сторон или третьим лицом, возникает сразу же, а последующее волеизъявление управомоченного лица влечет лишь кристаллизацию его содержания. В контексте альтернативного обязательства последняя интерпретация поддерживается большинством. Но сомнения могут возникать в ситуации, когда степень свободы усмотрения управомоченного на выбор лица выше, чем в классическом альтернативном обязательстве (например, в ситуации, когда договор дает покупателю право определить, какой товар и в каком объеме поставщик должен ему поставить). Иногда этот вопрос может иметь важное практическое значение. Например, при уступке требования до кристаллизации в рамках первого понимания будет иметь место однозначный переход будущего требования с применением правил ст. 388.1 ГК РФ, а в рамках второго

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к п. 1 ст. 429.1, ст. 429.3 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

речь пойдет об уступке уже существующего права. В итоге момент срабатывания распорядительного эффекта окажется различным (ср. п. 2 ст. 388.1 и п. 2 ст. 389.1 ГК РФ). Данный вопрос может вызывать споры.

1.6.4. Выпадение фактора, указанного в согласованном алгоритме определения содержания обязательства

Нередко бывают случаи, когда в договоре содержание обязательства носит определимый характер, согласованный или установленный законом алгоритм содержит отсылку к тому или иному внешнему фактору, но после появления обязательства данный фактор исчезает и соответствующий алгоритм перестает работать (например, иностранная валюта, к которой привязана цена договора, прекращает свое существование в связи с исчезновением соответствующего государства или заменой национальной валюты на межнациональную; индекс цен или биржевой индекс, к которому привязана арендная плата, перестает выпускаться, и т.п.). Что должен делать суд в таком случае?

Прекращение обязательства во многих случаях было бы явно непропорциональной реакцией. Возможно, разумно было бы применять в такой ситуации правило, аналогичное тому, которое закреплено в ст. II.–9:107 Модельных правил европейского частного права: «Если цена или другое условие договора определяются путем ссылки на обстоятельство, которое не существует, перестало существовать или быть пригодным для определения условия, указанное обстоятельство заменяется наиболее сходным, за исключением случаев, когда это было бы неразумно по обстоятельствам дела, в случае чего согласованная цена или иное условие заменяются на разумную цену или иное разумное условие». Похожее положение содержится в п. 4 ст. 5.1.7 Принципов УНИДРУА. В случае выпадения фактора, указанного в формуле цены, в рамках российского права аналогичное решение может быть выведено из толкования ст. 424 ГК РФ. Иное возможное решение — допущение изменения договора, направленное на замену выпавшего элемента алгоритма близким аналогом, в соответствии с правилами ст. 451 ГК РФ. Впрочем, в ряде ситуаций более отвечающей балансу интересов сторон опцией в подобных ситуациях будет прекращение обязательства на будущее в связи с возникновением невозможности исполнения. Все зависит от множества обстоятельств и учета принципов разумности и справедливости.

1.7. Субъектный состав

Обязательство связывает конкретных лиц — должника и кредитора.

Для того чтобы выступать должником или кредитором по обязательству, не требуется дееспособность. Должником или кредитором может быть и малолетний или лицо, лишенное по суду дееспособно-

сти. Соответствующие действия в рамках исполнения обязанности или осуществления права требования от имени таких лиц должны осуществлять их законные представители. Например, к малолетним лицам могут перейти долг или требование наследодателя в порядке наследственного правопреемства.

В то же время такие лица по общему правилу ограничены в праве самостоятельно вступать в обязательства, по доброй воле совершая обязательственные сделки. Полномочия совершать от имени таких лиц сделки имеют их законные представители (родители, усыновители, опекуны), которые в ряде случаев должны также получить на совершение сделки еще и согласие органа опеки и попечительства.

Иногда закон может устанавливать определенные требования к лицам, которые могут принять на себя те или иные обязательства. Такие требования могут блокировать для соответствующих лиц возможность добровольно — как самостоятельно, так и через представителя — совершить сделку, порождающую соответствующее обязательство (например, в силу закона выдавать независимую гарантию или принимать на себя обязательство по возмещению потерь не может гражданин, не осуществляющий предпринимательскую деятельность).

Стороны обязательства обычно знают друг друга в момент возникновения обязательства, но могут быть и исключения. Например, при заключении розничного договора купли-продажи продавец почти никогда не знает, кому он продал вещь, но при этом у продавца дефектного товара возникает обязательство возместить убытки в пользу такого до поры неизвестного ему покупателя; может пройти немалое время, прежде чем покупатель заявит свои требования и раскроет свою личность, но все это время обязательство уже существует. То же и с деликтами: далеко не всегда потерпевший знает личность причинителя вреда, что не мешает возникновению обязательства выплатить возмещение. Наконец, можно вспомнить пример с ценными бумагами на предъявителя.

Иначе говоря, то, что стороны могут не знать друг друга некоторое время, не отменяет того, что в этот период обязательство может существовать. Главное, чтобы соответствующие стороны, связанные обязательством, объективно существовали.

На стороне кредитора или должника в обязательстве может выступать несколько лиц, и тогда мы говорим о множественности лиц в обязательстве. Впрочем, когда мы говорим о солидарной или долевой множественности лиц в обязательстве, речь идет не об одном обязательстве с множественностью лиц на стороне кредитора или должника, а о нескольких обязательствах по числу субъектов. Единст-

венный случай, когда, действительно, мыслимо представить себе одно обязательство, в котором на стороне должника или кредитора может выступать несколько лиц, возникает в контексте так называемой совместной множественности лиц в обязательстве. Например, обязательство нескольких соавторов написать обновление ранее выпущенной ими книги или обязательство двух поверенных на основании договора поручения совершить сделку от имени доверителя, реализовав совместные полномочия, представляют собой примеры пассивной совместной множественности лиц (т.е. множественности на стороне должника), а обязательство тренера тренировать танцевальную пару фигуристов при подготовке к соревнованиям представляет собой пример активной совместной множественности лиц в обязательстве (т.е. множественности лиц на стороне кредитора) (подробнее о множественности лиц в обязательственных правоотношениях см. комментарий к ст. 321–326 ГК РФ).

1.7.1. Возможно ли требование к самому себе?

Понимание обязательства как правовой связи нескольких лиц предполагает, что, если в результате правопреемства (например, реорганизация в форме присоединения или слияния, перехода прав или долгов по наследству) право требования оказывается принадлежащим тому же лицу, кто одновременно является и должником в данном обязательстве, последнее прекращается в силу совпадения должника и кредитора в одном лице, так называемой конфузии (ст. 413 ГК РФ).

Обязательственная связь не может существовать в ситуации, когда нет как минимум двух лиц, которых она может связывать. Безусловно, внутри одного человека может в силу диссоциативного расстройства идентичности «жить» несколько разных индивидуальных личностей, но гражданское право этот уникальный феномен не замечает и шизофреническую обязательственную связь внутри сознания одного человека не признает. То же касается и обещаний, которые мы иногда даем самим себе (например, бросить пить или курить), о шизофрении тут говорить не приходится, но, естественно, ни о каком гражданско-правовом обязательстве речь также не идет.

Отсюда же и невозможность сформировать изначально обязательство к самому себе. Право требования к себе нельзя уступить, так как оно не может возникнуть. Таким правом требования к себе лицо может другое лицо лишь *наделить*, приняв на себя обязательство перед последним первоначальным образом. Правопреемства в ранее возникшем к самому себе обязательстве здесь быть не может. Поэтому, например, при первичном размещении облигаций эмитент облигации не продает и не отчуждает их иным образом (вопреки тому, что иногда говорят),

а в форме их размещения удостоверяет привлечение заемных средств и принятие на себя обязательств вернуть долговое финансирование и уплатить соответствующие проценты

Впрочем, в силу прямого указания в ст. 413 ГК РФ правило о конфузии может быть исключено в силу указания в законе или в силу существа обязательства. Иначе говоря, в ряде редких случаев обязательство не прекращается, несмотря на то что роли должника и кредитора совпадают в одном лице. Из соображений удобства иногда законодатель (в основном в области оборота ценных бумаг) исходит из фикции сохранения обязательства, несмотря на то что по ранее возникшему между разными лицами обязательству в результате правопреемства происходит совпадение должника и кредитора в одном лице. Обычно цель такой фикции состоит в том, чтобы позволить стороне после приобретения требования к самому себе оставить его в обороте, уступив впоследствии третьим лицам с сохранением изначально оформленных обеспечений, вместо порождения нового обязательства с новыми обеспечениями (например, при выкупе эмитентом ранее выпущенных им облигаций согласно ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг). То же происходит и в случаях, когда на балансе АО оказываются собственные акции (казначейские акции). В таких случаях ради удобства частное право признает фикцию сохранения обязательства, несмотря на конфузию. Естественно, в период, когда кредитор обладает требованием к самому себе, реализация прав кредитора, направленных на принудительное осуществление прав, или исполнение должником обязательства оказываются временно заблокированы (по сути, жизнь обязательства замораживается); эти возможности разблокируются после отчуждения прав третьему лицу либо бесповоротно прекратятся при условии принятия кредитором-должником решения прекратить обязательство (подробнее см. комментарий к ст. 413 ГК РФ).

1.7.2. Возможно ли возникновение обязательства без фигуры кредитора или должника?

Может ли возникнуть обязательство, в рамках которого некоторое время отсутствуют должник или кредитор (не неизвестны и не совпадают в одном лице, а именно не существуют)? Можно ли помыслить бессубъектное обязательство? Это кажется немислимым, так как противоречит самой сути обязательственной связи, но пример с конфузией вынуждает смириться, что в праве ради тех или иных политико-правовых соображений могут появляться абсолютно «фантастические твари», в том числе и бессубъектные обязательственные правоотношения. Вопрос лишь в том, есть ли действительно достаточные основания для того, чтобы множить обитателей «цивилистического бестиария».

Обсудим и последовательно отвергнем нескольких возможных претендентов.

Встречаются ситуации, когда должник связывает себя обязательством не с конкретным лицом, а с тем, кто определится в будущем в рамках того или иного алгоритма. Например, на ум приходит односторонняя сделка, в рамках которой лицо объявляет публичное обещание награды. По условиям такого объявления лицо обязуется выплатить то или иное вознаграждение любому, кто, например, найдет ту или иную вещь, сообщит ценную информацию о пропавшем ребенке, выдаст местоположение скрывающегося от правосудия преступника или сможет продемонстрировать экстрасенсорные способности. Но этот пример можно было бы отместить, заявив, что такая сделка не порождает обязательство непосредственно, а ставит возникновение обязательства выплатить вознаграждение под условие выполнения соответствующего задания конкретным лицом. Соответственно, до того, как кто-то найдет и предъявит пропавшую вещь, позвонит и сообщит о найденном ребенке или месте нахождения разыскиваемого преступника либо продемонстрирует экспертам способность к телепатии, обязательство по выплате награды еще не возникает, а налицо односторонняя условная сделка, которая ставит обязательство выплатить вознаграждение под отлагательное условие выполнения того или иного задания. В рамках такой интерпретации бессубъектного обязательства нет.

К этой же категории, видимо, можно отнести обязательственный договор в пользу третьего лица, которое еще не родилось или не было зарегистрировано как организация. Заключение таких договоров по смыслу ст. 430 ГК РФ вполне возможно, но само обязательство должника (промитента) перед третьим лицом (выгодоприобретателем, бенефициаром, дестинатарием) возникает не ранее появления последнего; до этого налицо предварительная условная связь между промитентом и его непосредственным контрагентом (промиссаром), которая преобразуется в полноценное обязательство осуществить предоставление в адрес третьего лица в момент его появления. Согласно некоторым воззрениям обязательственное притязание возникнет у третьего лица даже позже — после того, как третье лицо выразит свое согласие вступить в обязательственное право (подробнее см. комментарий к ст. 430 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 430 ГК РФ — А.Г. Карапетов, Е.В. Суховольская).

Можно также привести пример с независимой гарантией, в которой указан не конкретный бенефициар, а алгоритм определения бенефициара (определимый бенефициар). Например, может ли некий банк по просьбе аукционного дома, реализующего предметы искусства, выдать независимую гарантию, в которой будет указано, что гарант принимает на себя обязательство вернуть уплаченную цену на случай продажи с аукциона поддельного произведения искусства перед тем, кто выиграет аукцион? Как представляется, такая возможность должна быть признана. Но если так, то возникает ли обязательство по такой гарантии сразу после ее выдачи, еще до того, как оговоренный в гарантии механизм позволит определить фигуру бенефициара? В данном случае модель обязательства, возникновение которого поставлено под отлагательное условие, может также позволить избежать вынужденного пополнения нашего «цивилистического bestiaria» очередным бессубъектным обязательством: такая гарантия должна считаться устанавливающей обязательство, которое появляется на свет только тогда, когда торги будут проведены и победитель торгов, а значит, и бенефициар, который будет выступать в качестве кредитора в обеспечительном обязательстве по гарантии, определится.

Во всех указанных случаях до определения фигуры кредитора нет полноценного обязательственного правоотношения, но имеется состояние односторонней правовой связанности должника, сформированное в результате совершения односторонней сделки или заключенного между несколькими лицами договора в пользу определенного в будущем третьего лица. Говорить о существовании полноценного обязательства без фигуры кредитора в таких ситуациях необязательно.

1.7.3. Возможно ли существование обязательства после смерти должника или кредитора?

Следует обсудить ситуации, когда у обязательства изначально были субъекты, но затем один из них прекращает существовать.

Первая такая ситуация имеет место в случае смерти должника или кредитора. Когда обязательство является неразрывно связанным с личностью должника или кредитора, оно на основании ст. 418 ГК РФ прекращается смертью должника или кредитора. Но если такой неразрывной связи нет, оно сохраняется и переходит в порядке наследственного преемства наследникам, которые приняли наследство. После некоторого периода неопределенности наследуемые права перейдут наследникам или в составе выморочного имущества — соответствующему публичному образованию; наследуемые же долги также перейдут принявшим наследство наследникам или

публичному образованию в пределах стоимости унаследованного имущества, а в остальной части будут согласно небесспорной позиции российской судебной практики прекращены (п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9). Но на несколько месяцев будет существовать объективная неопределенность в отношении того, кто станет правопреемником и будет ли он вообще (например, при отсутствии у наследодателя имущества его долг может просто никому не перейти). Могут обсуждаться разные решения этой проблемы, включая признание того факта, что определенное время обязательство в такой ситуации может, действительно, существовать без одного из субъектов. Но российский закон решает эту проблему за счет фикции ретроактивности вступления наследников в наследуемые права и обязанности: согласно п. 4 ст. 1152 ГК РФ «принятое наследство признается принадлежащим наследнику со дня открытия наследства независимо от времени его фактического принятия». Согласно же п. 3 ст. 1175 «до принятия наследства требования кредиторов могут быть предъявлены к наследственному имуществу, в целях сохранения которого к участию в деле привлекается исполнитель завещания или нотариус. В последнем случае суд приостанавливает рассмотрение дела до принятия наследства наследниками или перехода выморочного имущества в соответствии со статьей 1151 настоящего Кодекса к Российской Федерации, субъекту Российской Федерации или муниципальному образованию». Если впоследствии наследник, к которому переходят права или обязанности, определится, будет считаться, что он был кредитором или должником с момента смерти наследодателя, и тем самым за счет данной фикции ретроактивности исключается ситуация временной бессубъектности обязательства. Также если впоследствии выяснится, что долг ни к кому не перешел (включая публичное образование в составе выморочного имущества), он будет считаться прекратившимся в день смерти.

Впрочем, этот догматический прием не отменяет того, что в течение определенного времени до срабатывания фикции ретроактивного преемства или прекращения мы имеем ситуацию, в которой субъект обязательства не просто неизвестен, а его просто нет. Это состояние несколько отличается от того, когда потерпевший не знает личность причинителя вреда: в последнем случае должник есть, просто кредитору он неизвестен; в нашем же случае с наследованием в течение определенного времени должника или кредитора в принципе нет, и, более того, неизвестно вообще, существует ли само обязательство (ибо оно может попросту прекратиться, если у умершего наследодателя-должника нет имущества).

1.7.4. Возможно ли существование обязательства после ликвидации организации, являвшейся стороной обязательства?

Непростая ситуация возникает и при ликвидации организации, выступающей в качестве должника или кредитора в обязательстве. Казалось бы, в силу ст. 419 ГК РФ ликвидация организации прекращает обязательства с ее участием, если нет правопреемства, но обнаружение после ликвидации принадлежавшего организации имущества позволяет кредиторам обратиться с требованием о распределении между ними данного имущества (п. 5.2 ст. 64 ГК РФ). Если требования кредиторов сохраняются, то не означает ли это, что сохраняется и само обязательство, несмотря на ликвидацию организации? Либо этот феномен можно объяснить иным путем, не признавая существование бессубъектного обязательств? Как представляется, такой путь обнаружить можно (подробнее см. комментарий к ст. 419 ГК РФ).

1.8. *Animus obligandi*

Применительно к обязательствам, вытекающим из договора или иной сделки, возникает вопрос: всякое ли обещание одного лица совершить то или иное действие или воздержаться от него формирует правовую обязательственную связь? Иногда люди дают друг другу обещания, но далеко не все из них должны иметь какое-либо правовое значение. Например, в бытовых отношениях родители могут пообещать ребенку в обмен на хорошие оценки купить велосипед, друзья могут договориться о том, что один из них подвезет другого в аэропорт, члены семьи могут согласовать распределение домашних обязанностей, политики могут обещать избирателям принять тот или иной закон и т.п. При этом в большинстве приведенных случаев речь идет о формировании сугубо нравственной, моральной связи, обязательство, имеющее правовое значение и способное быть защищенным в судебном порядке, не планировалось породить.

Разграничение таких неформальных обещаний, порождающих сугубо *моральный* долг, с одной стороны, и имеющих *правовое* значение обязательств, с другой стороны, требует анализа того, была ли направлена воля стороны, дающей те или иные обещания, на то, чтобы быть связанной таким обещанием в правовом, а не в сугубо моральном смысле (так называемый *animus obligandi*), и насколько такая направленность воли должна была быть очевидна другой стороне.

Так как выяснение этого вопроса может иногда вызывать определенные сложности, право пытается упростить решение вопросов о толковании за счет установления формальных требований. Так, в тех случаях, когда договоренность не структурирует экономический

обмен, а представляет собой одностороннее обещание осуществить безвозмездное предоставление, нередко сложно быть уверенным в том, насколько серьезно такое обещание, и закон обычно требует оформления такого обещания в письменной форме под страхом ничтожности (например, консенсуальное дарение, поручительство). Письменное оформление предотвращает многие сомнения в том, что стороны вели речь о создании именно правовой связи, такая форма создает как минимум опровержимую презумпцию наличия *animus obligandi*. Тогда же, когда стороны договариваются об экономическом обмене, разумно презюмировать наличие у сторон воли считать себя связанными этими взаимными обещаниями в правовом смысле. Поэтому для таких сделок российский закон, как правило, не вводит обязательную строгую письменную форму сделки под угрозой ничтожности, допуская их совершение и в устной форме, но вводя некоторые ограничения в отношении доказывания факта их совершения и их содержания (п. 1 ст. 162 ГК РФ). Иначе говоря, о серьезности намерений сторон, достаточной для признания таких обещаний в праве, здесь говорит сам не оспариваемый сторонами или доказанный с применением допустимых средств доказывания факт их согласия осуществить экономический обмен. Впрочем, эта презумпция наличия воли на правовую, а не просто моральную связанность взаимными обещаниями опровержима даже при наличии встречного обмена. Так, ряд соглашений между близкими родственниками, которые формально могут напоминать синаллагматические договоры, на самом деле не содержат *animus obligandi* (например, договоренность родителей и подростка о выплате карманных денег в обмен на участие в ведении домашнего хозяйства).

Эти правила и презумпции с вовлечением в анализ элементарного здравого смысла и житейского опыта позволяют решить большинство проблем, которые могут теоретически возникнуть при разграничении обязательств в правовом смысле и неформальных обещаний. В то же время это не исключает возникновения сложных, пограничных случаев. Например, если молодые люди, решившие съехаться и начать жить в гражданском браке, договариваются, что все расходы в рамках их совместной жизни они будут делить пополам, имеют ли они в виду заключение некоего юридически значимого договора и возможны ли впоследствии после распада пары иски о возмещении части понесенных расходов (например, на аренду совместного жилья)? В подобных ситуациях требуются более пристальные анализ воли и толкование волеизъявлений сторон (подробнее см. коммен-

тарий к п. 1 ст. 420 и п. 2 ст. 432 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

1.9. Обязательство как правовая связь и феномен натурального обязательства

Также следует определиться, что же имеется в виду под обязательством в правовом смысле и чем такое обязательство отличается от отношений, связанных с неформальными обещаниями и их исполнением, о которых говорилось в предыдущем пункте комментария. На этот вопрос иногда отвечают, указывая на то, что обязательственная правовая связь предполагает возможность защиты прав из обязательства в судебном порядке (в форме принуждения к исполнению обязанности, взыскания убытков или с применением иных способов защиты), и соответственно воля лиц, связавших себя обязательственным правоотношением, должна быть направлена на допущение такой защиты. Стороны должны допускать, что обещанию корреспондирует полноценное субъективное гражданское право, и в случае нарушения обещания возможно будет обращение в суд с теми или иными требованиями, направленными на защиту такого права.

Такое объяснение представляется на первый взгляд логичным. Но сложность состоит в том, что согласно континентально-европейской традиции признается такой феномен как натуральное обязательство, т.е. обязательство, судебная защита прав из которых вовсе не возможна. Например, в российском праве к такой категории обычно относят обязательства из игры и пари в силу п. 1 ст. 1062 ГК РФ.

Часто юристы и ученые называют натуральным обязательство, по которому истек срок исковой давности, несмотря на то что отказа в иске по этому основанию еще не было. Это представляется не совсем точным, так как истечение срока давности само по себе не блокирует право на иск, а лишь вручает должнику эффективное возражение. Если должник не примет участие в процессе или примет, но не заявит о применении срока давности, суд будет обязан вынести решение о присуждении по иску кредитора, несмотря на пропуск срока давности (ст. 199 ГК РФ).

Обобщая, следует сказать, что, если у должника появилось материально-правовое возражение, которое способно остановить удовлетворение требования в целом или в части, будь оно заявлено кредитором в суд, рано говорить о том, что само обязательство стало натуральным

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 420, п. 2 ст. 432 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

и не подлежит судебной защите, так как вопрос об использовании такого возражения находится в сфере усмотрения должника. При этом важно уточнить, что речь здесь идет о возражениях в узком смысле этого слова, предполагающем, что суд *ex officio*, по своей инициативе, данное возражение за должника использовать не может и может отказать в иске в целом или в части, только если сам должник заявит такое возражение.

Считается, что признание лишенных исковой защиты натуральных обязательств судом проявляется лишь в том, что предоставление, осуществленное во исполнение такого обязательства, не будет считаться неосновательным обогащением кредитора и не может быть обратно истребовано по правилам гл. 60 ГК РФ. Иначе говоря, право хотя и отказывает обеспечивать права из такого обязательства силой государственного принуждения, но уважает автономию воли должника добровольно осуществить исполнение по нему и признает такое обязательство в качестве правового основания для предоставления (в том числе для переноса права собственности). Так, например, суд не может присудить лицу к выплате своего карточного долга (ст. 1062 ГК РФ), но если проигравший добровольно погасил этот «долг чести», суд признает, что у этого платежа было правовое основание, и не удовлетворяет иск о возврате уплаченного по правилам о неосновательном обогащении. Выплата карточного долга будет рассматриваться не как дарение, а как исполнение натурального обязательства.

Наличие такого исключения несколько запутывает ситуацию с различением обязательства как правового явления и обещаний, не носящих правовой характер. Можно ли говорить о наличии *animus obligandi* у сторон пари или карточной игры на деньги и не правильно ли было бы не признавать вовсе правовой статус у такого долга, а считать его неправовым и чисто моральным долгом? Сложность состоит в том, что в случае с обычным моральным и не имеющим правового характера долгом суд также не может присудить возмещение неосновательного обогащения в случае, если обещанное было фактически добровольно предоставлено (например, дачник пообещал «по дружбе» помочь соседу с починкой забора и такую помощь оказал, родители пообещали сыну оплатить обучение в вузе и свое обещание сдержали, жена пообещала мужу подарить на день рождения новую бритву и затем вручила такой подарок). В таких ситуациях обещание помочь с забором, оплатить обучение или подарить бритву не является элементом юридически связывающего обязательства, так как воля не была со всей очевидностью направлена на формирование такой правовой связи, но в момент фактического предоставления налицо дар в широком смысле этого слова

(в вышеуказанных примерах — безвозмездное выполнение ремонтных работ или полноценное реальное дарение в форме оплаты обучения за детей или вручения в качестве подарка бритвенного станка), и соответственно, предоставленное не может быть истребовано назад или стать основанием для требования о выплате денежной компенсации. Чем это принципиально отличается от ситуации, когда человек проиграл другу в нарды свой смартфон и добросовестно отдал проигранное? Почему мы в последнем случае традиционно говорим о возникновении натурального обязательства из игры и его последующем добровольном исполнении, а в предыдущих отказываемся признавать, что воля сторон была направлена на возникновение гражданско-правового обязательства, и говорим о реальном дарственном предоставлении, которое сторона осуществила, не будучи обязана к этому с точки зрения права, но исполняя свой моральный долг, возникший из неформального обещания?

В связи с этим некоторые юристы не признают за теми отношениями, которые обычно квалифицируются в качестве натуральных обязательств, правового характера и считают, что здесь речь идет исключительно о моральном долге, исполнение которого представляет собой не исполнение обязательства, а реальную сделку дарения. Тем самым обеспечивается четкое различие между обязательством как правовой связью, подразумевающей судебную защиту субъективного права кредитора, и иными социальными отношениями, в рамках которых одно лицо, осознавая некий свой моральный долг перед другим лицом, добровольно исполняет этот долг за счет того или иного дарственного предоставления. Карточный долг в этом плане не будет отличаться от моральной обязанности приглашенного на день рождения гостя вручить имениннику подарок и такой же обязанности самого именинника накрыть праздничный стол за свой счет вместо просьбы гостям заплатить за съеденное и выпитое.

Часто особой практической разницы между двумя описанными подходами мы не увидим. Например, если исходить из традиционного взгляда на платеж по карточному долгу, добровольно осуществленный должником, как на платеж по существующему, хотя и натуральному обязательству, истребовать его назад по правилам о неосновательном обогащении нельзя. То же будет, если исходить из того, что карточный долг носит чисто моральный характер, просто основанием для вывода о невозможности истребования назад добровольно уплаченного будет то, что платеж в счет морального долга будет считаться дарением.

Но иногда этот вопрос о квалификации может приобрести практическое значение. Так, например, в рамках интерпретации, отвергаю-

шей феномен натурального обязательства, выплата карточного долга, будучи квалифицированы в качестве реального дарения, могут быть признаны ничтожными в связи с нарушением законодательных запретов на дарение (ст. 575 ГК РФ) или истребованы назад по правилам ст. 578 ГК РФ в связи с неблагодарностью одаряемого, а даритель при передаче вещи во исполнение такого долга будет отвечать за недостатки как даритель в ограниченном масштабе (ст. 580 ГК РФ). Например, если человек проиграл в карты автомобиль, будет ли он отвечать за дефекты как даритель? Будет ли на основании ст. 575 ГК РФ ничтожной выплата чиновнику карточного долга со ссылкой на запрет дарения государственным служащим в ст. 575 ГК РФ? Если считать, что здесь осуществлялся не дар, а исполнялось натуральное обязательство, эти правила о дарении применяться не будут. Впрочем, можно обсуждать вслед за рядом зарубежных правовых порядков выведение дарения, осуществленного в рамках реализации морального долга, «долга чести» из-под действия ряда законодательных норм о дарении за счет телеологической редукции, и тогда данное различие во многом нивелируется.

Что по этому поводу думает судебная практика? По поводу обязательственно-правовой или сугубо моральной природы долга, вытекающего из игры или пари и не подлежащего в связи с этим судебной защите, ясности нет: такие споры крайне редко попадают в залы судебных заседаний.

В отношении долга, по которому ранее состоялся отказ от иска, ВС РФ высказался в пользу сохранения обязательства: «Отказ от иска или части исковых требований по спору об исполнении обязательства сам по себе не означает прощение долга и не влечет прекращения обязательства...» (п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Означает ли это, что ВС РФ исходит из того, что обязательство становится натуральным, так как повторный судебный процесс по взысканию долга в такой ситуации невозможен в силу запрета на тождество процессов? Часто утверждается, что отказ от иска, лишая кредитора возможности обратиться с таким же требованием в суд в силу запрета на повторение процесса, трансформирует долг в натуральный. Но данный вопрос может вызывать споры. Если кредитор обратился в суд с иском об отобрании недвижимости, а затем отказался от иска, он уже не сможет рассчитывать на повторное рассмотрение этого своего требования. Но означает ли это, что он лишается прав на реализацию иных средств защиты в связи с просрочкой в передаче недвижимости (например, прежде всего взыскание убытков взамен реального исполнения)? Как представляется, нет, ведь в случае заявления иска о взыскании убытков это

будет иск с новым предметом, и запрет на тождество процессов здесь не может применяться. А значит, у кредитора остается возможность защитить свое обязательственное право, что по логике препятствует квалификации такого права в качестве натурального. Ведь если мы будем квалифицировать в качестве натурального любое требование, по которому невозможно присуждение к исполнению в натуре и возможна защита кредитора посредством взыскания убытков, то придем к парадоксальному выводу о том, что и обязательство сценариста написать сценарий по своей природе является натуральным, что со всей очевидностью неверно. Таким образом, следует прийти к выводу о том, что при отказе от иска об исполнении исходного регулятивного обязательства последнее не только не прекращается, но и не становится натуральным, просто у кредитора блокируется возможность повторного истребования исполнения обязательства в натуре. Соответственно, здесь сохраняется не только основание для добровольного исполнения обязательства остается, пока кредитор не отказался от договора, но и возможность использования против должника иных санкций за нарушение.

В отношении ситуации, когда судом было отказано в удовлетворении иска об исполнении основного обязательства по причине пропуска давности, ситуация также достаточно интересная. В такой ситуации кредитор теряет возможность истребовать исполнение по основному обязательству в силу запрета на повторение процесса. Дополнительные охранительные притязания кредитора (прежде всего о взыскании убытков) тоже оказываются задавлены в силу п. 1 ст. 207 ГК РФ. Но если кредитор в исходном иске не заявлял эти дополнительные требования, ничто не препятствует ему заявить такие требования в суд новым иском, который должен быть рассмотрен в силу несовпадения предметов этого и ранее рассмотренного иском, и добиться привлечения должника к ответственности при условии, что должник в этом новом процессе не заявит возражение о пропуске давности. А раз у кредитора сохраняется теоретическая возможность добиться привлечения должника к ответственности за нарушение основного обязательства в такой ситуации, корректно ли говорить о том, что отказ по причине пропуска давности в иске об исполнении исходного обязательства (в котором кредитор одновременно не требовал привлечения должника к ответственности) трансформирует само исходное обязательство в натуральное? Вопрос заслуживает дальнейшей доктринальной проработки.

Если мы признаем такое явление как натуральное обязательство и считаем его программой правоотношения, структурирующей не про-

сто нравственную, а правовую связь, то каковыми могут быть основания его возникновения? Очевидно, что в ряде случаев определить в качестве натуральных те или иные обязательства может закон, указав, что существующие права из тех или иных действительных обязательств не подлежат судебной защите (например, в отношении требований из игр и пари см. п. 1 ст. 1062 ГК РФ). Но могут ли суды выводить натуральный характер того или иного обязательства без опоры на конкретную норму закона (из системного толкования закона, аналогии закона, соображений справедливости, разумности и добросовестности и т.п.), творчески развивая право? Может ли, например, суд признать натуральный характер обязательства должника-гражданина, списанного по итогам личного банкротства, или обязательства с участием должника-наследодателя в сумме, превышающей размер переходящего в связи с открытием наследства к наследнику имущества? В примере с банкротством российское право говорит об освобождении должника от обязательства (п. 3 ст. 213.28 Закона о банкротстве и прекращение обязательства наследодателя), а в контексте наследования — о прекращении обязательства в силу невозможности исполнения (по п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9). Но корректны ли эти решения? Например, если обанкротившийся должник впоследствии неожиданно разбогател и решил погасить свои списанные в ходе банкротства долги, считая это делом чести, он будет по логике принятого у нас правового решения осуществлять дар. Но альтернативный путь состоит в том, чтобы в таких ситуациях говорить о трансформации обязательства в натуральный формат, а платеж воспринимать как добровольное его исполнение.

Встает также вопрос и о том, могут ли стороны по своей воле придать обязательству натуральный характер. На первый взгляд, если мы в принципе признаем такой феномен, как натуральное обязательства, из принципа свободы договора следует, что это вполне возможно (например, в форме заключения джентельменского соглашения), но нередко высказывается и обратная точка зрения.

Могут ли стороны своим соглашением или даже должник своим односторонним волеизъявлением трансформировать свой натуральный долг в ординарный гражданский долг, подлежащий судебной защите? Как минимум в контексте обязательств из игры или пари это кажется невозможным, если такое волеизъявление состоялось до начала игры. Но что, если уже после проигрыша стороны заключили соглашение о новации натурального долга в заемный с неким графиком погашения? Вопрос менее очевидный. В целом ответ на данный вопрос, видимо, должен зависеть от существования конкретного натурального обя-

зательства и целей лишения его судебной защиты. Так, применительно к обязательству из игры или пари такая новация кажется невозможной. В зарубежном праве этот вопрос вызывает дискуссии.

Может ли натуральное обязательство быть обеспечено залогом третьего лица или поручительством с предоставлением кредитору права на обращение взыскания на предмет залога или взыскание долга с поручителя? Ответ также не вполне очевиден, но кажется, что если поручительство или залог претендует на предоставление кредитору правовой возможности осуществить принудительную реализацию своего требования, обратившись к обеспечителю, а само обеспеченное требование изначально является натуральным, то такое обеспечение невозможно. Если же такое обеспечение предоставлено, то его следует рассматривать как также порождающее натуральный долг. Например, если один из игроков в покер письменно перед началом игры поручился по возможным карточным долгам своего товарища перед другими игроками, последние не могут потребовать по суду погашения долга ни от проигравшего, ни от поручителя.

Возникает и множество иных вопросов (о возможности зачета с использованием натурального долга, уступки требования по натуральному долгу и др.).

В общем и целом доктрина натуральных обязательств в российском праве плохо разработана. Более того, как было показано выше, под вопросом находится сама целесообразность наделения таких отношений обязательственной, правовой природой вместо придания таким отношениям значения моральной связи, а осуществленному добровольному предоставлению в рамках реализации этого морального долга — значения дарственного предоставления. Подробнее освещать данные вопросы в рамках настоящего комментария не представляется возможным и целесообразным, поэтому далее по тексту комментария речь будет идти прежде всего о полноценных обязательствах, предполагающих судебную защиту.

1.10. Позитивные и негативные обязательства

В содержание обязательства, согласно комментируемому пункту и сложившейся континентально-европейской догматике, входит обязанность совершить определенные действия или воздержаться от их осуществления. Сообразно этим двум видам обязанностей выделяют позитивные и негативные обязательства.

1.10.1. Позитивное обязательство

Позитивное обязательство (обязательство с положительным содержанием) может заключаться в уплате денег, передаче какого-либо имущества (в том числе в собственность, во временное владение

и пользование), оказании услуг или выполнении работ и т.п. В цивилистической литературе для обязательства перенести собственность часто употребляют латинский термин «*dare*», а для обязательств совершить те или иные действия — термин «*facere*».

Новая редакция п. 1 ст. 307 ГК РФ, вступившая в силу 1 июня 2015 г., упоминает среди возможных предметов обязательства и внесение вклада в совместную деятельность. Эта новелла прямо указывает на обязательственный характер отношений сторон договора простого товарищества по внесению вклада в совместную деятельность.

При этом список видов позитивных обязательств в п. 1 комментируемой статьи носит лишь иллюстративный характер; в предмет обязательства может входить совершение практически любых активных действий (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Например, позитивное обязательство может предполагать заключение основного договора во исполнение предварительного, голосование на собрании акционеров в соответствии с условиями корпоративного договора, подачу заявления о регистрации аренды или ипотеки, проведение реорганизации, выпуск эмиссионных ценных бумаг, предоставление информации, направление того или иного извещения и т.п.

1.10.2. Негативное обязательство

Классическая европейская догматика признает негативное обязательство (обязательство с отрицательным содержанием (*non facere*)), и комментируемый пункт, упоминая негативное обязательство, следует устоявшейся традиции. Речь идет об обязательстве воздержаться от совершения определенных действий.

Негативное обязательство может состоять, в частности, в воздержании от отчуждения своего имущества третьим лицам без согласия кредитора, привлечения дополнительного долгового финансирования, уступки обязательственного права без согласия должника, разглашения конфиденциальной информации, конкурирования с контрагентом в том или ином регионе, публичной критики продукции, рекламным лицом которой является соответствующий должник, и т.п.

Безусловно, позитивные обязательства встречаются в реальном экономическом обороте чаще негативных. В связи с этим неудивительно, что большая часть норм общей части обязательственного права сформулирована путем индуктивного обобщения частных коллизий и споров, подавляющее число из которых возникло в связи с обязательствами позитивными, и поэтому их дедуктивное применение к негативным обязательствам нередко невозможно или требует тех или иных модификаций. Если бы европейские цивилисты, веками

вырабатывавшие общие положения обязательственного права, принимали в расчет все возможные виды обязанностей, то, думается, таких универсальных норм получилось бы очень мало. Появление исключений представляет собой обычный побочный эффект индуктивного формирования правовых обобщений. Иначе говоря, мы здесь имеем стандартные издержки индукции.

Так, например, за какими-то возможными редкими исключениями, трудно представить себе частичное исполнение негативного обязательства, зачет встречных однородных требований, вытекающих из негативных обязательств, досрочное исполнение негативного обязательства и т.п. Поэтому логично исходить из того, что общая часть обязательственного права применяется к негативным обязательствам, если иное не следует из негативного существа данного обязательства. Этот вывод не находит своего закрепления в тексте ГК РФ, но он вполне может выводиться посредством ограничительного толкования гипотез соответствующих общих норм обязательственного права, несовместимых со спецификой негативных обязательств (телеологическая редукция).

Иногда в научной литературе выдвигается идея о том, что негативные обязательства в принципе не могут быть центральным, основным обязательством в рамках договора, структурирующим основное договорное предоставление, и всегда сопровождают, дополняют те или иные позитивные обязательства. С такой точкой зрения вряд ли можно согласиться. Не разделяется она и в зарубежных правовых порядках. Тот факт, что чаще всего негативные обязательства имеют сугубо вспомогательный характер и дополняют некое основное позитивное обязательственное правоотношение, не означает теоретическую и практическую невозможность заключения договора, в основной предмет которого будет входить исполнение негативного обязательства, либо установления в законе отдельного негативного обязательства, не выступающего в качестве «эскорта» некоего позитивного обязательства. Так, например, соседи могут договориться о том, что в обмен на некую сумму один из них будет воздерживаться от осуществления формально не противоречащих закону шумных мероприятий на своем участке в условленные часы, кредиторы одного должника в межкредиторском соглашении могут обязаться не предпринимать действий, направленных на досрочное истребование причитающихся им долгов с общего должника, а участники общества в корпоративном договоре могут принять на себя обязательства не голосовать за ликвидацию или реорганизацию общества на общих собраниях участников в первые два года существования общества. Наконец, самый очевидный

пример — это соглашение о конфиденциальности (неразглашении) или неконкурировании (последнее в тех пределах, в которых такие соглашения не противоречат антимонопольному законодательству). В таких случаях исполнение негативного обязательства представляет собой основное договорное предоставление по договору, а не сопровождает некое основное позитивное обязательство.

1.10.3. Отличие негативного обязательства от смежных институтов

Негативное обязательство следует отличать от отказа от права или ограничения правоспособности. Когда должник по негативному обязательству берет на себя обязательство воздержаться от того или иного поведения, которое само по себе считается правомерным, соответствующее поведение лишается статуса правомерного только в рамках сугубо относительного правоотношения должника с этим кредитором, но в отношениях с третьими лицами, перед лицом как частного, так и уголовного, административного или иных областей права оно остается правомерным и порождает соответствующие желаемые нарушителем договора правовые эффекты. Так, например, если должник в договоре кредита обязался перед банком не регистрировать дочерние общества, не увеличивать уставный капитал, не менять режим налогообложения, не увеличивать штат сотрудников и не привлекать дополнительные кредиты, действия должника вопреки такому обязательству остаются действительными и влекут соответствующий частноправовой или публично-правовой эффект, но будут рассматриваться как нарушение обязательства в относительных отношениях с конкретным кредитором и влечь ответственность за нарушение обязательства (взыскание убытков, неустойки). Внешний контур правоспособности должника принятием на себя негативных обязательств не усекается, а соответствующие ограничения носят сугубо внутренний и относительный характер. Принятие на себя негативного обязательства ограничивает экономическую и личную свободу в той же степени, в которой позитивное обязательство передать вещь в собственность одного покупателя ограничивает свободу продавца распорядиться вещью как-то иначе. Это ограничение носит косвенный характер, опосредуется возникновением сугубо относительной обязательственной связи с кредитором и не структурируется как усечение объема правоспособности должника. Не влечет такое обязательство и отказ от некоего абсолютного или относительного права.

В то же время здесь следует сделать несколько важных оговорок.

Во-первых, кредитор в силу п. 6 ст. 393 ГК РФ, узнав о возникновении угрозы нарушения негативного обязательства или начале его нарушения, вправе потребовать в судебном порядке пресечения на бу-

душее поведения должника в нарушение негативного обязательства. Иначе говоря, иногда негативное обязательство может представлять собой не только основание для взыскания убытков или уплаты штрафа на случай уклонения от его исполнения, но и дать кредитору возможность заблокировать нарушающее обязательство активное поведение должника посредством угрозы применения судебной неустойки и публично-правовых санкций. Это не устраняет полностью, но делает несколько менее ярким различие между негативным обязательством и отказом от права (или точечным договорным ограничением правоспособности).

Во-вторых, если негативное обязательство нарушено и при этом должник в состоянии устранить последствия такого нарушения, мыслимо предъявление и удовлетворение иска о восстановлении состояния, имевшего место до нарушения (данный способ защиты упомянут в ст. 12 ГК РФ). Например, если соседи договорились не возводить на своих участках те или иные строения, затеняющие участки друг друга, и не засаживать на участках определенные насаждения, цветение которых способно вызвать аллергию, и один из них нарушил свои обязательства, например, посадив дерево, не высаживая которое он обещал, в принципе мыслим иск о понуждении к уничтожению данного дерева.

В-третьих, если речь идет об обязательстве одного лица не осуществлять свое секундарное или обязательственное право, которое у него имеется в отношении другого лица (например, обязательство не осуществлять секундарное право на отказ от договора либо не взыскивать неустойку), осуществление стороной, принявшей на себя такое обязательство, указанных прав должно, судя по всему, блокироваться. И в этом плане обязательство не осуществлять подобное право может квалифицироваться как отказ от осуществления права в течение определенного времени, если речь шла об обязательстве не осуществлять право в течение определенного срока, или даже бесповоротный отказ от секундарного права или прощение долга. Так, если займодавец с заемщиком заключат соглашение, в силу которого займодавец обязуется не требовать уплаты процентов, логично толковать это соглашение как попытку несколько неуклюже оформить бесповоротный отказ от обязательственного права (прощение долга), и блокировать попытку взыскать такие проценты. В примере же с обязательством не отказываться от договора в течение, скажем, года логично презюмировать, что стороны имели в виду временный отказ от осуществления секундарного права на расторжение, и лишая правового значения заявление об отказе, поступившее до истечения

указанного срока (подробнее об отказе от права и отказе от осуществления права см. комментарий к п. 2 ст. 9 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В-четвертых, если содержание обязательства сводилось к запрету совершения тех или иных сделок с третьими лицами, по общему правилу совершенная в нарушение такого запрета сделка действительна и не может быть аннулирована, так как обязательства не усекают внешний контур правоспособности должника. Но российская судебная практика исходит из того, что такая сделка может быть при наличии ряда условий квалифицирована в качестве ничтожной на основании ст. 10 и 168 ГК РФ, если третье лицо действовало недобросовестно. Кроме того, такое третье лицо при наличии признаков злого умысла в своем поведении может быть привлечено к деликтной ответственности за недобросовестную интервенцию в чужие обязательственные отношения и содействие должнику в нарушении его негативного обязательства (подробнее о доктрине интервенции в чужие обязательственные правоотношения см. комментарий к п. 3 ст. 308 ГК РФ).

1.10.4. Пределы свободы согласования негативного обязательства

Сделка, порождающая негативное обязательство, может быть признана недействительной (по основаниям противоречия основам правопорядка и нравственности или по тем или иным специальным основаниям), если она влечет явно избыточное и непропорциональное ограничение свободы личности и экономической свободы. Так, например, условие договора продажи контрольного пакета акций сервисной или технологической компании может запрещать и нередко запрещает продавцу (предпринимателю, изначально создавшему бизнес, с именем которого компания прочно ассоциируется) открывать новый бизнес в той же сфере и в том же регионе в течение определенного срока. Нередко без такого обязательства инвестиции покупателя просто бессмысленны, так как продавец немедленно после продажи своего бизнеса создаст конкурента и уведет всю клиентскую базу. Если бы такие обязательства не имели юридической силы, никто бы не предложил за созданную продавцом компанию достойную цену, и это снижало бы ее капитализацию и приводило к абсурдному снижению экономического благосостояния. Поэтому такие соглашения должны признаваться правом. Но если это ограничение конкуренции имеет бессрочный характер или иным образом избыточно с точки зрения

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к п. 2 ст. 9 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

его соотношения с легитимными интересами покупателя, такое условие договора может быть квалифицировано как ничтожное по ст. 169 ГК РФ или признано недействительным на основании специальных норм Закона о защите конкуренции.

В равной степени как минимум по общему правилу могут квалифицироваться как ничтожные соглашения, предметом которых является обязательство не разглашать информацию о совершении другим лицом преступления, не высказывать свое мнение по вопросам общественно-политической повестки, не вступать в брак после развода и т.п. Впрочем, здесь не наблюдается специфика, так как в ряде случаев и соглашение, устанавливающее позитивное обязательство, может быть признано ничтожным по ст. 169 ГК РФ. Равным образом будут ничтожны по причине противоречия основам нравственности или правопорядка обязательства способствовать распространению заведомо ложной информации о якобы совершенном третьим лицом преступлении, активно выражать свои политические пристрастия или демонстрировать приверженность той или иной вере вопреки истинным убеждениям или вступить в брак с родственником кредитора в обмен на назначение на ту или иную должность.

1.10.5. Возможно ли обязательство претерпевать?

Дискуссионным вопросом является вопрос о выделении обязательств, предметом которых является претерпевание того или иного фактического поведения другой стороны, которое при отсутствии такого обязательства было бы противоправным (*pati*).

Например, пасечник, разводящий пчел на своем участке, договорился с соседом, что последний будет претерпевать периодические налеты пчел на его участок и не будет против размещения ульев рядом с их общей границей (в обмен на уплату некоей ежемесячной суммы либо в силу того, что сосед-цветовод выигрывает сам от таких «пчелиных рейдов» на свой участок). Данное соглашение похоже на сервитут, но вопрос о такой квалификации спорен. И уж совсем не может быть квалифицировано в качестве сервитута соглашение между соседями, согласно которому одно лицо соглашается претерпевать шумные работы на участке другого или затенение его участка строениями или деревьями на соседнем участке. Но можно ли здесь говорить об обязательственном правоотношении. Является ли право лица на своем участке разводить пчел, затенять участок соседа, осуществлять шумные мероприятия или иную деятельность, которая при отсутствии соглашения рассматривалась бы как деликт в отношении соседа, и рассчитывать на терпение соседа полноценным обязательственным правом, в качестве своего содержания имеющим требование к соседу

«претерпевать»? Является ли бремя претерпевания такого поведения долгом с поведенческим содержанием?

Или представим соглашение, по которому участники боксерского поединка договариваются претерпевать телесные повреждения, которые они будут друг другу наносить при условии соблюдения правил спортивного соревнования. Мыслимо ли здесь говорить об обязательственном праве бить соперника и корреспондирующем ему долге терпеть наносимые в рамках правил «спортивные побои»?

Альтернатива обязательственному объяснению таких правоотношений есть. Такое предоставление в виде претерпевания фактических действий контрагента, которые при отсутствии соглашения могли бы быть признаны неправомерными, может рассматриваться как устанавливающее расширение охвата тех или иных абсолютных имущественных или личных неимущественных прав. Каждый человек имеет свободу действий и жестикуляции, но эта свобода ограничена правом ближнего на неприкосновенность тела; по этой линии, за которой начинается посягательство на чужое абсолютное право, пролегает граница абсолютного неимущественного права первого лица. Но согласование сторонами поединка взаимного претерпевания «спортивных побоев» смещает эту границу в отношении этих конкретных лиц. То же и в примерах с пчелами, шумом или затенением: если допустить, что разведение пчел, шум или затенение провоцируют посягательство на абсолютное право соседа, и признать, что абсолютное право пчеловода, шумного соседа или любителя дубовых рощ на подобное использование своего участка ограничено и не предполагает свободу таких вариантов его использования, то тогда соглашение с соседом позволяет расширить границы абсолютного права собственности этого лица и сузить границы права собственности контрагента.

Проблема с таким обоснованием проявляется в тех случаях, когда поведение управомоченного лица одновременно будет посягать на права третьих лиц, в соглашении не участвующих. Получится, что в отношении с ними данное лицо ведет себя неправомерно. А если так, то можно ли говорить о смещении границ абсолютных прав? Скорее данная граница смещается исключительно в относительной плоскости взаимоотношений конкретных сторон договора. Но тогда можно ли говорить о смещении границ *абсолютных* прав?

Если все же мы в согласии терпеть «спортивные побои», «пчелиные рейды» или «тени соседских сосен» на своем участке увидим обязательственное предоставление, то следует ли здесь говорить об особом виде обязательств — обязательстве претерпевать? Либо мы имеем дело с отрицательным обязательством не предпринимать фактические

действия, препятствующие атакам на свои абсолютные права, и не подавать те или иные иски или жалобы, в основе которых будет лежать стремление остановить такие атаки или наказать за их осуществление (или даже отказом от осуществления таких охранительных правомочий на случай нарушения своих абсолютных прав)? Есть точка зрения, согласно которой любое предоставление типа *pacti* в конечном итоге сводимо к набору обязательств *non facere* или отказу от осуществления определенных принадлежащих в силу закона прав.

В целом вопрос спорный и заслуживает дополнительного анализа.

Выше речь шла о претерпевании *фактических действий*. Как мы видим, здесь вопрос об обязательственной или необязательственной природе такого претерпевания может оказаться крайне запутанным. Эту ситуацию следует отличать от иного типа претерпевания. Претерпевание осуществления другой стороной секундарного (преобразовательного) правомочия предметом обязательства не является точно, вопреки иногда звучащим мнениям. Секундарное (преобразовательное) право осуществляется сугубо *сделочным волеизъявлением* управомоченного лица, которое представляет собой внесудебное заявление или предъявление преобразовательного иска, направленные на то, чтобы породить, изменить или прекратить правоотношение с участием претерпевающей стороны (например, право на зачет, на отказ от договора или его одностороннее изменение, на судебное расторжение или изменение договора, на оспаривание сделки в судебном порядке, на выбор в альтернативном обязательстве и т.п.). Такое правомочие и противостоящее ему претерпевание противоположной стороны точно не могут быть описаны как обязательственная связь обязательства. Претерпевающая сторона даже не может воспрепятствовать осуществлению такого права, секундарное право одного лица осуществляется вне связи с тем или иным активным или пассивным поведением другой стороны. Между лицом, вынужденным претерпевать реализацию секундарного права, и лицом, управомоченным на вторжение в сферу правовой автономии первого, складывается однозначно необязательственное правоотношение (подробнее о секундарных правах см. п. 1.11 комментария к настоящей статье).

1.11. Отличие обязательственного права от секундарного права

Как уже отмечалось, программа обязательственного правоотношения состоит из двух основных элементов: обязанности должника (долга) и корреспондирующего ей права кредитора требовать исполнения этой обязанности (притязания). От обязательственных прав следует отличать права преобразовательные (секундарные, потестативные). Содержание таких прав (*Gestaltungsrecht, droit potestatif*) отличается

от содержания прав обязательственных. Секундарное право – это закрепленное в договоре, законе, вытекающее из обычая или принципов права правомочие одного лица своим односторонним сделочным волеизъявлением вторгнуться в правовую сферу другого лица и тем самым создать, изменить или прекратить те или иные права и обязанности для этого лица. Секундарному праву одного лица противостоит не обязанность другого лица что-либо сделать или не делать, а бремя претерпевания последним произвольного вторжения в сферу своей правовой автономии со стороны первого.

Иногда пытаются представить такое право как обязательственное и увидеть на стороне адресата соответствующего волеизъявления особую обязанность претерпевать вторжение в сферу своей правовой автономии. Но, как было показано выше, такой взгляд кажется неверным и сейчас в российском праве, как правило, отвергается: суть правовой связи сторон при наличии секундарного права состоит не в противопоставлении права требования и обязанности с поведенческим содержанием, а в наличии у одного лица ограниченной власти над сферой правовой автономии другого лица, которая осуществляется путем чистого волеизъявления и которой противостоит не обязанность терпеть правовое насилие, а бремя претерпевания.

Вопрос о том, является ли секундарное право разновидностью относительного права наряду с обязательственным правом либо вообще стоит в одном ряду с абсолютными и относительными правами, иногда дебатруется. Как представляется, логично исходить из того, что секундарное правомочие одного лица своим волеизъявлением навязать правовой эффект другому лицу является особым относительным правом наряду с правом обязательственным, но вопрос требует дополнительного анализа.

К секундарным правам традиционно относятся право на зачет, на отказ от договора или его одностороннее изменение, на одностороннее определение тех или иных условий договора, на судебное расторжение договора, на оспаривание договора, на выбор в альтернативном обязательстве, на акцепт оферты, на востребование исполнения по опционному договору или любому иному договору, ставящему исполнение обязательства в зависимость от востребования одной из сторон, и т.п. В рамках одной из интерпретаций право на выдвижение в суде возражения, блокирующего осуществление права истца (например, возражение об истечении давности или о несоразмерности неустойки), также рассматривается как право секундарное.

Секундарные права могут осуществляться в форме одностороннего внесудебного заявления (например, зачет, отказ от договора), в форме

волеизъявления, реализующегося путем предъявления преобразовательного иска (например, расторжение договора по суду или оспаривание оспоримой сделки) либо в форме выдвижения возражения против искового требования (например, возражение о несоразмерности неустойки).

Нормы общей части обязательственного права к вторичным правам по общему правилу не применяются. В то же время, видимо, некоторые нормы об обязательствах могут применяться к вторичным правам по аналогии закона. Так, например, ст. 429.2 ГК РФ допускает уступку вторичного права на акцепт по опциону на заключение договора, но при этом никаких норм ГК РФ о порядке уступки такого рода вторичного права нет. Соответственно вполне возможно применение некоторых норм ГК РФ об уступке обязательственного права к уступке права на акцепт по аналогии закона (подробнее см. комментарий к ст. 429.2 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

1.12. Обязательства, опосредующие предоставление, и иные виды обязательств

Если классифицировать обязательства по целевой направленности заложенной в него обязанности должника, то можно выделить следующие их категории.

1.12.1 Обязательства, исполнение которых опосредует осуществление предоставления

Как уже отмечалось, обязательства опосредуют в случае их исполнения предоставление кредитору или указанному им лицу (лицам) некоего экономического блага, которым является материальное или иное благо, обладающее способностью удовлетворять жизненные, предпринимательские или иные потребности лица. Предметом большинства обязательств является такое *предоставление (Leistung)*. Как уже говорилось, это благо необязательно носит строго имущественный характер и может состоять в удовлетворении альтруистических, духовных, культурных, досуговых, гедонистических и иных субъективных потребностей кредитора.

Предоставление приносит пользу кредитору или указанному им лицу, о пользе которого заботится кредитор. Такие предоставления имеют центральное значение для классификации договоров, но они же обычно составляют и основное содержание обязательственного отношения, вытекающего из деликта, неосновательного обогащения,

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 429.2 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

публичного обещания награды и т.п. Если лицо возвращает ошибочно полученный платеж, оно осуществляет возвратное, реверсивное предоставление.

Если речь идет о договорном обязательстве и договор при этом имеет двусторонне-обязывающий синалагматический (т.е. обменный) характер, то из него вытекают как минимум два взаимных обязательства по осуществлению предоставлений, поэтому в литературе такие обязательства по синалагматическому договору часто обозначают как обязательства, опосредующие осуществление *встречных предоставлений*. Но не стоит забывать, что в односторонне-обязывающих договорах (например, в реальном договоре беспроцентного займа, поручительстве, консенсуальном дарении и т.п.) такие обязательства не опосредуют экономический обмен, а отражают одностороннее предоставление в адрес лишь одного из контрагентов.

Также стоит помнить, что предоставление может осуществляться не только посредством исполнения некоего ранее возникшего обязательства (например, в контексте реальных договоров дарения или займа либо при передаче отступного).

Среди обязательств, опосредующих предоставление, можно условно выделить некоторые разновидности.

Во-первых, некоторые из таких обязательств являются основными, так как удовлетворение интереса в получении соответствующего блага является для кредитора той главной целью, ради удовлетворения которой обязательство и устанавливается. Например, в договоре купли-продажи речь идет об обязанности по передаче вещи в собственность (или отчуждении имущественного права) и корреспондирующей ей обязанности по оплате. Такими обязательствами могут являться также предоставление кредитного финансирования, оказание услуг, выполнение работ, отчуждение исключительного права, передача ценной информации и т.п. Могут опосредовать основное предоставление и негативные обязательства. Если воздержание должника от совершения определенных действий является основной целью заключения договора и при этом удовлетворяет ту или иную потребность кредитора, обладает для него определенной самостоятельной экономической ценностью, то можно говорить об экономическом предоставлении (например, соглашение о конфиденциальности).

Во-вторых, некоторые такие обязательства направлены на осуществление экономического предоставления, но в контексте конкретной программы договорных или иных правоотношений имеют лишь дополнительный характер. Например, в договоре поставки может быть предусмотрена обязанность поставщика осуществить настройку

поставляемого оборудования. Данная услуга является интегрированным в договор самостоятельным обязательством, имеющим некую экономическую ценность для кредитора независимо от того, входит ли оплата этой услуги в цену товара или выделяется в договоре отдельно. Такая услуга удовлетворяет соответствующую потребность покупателя и имеет экономический характер. Таким образом, это также предоставление, которое направлено на удовлетворение экономического интереса кредитора. Мы называем его дополнительным только потому, что оно имеет служебный, вспомогательный по отношению к основному предоставлению характер. К этой же категории можно отнести, например, и обязанности продавца передать запасные части к передаваемому оборудованию, провести обучение персонала покупателя по технологии эксплуатации поставляемого оборудования, осуществить сервисное обслуживание и другие подобные обязательства.

В-третьих, из договоров иногда возникают обязательства, не опосредующие экономический обмен или одностороннее удовлетворение той или иной потребности одного из контрагентов, но обеспечивающие восстановление имущественного *status quo* в форме возврата ранее полученного имущества. Например, обязательства арендатора или ссудополучателя вернуть предмет аренды или ссуды хотя и носят характер обязательства-предоставления, но указанные действия должника не являются элементом обмена и не приводят к одностороннему обогащению арендодателя (ссудодателя), так как ему возвращается то, что он сам ранее передал должнику. Арендатор по посессорной аренде (ссудополучатель) лишь возвращает то, что он ранее получил во временное владение.

Сюда же можно отнести и обязательства по возврату имущества, возникающие в связи с расторжением договора или признанием договора недействительным, а также многие обязательства, вытекающие из неосновательного обогащения.

Такие обязательства можно условно обозначить как обязательства по осуществлению ликвидационных либо реверсивных (возвратных) предоставлений.

В-четвертых, из договора и ряда иных оснований нередко возникают особые компенсационные обязательства, не опосредующие экономический обмен, одностороннее обогащение кредитора или возврат ему того, что он сам ранее передал должнику, но обеспечивающие кредитора средствами, необходимыми для исполнения его основного обязательства, или компенсирующие те или иные расходы, потери (убытки).

Так, например, согласно договору доверитель по безвозмездному договору поручения может быть обязан возместить поверенному расходы, понесенные в связи с исполнением его обязательств. Данное обязательство не имеет для поверенного характер встречного предоставления (т.е. такое предоставление не является объектом обмена), не влечет обогащение поверенного и не возвращает ему то, что он ранее передал доверителю, но при этом такое предоставление нацелено на возмещение расходов, т.е. имеет компенсационный характер. К этой же категории с определенными оговорками следует отнести и обязательства по возмещению одной из сторон связанных с заключением, исполнением или прекращением договора имущественных потерь другой стороны по правилам ст. 406.1 ГК РФ.

К особой разновидности компенсационных обязательств можно отнести гражданско-правовые обязательства, возникающие в связи с неисполнением некоего основного обязательства и опосредующие компенсацию убытков контрагента, появившихся в результате нарушения его прав (а также во многом производные обязательства уплатить неустойку или проценты годовые). Обязанность должника уплатить сумму, вытекающая из применения к нему меры гражданско-правовой ответственности, является гражданско-правовым охранительным обязательством, к которому по общему правилу применяются правила об исполнении и прекращении обязательств, предусмотренные в ГК РФ.

Деликтная ответственность сама по себе представляет такое компенсационное охранительное обязательство возместить убытки или моральный вред.

В-пятых, часто исполнение основного или дополнительного обязательства по предоставлению осуществляется должником с дефектом, который должник по требованию кредитора обязан в силу закона или договора устранить (например, ст. 475, 723 ГК РФ). Данная обязанность по исправлению дефектов в осуществленном ранее предоставлении, по сути, служит инструментом обеспечения интереса кредитора в получении основного предоставления.

Этот перечень обязательств, структурирующих осуществление некоего предоставления, безусловно, не претендует на исчерпывающий характер и классификационную стройность и здесь приведен в иллюстративных целях.

1.12.2. Организационные обязательства, не опосредующие непосредственное удовлетворение кредитора

Все описанные выше типы обязательств в случае исполнения входящей в них обязанности опосредуют предоставление некоего эконо-

мического блага, удовлетворение некой субъективной потребности кредитора. Но в реальной жизни (как правило, в сфере договорных отношений) встречается и множество иных обязанностей лица по отношению к другому лицу, которые не выступают в качестве правового средства, обеспечивающего непосредственное предоставление экономического блага и удовлетворение субъективной потребности кредитора, но при этом *косвенно способствуют* достижению этих целей или направлены на сохранение *status quo*.

Во-первых, можно выделить обязательства, исполнение которых направлено на создание тех или иных организационных условий для осуществления предоставлений, обеспечивая соответствующую сторону информацией, которая может позволить наиболее эффективно реализовывать те или иные договорные возможности и т.п. Обычно такие обязательства сопровождают осуществление контрагентами своих основных, дополнительных или иных обязательств-предоставлений. Речь здесь идет о таких дополнительных организационных обязанностях должника, как, например, обязанность комиссионера по представлению отчета, обязанность цедента, продавшего право требования, направить должнику уведомление о переходе права, обязанность контрагента своевременно проинформировать о наступлении обстоятельств непреодолимой силы, обязанность подрядчика допустить представителей заказчика для инспекции процесса выполнения работ и др.

Во-вторых, встречаются такие обязанности, которые накладывают на сторону определенные ограничения, которые направлены на снижение рисков контрагента. В качестве примера можно привести обязанность заемщика использовать целевое финансирование по согласованному назначению, исполнение которой гарантирует банку защиту от рискованных инвестиций заемщика и увеличения риска дефолта.

Специфическая функция многих таких обязанностей состоит не только в том, чтобы снизить риски кредитора, но и в том, что их нарушение своевременно сигнализирует кредитору о возникновении этих рисков и дает возможность принять соответствующие превентивные меры (например, право на односторонний отказ от договора и досрочное истребование предоставленного имущества).

Так, в кредитных договорах и облигационных займах, в частности, очень распространены так называемые ковенанты, в которых заемщик обещает кредитору что-либо делать или не делать, помимо своих основных финансовых обязательств по возврату кредита и уплате процентов вне рамок своих взаимоотношений с этим кредитором. В качестве

иллюстрации можно привести ковенанты о том, что заемщик не будет продавать или предоставлять свое имущество в залог третьим лицам, воздержится от реорганизации, не будет выплачивать крупные бонусы топ-менеджерам, не будет наращивать расходы на персонал, будет публиковать отчетность по международным стандартам и т.п. Такого рода обязанности не направлены на некое предоставление в пользу кредитора и опосредуют скорее организационные вопросы. Но в отличие от обычных организационных обязанностей, которые, как правило, представляют собой некое действие (мероприятие, процесс), которое необходимо совершить в рамках взаимодействия с кредитором, обязанности ковенантного типа ограничивают свободу действий должника вне сферы его прямых взаимоотношений с кредитором (например, в отношении с третьими лицами).

1.12.3. Вопрос об обязательстве воздерживаться от посягательств на абсолютные права в ходе исполнения договора

Из договора или восполняющих его норм закона, обычаев, принципа доброй совести (п. 3 ст. 307 ГК РФ) вытекает обязанность воздержаться от причинения вреда личности или имуществу контрагента или посягательств на иные его абсолютные права в ходе исполнения обязательств, принятия исполнения или иного контрактного взаимодействия.

Такие обязанности в ряде стран концептуализируют как элемент особого договорного обязательства, цель которого не осуществить некое предоставление, а обеспечить неприкосновенность абсолютных прав другой стороны правоотношения в ходе осуществления договорного взаимодействия.

На самом деле часто эти обязанности можно представить как характеристики того предоставления, которое обязан осуществить должник. Например, если медицинская организация в ходе переливания крови допустила заражение пациента, налицо ненадлежащее оказание медицинской услуги, т.е. нарушение обязательства по осуществлению предоставления. Равным образом если хранитель повредил сданную на хранение вещь, перевозчик потерял перевозимый груз или ювелир сломал сданное в починку ювелирное украшение, налицо очевидное нарушение основного договорного обязательства.

Но могут быть выделены менее очевидные ситуации, когда подобные обязанности аналитически отделяются от основного обязательства по осуществлению предоставления, хотя и связаны с ним. Например, медицинская операция могла пройти по плану и качественно, но медицинская организация допустила журналистов в палату, которые затем распространили соответствующие кадры без разрешения пациента,

что нарушило право пациента на медицинскую тайну. Иначе говоря, являющаяся непосредственным предметом договоренности услуга в такой ситуации была оказана качественно, но в ходе договорного взаимодействия клиника нарушила обязанность заботиться о здоровье пациента и охранять медицинскую тайну. Другие примеры: слушатель обязан не причинять вред имуществу образовательной организации, уборщица обязана воздерживаться от причинения вреда имуществу заказчика в ходе осуществления уборки, сотовая компания обязана сохранять в тайне персональные данные абонента, клиника обязана принять меры, исключающие заражение пациента тем или иным вирусом в ходе оказания медицинской услуги, наймодатель обязан воздерживаться от подглядывания за частной жизнью нанимателя за счет скрытых камер и т.п.

В ряде стран (например, в Германии) исходят из того, что в силу закона или доброй совести договорные правоотношения дополняются обязательственными запретами и предписаниями, направленными на охрану абсолютных прав контрагентов, и поэтому при нарушении таких дополнительных обязанностей применяют ответственность за нарушение обязательства, а не деликтную ответственность. В других же странах в подобных ситуациях говорят о деликте и деликтной ответственности, не имплицитно дополнительное договорное обязательство по охране прав и интересов контрагента.

Правила договорной и деликтной ответственности обычно в зарубежных правовых порядках и в российском праве различаются. Подведение иска об убытках в такого рода случаях под режим договорной ответственности обычно позволяет в большей степени защитить потерпевшего. Например, в силу п. 3 ст. 401 и ст. 403 ГК РФ нарушитель в рамках договорной ответственности будет отвечать даже при отсутствии вины, если он заключал договор в рамках предпринимательской деятельности, или строгим образом отвечать за вину привлеченных им третьих лиц, в то время как в рамках правил о деликтной ответственности последняя будет исключаться при отсутствии вины, даже если нарушителем является коммерсант, и не будет наступать за вину привлеченных третьих лиц, которых ответчик полностью не контролирует (ст. 1064 и 1068 ГК РФ).

Решение данного вопроса в российском праве носит достаточно запутанный характер.

Дело в том, что правила ст. 1095 ГК РФ указывают на деликтную безвиновную ответственность стороны договора, чье ненадлежащее исполнение обязательства повлекло причинение вреда личности или имуществу гражданина или имуществу организации, которые заключа-

ли договор не в рамках своей предпринимательской деятельности. Если согласно ГК РФ даже за некачественное оказание услуги, повлекшей вред здоровью или имуществу клиента, исполнитель отвечает по правилам о деликтной ответственности, кажется логичным предположить, что та же деликтная ответственность будет наступать и при причинении и не связанного с осуществлением некачественного предоставления побочного вреда личности или имуществу, причиненного заказчику в рамках контрактного взаимодействия.

В то же время идут споры о возможности предъявления в таких случаях иска о взыскании убытков по правилам гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства или по правилам гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности по выбору потерпевшего. Звучат голоса в пользу допущения такого свободного выбора, когда речь идет о причинении вреда личности или имуществу гражданина-контрагента. Также выдвигаются аргументы в пользу допущения как минимум при причинении вреда личности или имуществу гражданина свободной комбинации правил договорной и деликтной ответственности в целях максимальной защиты потерпевшего (например, строгой ответственности исполнителя за действия привлеченных третьих лиц из общих положений о договорной ответственности и подробных правил расчета возмещения при причинении вреда здоровью, закрепленных в гл. 59 ГК РФ) (подробнее о конкуренции исков см. п. 18 комментария к ст. 12 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В случаях, когда в ходе исполнения сугубо коммерческого договора произошло побочное посягательство на абсолютное право контрагента, вопрос о договорной или деликтной природе ответственности, а следовательно, и о целесообразности выведения подразумеваемого договорного обязательства воздерживаться от посягательств на абсолютные права контрагента также не вполне прояснен. В ситуации, когда посягательство на абсолютное право произошло в связи с дефектом в осуществленном договорном предоставлении, суды обычно применяют правила договорной ответственности, и это вполне логично, так как нарушено обязательство по осуществлению предоставления (Постановление Президиума ВАС РФ от 21 июня 2012 г. № 3352/12; Определение СКЭС ВС РФ от 9 июня 2016 г. № 305-ЭС16-1712). Но ситуация с посягательством на абсолютное право, которое произошло, хотя и в рамках договорного взаимодействия, но не в связи с нарушением

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор п. 18 комментария к ст. 12 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

основных обязательств сторон, менее очевидна. Так, на вопрос о том, будут ли по российскому праву покупатель, который повредил ворота на складе продавца при вывозе товара с этого склада, или продавец, который в процессе погрузки товара в автомобиль покупателя повредил последний, отвечать за убытки по правилам гл. 59 или гл. 25 ГК РФ, сейчас трудно дать однозначный ответ. Ответ на этот вопрос зависит от того, восполняем ли мы любую программу договорных правоотношений по умолчанию, реализуя восполняющую функцию доброй совести (п. 3 ст. 307 ГК РФ), обязательством не совершать посягательства на абсолютные права своего партнера в процессе контрактного взаимодействия. Если нет, то все такие посягательства повлекут лишь деликтную ответственность.

Например, представим, что в результате хакерской атаки на сервер авиакомпании произошла утечка персональных данных пассажиров. Если мы восполняем любой договор авиаперевозки дополнительным обязательством обеспечить сохранность персональных данных, налицо нарушение обязательства, за которое авиакомпания будет отвечать по правилам гл. 25 ГК РФ, т.е. в том числе независимо от своей вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Даже если авиакомпания предприняла все разумные меры к охране персональных данных, нарушение договора имеется, и взыскание убытков будет возможно. Если же речь идет о деликте, при отсутствии вины взыскание убытков будет невозможно.

Если выбрать деликтную интерпретацию, встает следующий вопрос: что, если в договоре прямо закреплена обязанность контрагента не совершать соответствующее посягательство (например, в договоре на обучение прямо указано, что слушатель обязан бережно относиться к имуществу образовательной организации)? Неужели в этом случае универсальная обязанность воздерживаться от посягательства на чужое абсолютное право, за нарушение которой наступает деликтная ответственность, трансформируется в предмет особого дополнительного договорного обязательства, за нарушение которого нарушитель отвечает по правилам гл. 25 ГК РФ? Настолько ли принципиально справочное напоминание в договоре о том, что контрагенты не должны причинять вред здоровью друг друга при исполнении основных обязательств из корпоративного договора, чтобы в зависимости от его наличия решать различным образом ключевые вопросы ответственности?

В общем и целом данная проблема в российском праве плохо проработана. Чем меньше различий между правилами деликтной ответственности и ответственности за нарушение обязательства, тем менее

актуален в практическом плане вопрос о квалификации таких обязанностей, и наоборот.

1.13. Кредиторские обязанности

Особое значение имеют так называемые кредиторские обязанности. Это прежде всего обязанность кредитора принять исполнение от должника (например, принять товар от поставщика). Также такие кредиторские обязанности организационно обеспечивают должнику возможность исполнения своих основных, дополнительных, организационных и иных обязанностей (например, кредиторская обязанность заказчика передать подрядчику вещь для ремонта).

Российский закон прямо признает существование кредиторских обязанностей и устанавливает ответственность за нарушение таких обязанностей. Согласно ст. 406 ГК РФ так называемая просрочка кредитора (т.е. уклонение от принятия исполнения или несовершение иных действий, без совершения которых кредитором должник не может исполнить свое обязательство) позволяет должнику взыскать с кредитора убытки. В ряде других стран ситуация несколько иная. Например, в Германии за рамками некоторых важных договоров (например, купли-продажи и подряда) просрочка кредитора не рассматривается как нарушение некой обязанности и не влечет ответственности кредитора, а принятие исполнения воспринимается как право кредитора, просто уклонение от принятия исполнения не позволяет кредитору рассчитывать на привлечение должника к ответственности. Российское решение отличается: просрочка кредитора является нарушением особой обязанности во всех случаях, а не только в контексте ряда указанных договорных типов. Уклонение покупателя от принятия привезенной вещи ничем не отличается от уклонения заемщика по консенсуальному договору займа от принятия привезенных ему денег. В обоих случаях такое поведение кредитора может ввергнуть должника в издержки и таковые должны быть погашены. Кроме того, длительное уклонение кредитора от принятия исполнения должно рассматриваться как существенное нарушение договора и давать должнику право на отказ от договора, что подтверждается целым рядом специальных норм ГК РФ (п. 3 ст. 484, п. 4 ст. 486, п. 2 ст. 515 ГК РФ).

Можно ли говорить в отношении кредиторской обязанности об обязательстве? Очевидна несовместимость ряда общих норм об обязательствах, включенных в ГК РФ, с кредиторскими обязанностями. Здесь трудно представить себе применение ряда классических институтов обязательственного права (зачет встречных требований, уступка и т.п.), в то время как ряд других институтов вполне совместим с кредитор-

скими обязанностями (например, взыскание убытков за неисполнение обязательства по правилам гл. 25 ГК РФ и т.п.).

Неприменимость некоторых общих норм обязательственного права к тем или иным правоотношениям само по себе еще не свидетельствует о необязательственной природе таких правоотношений, так как все нормы общей части обязательственного права применимы к конкретным обязательствам дедуктивно только в той степени, в которой иное не вытекает из существа такого обязательства. Поэтому либо следует говорить о том, что кредиторская обязанность входит в содержание некоего крайне специфического организационного обязательства, не структурирующего предоставление, с применением к нему некоторых общих норм обязательственного права и неприменением в силу телеологической редукции других подобных норм, либо признать, что здесь об обязательстве говорить не приходится и мы имеем дело со специфической обязанностью, а применение к ней некоторых норм общей части обязательственного права будет объясняться аналогией закона. Если мы с этим соглашаемся, то кредиторская обязанность не является элементом самостоятельного обязательства, а представляет собой институт особого рода, к которому нормы ГК РФ об обязательствах могут применяться избирательно и лишь по аналогии закона.

1.14. Заверения об обстоятельствах

Иногда одна из сторон договора дает при заключении договора другой стороне заверения в отношении обстоятельств, имеющих определяющее значение для другой стороны. Это, в частности, могут быть заверения в отношении самого контрагента, его финансового положения, структуры акционерного капитала, контролирурующих лиц, наличия лицензий, налогового статуса, а также заверения в отношении отсутствия необходимости получения или, наоборот, наличия согласия третьего лица или иного органа управления данного контрагента на совершение сделки и т.п.

Подобные заверения не являются обязательствами в смысле, который вытекает из определения этого понятия в комментируемой статье, так как, давая такие заверения, сторона ничего не обязуется делать или не делать, а просто предоставляет значимую для контрагента информацию об обстоятельствах прошлого или настоящего, гарантируя при этом ее достоверность и соглашаясь отвечать на случай ее недостоверности. В случае выявления недостоверности такой информации, безусловно, возникнет обязательство охранительного типа возместить убытки и (или) уплатить неустойку, но это охранительное обязательство возникнет не в связи с тем, что ранее существовало некое регулятивное обязательственное правоотношение, требующее

от должника того или иного поведения, и входящая в данное обязательство обязанность должника была нарушена. Охранительное обязательство (ответственность) возникнет в случае, если соответствующая информация окажется недостоверной. Если же заверение достоверно, охранительное обязательственное правоотношение просто не возникнет. Такие гарантии достоверности фактов российский законодатель именует заверениями об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ).

Связь сторон после предоставления таких заверений отличается от той, которая формируется при наличии классического обязательственного правоотношения. При наличии обязательства должник должен что-то делать или не делать в будущем, а далее, возможно, понесет ответственность в случае нарушения таких поведенческих обязанностей. В контексте же заверений воля сторон направлена на то, чтобы сформировать охранительное компенсационное обязательство (ответственность), созревающее сразу же в момент предоставления заверений в случае их недостоверности. В то же время, как указал ВС РФ, субсидиарно при выявлении недостоверности таких заверений подлежат применению правила гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49; см. также п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Мы здесь имеем пример ситуации, когда для возникновения договорной ответственности не требуется предварительного существования регулятивного обязательства с поведенческим содержанием. Данная ответственность не носит деликтный характер, так как заверения суть сделочные волеизъявления, выражающие согласие отвечать за достоверность той или иной информации. Более того, в целом ряде случаев ответственность будет наступать без вины (п. 4 ст. 431.2 ГК РФ). Да и в целом режим договорной ответственности здесь более логичен, чем режим деликтной ответственности. Но это только если речь идет именно о сопровождающих заключение договора заверениях, прямо выражающих гарантию достоверности того или иного факта. Такие ситуации следует отличать от случаев сообщения недостоверной информации в ходе переговоров, когда такое информирование не сопровождается гарантией достоверности соответствующего факта. При простом неосторожном введении в заблуждение или даже умышленном обмане в отношении значимых для заключения договора обстоятельств — в случаях, когда отсутствует ставшее частью договорной программы волеизъявление одной из сторон гарантировать достоверность сообщенных фактов, возникает сугубо деликтная ответственность (ст. 434.1, абзац третий п. 6 ст. 178, п. 4 ст. 179 ГК РФ) (подробнее

о заверениях см. комментарий к ст. 431.2 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Иногда утверждается, что, предоставляя при заключении договора заверения об обстоятельствах, имевших место в прошлом или на момент предоставления заверений, заверитель берет на себя обязательство отвечать на случай недостоверности заверений, а в случае выявления недостоверности заверения данное обязательство считается нарушенным, и якобы поэтому обязательство возместить убытки является ответственностью за нарушение обязательства. При этом ссылаются на п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54: «В случаях, предусмотренных законом или вытекающих из существа обязательства, на сторону может быть возложена обязанность отвечать за наступление или ненаступление определенных обстоятельств, в том числе не зависящих от ее поведения, например, в случае недостоверности заверения об обстоятельствах при осуществлении предпринимательской деятельности (пункт 4 статьи 431.2 ГК РФ) или при изъятии товара у покупателя третьими лицами (пункт 1 статьи 461 ГК РФ)».

Но это не единственно возможное догматическое обоснование. Возможно, ВС РФ не пытается придумать некое не вписывающееся в понятие обязательства странное фиктивное регулятивное обязательство отвечать за достоверность заверений, он просто говорит о том, что в случае с заверениями согласовывается договорная ответственность на случай недостоверности заверений, т.е. указывает на возможность в подобного рода случаях существования договорной ответственности при отсутствии первоначального регулятивного обязательства, требующего того или иного поведения. Иное толкование может показаться странным. Ведь договорные заверения либо достоверны, либо недостоверны: если они недостоверны, ни на секунду не возникает никакое регулятивное правоотношение, в рамках которого должник что-то должен, а кредитор вправе требовать, а сразу возникает охранительное обязательственное правоотношение (ответственность). В рамках последнего, естественно, кредитор вправе требовать возмещения убытков (уплаты неустойки), а должник обязан такое возмещение выплатить, но триггером для возникновения такой ответственности не является нарушение некой первичной, регулятивной обязанности.

Впрочем, теоретически при предоставлении заверений можно было бы фингировать на одну логическую секунду регулятивное обязатель-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 431.2 ГК РФ – А.Г. Карапетов)

ство сообщить достоверную информацию и далее моментально фиксировать нарушение этой обязанности при недостоверности заверений, чтобы обосновать логически обращение к правилам гл. 25 ГК РФ для регулирования вопросов ответственности. И тогда указанное разъяснение ВС РФ следует понимать именно в таком ключе.

Наконец, можно было бы просто исходить из того, что в определенных случаях ответственность по правилам гл. 25 ГК РФ может возникать без первоначального существования некоего договорного регулятивного обязательства, либо просто обосновать субсидиарное применение правил гл. 25 ГК РФ при предоставлении недостоверных договорных заверений по аналогии закона. Тогда комментируемое разъяснение, которое ВС РФ закрепил в указанном Постановлении № 54, следует понимать так: иногда из закона или существа отношений следует, что ответственность по правилам гл. 25 ГК РФ может наступать при отсутствии исходного регулятивного обязательства в его традиционном смысле как некой правовой связи, в рамках которой должник должен что-то сделать или не делать, а кредитор вправе требовать такого поведения, и в таких случаях ответственность наступает за объективный факт. Одним из примеров такой ответственности за объективный факт (ответственности без первичного долга) и является ответственность на случай предоставления недостоверных договорных заверений.

Какое из догматических объяснений данного феномена логичнее — вопрос дискуссионный.

Ситуация несколько проще в ситуации, когда заверения даются в отношении характеристик имущества, подлежащего отчуждению или выступающего в качестве объекта иного договорного предоставления, как правило, такие заверения подразумевают то, что соответствующая сторона не просто гарантирует наличие тех или иных характеристик на момент предоставления заверений, но и обязуется совершить предоставление, объект которого соответствует таким характеристикам. Более того, такое толкование должно подразумеваться. Соответственно, здесь налицо будет обычное обязательство передать в будущем объект с определенными характеристиками, а значит, поведенческий аспект обязательства обнаруживается и проблем с обоснованием применения договорной ответственности не возникает. Согласно позиции ВС РФ в случае купли-продажи и предоставления заверений в отношении отчуждаемого имущества будут применимы правила ГК РФ о последствиях нарушения обязательства передать качественный товар (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49) (о тех ситуациях, когда в форме заверений или иным образом стороны пы-

таются зафиксировать качественные характеристики договорного предоставления, см. п. 1.15 комментария к настоящей статье).

Иное может быть в случаях, когда сторона дает гарантии достоверности тех или иных характеристик объекта только на момент предоставления заверения, но не берет на себя обязательство обеспечить неизменность таких характеристик к моменту предоставления и передать в будущем объект, который будет соответствовать таким характеристикам. В таком случае мы имеем классическое заверение об обстоятельствах как гарантию достоверности факта, а не условие о качестве будущего договорного предоставления и опять сталкиваемся с ситуацией применения договорной ответственности при отсутствии полноценного регулятивного обязательства.

1.15. Гарантии в отношении качественных характеристик договорного предоставления

1.15.1. Гарантии в отношении характеристик предоставления, осуществляемого путем исполнения обязательства

Как мы видим, законодатель в комментируемом пункте вводит в предмет обязательства определенное поведение должника: в рамках обязательства обязанность должника состоит в том, чтобы что-то делать или не делать. На практике очень часто такие обязательства, опосредующие то или иное предоставление, дополняются гарантиями в отношении тех или иных характеристик осуществляемого предоставления. Если такие условия в договоре не зафиксированы, качественные характеристики могут подразумеваться (например, подразумеваемое качество продаваемого товара согласно п. 2 ст. 469 ГК РФ). Конечно же, свобода договора не препятствуют заключить договор, в котором будет фигурировать обязательство осуществить передачу того или иного имущества «как есть», без фиксации и даже подразумевания качественных характеристик, но все же обычно стороны это не имеют в виду.

Например, продавец обязуется передать покупателю в собственность индивидуально-определенный автомобиль, который будет обладать на момент передачи заявленными в договоре или закрепленными в законе качественными и правовыми характеристиками (например, имеет определенный пробег, не был в аварии, не арестован и не обременен иными правами третьих лиц). При продаже акций компании продавец может дать и на практике обычно дает покупателю гарантии в отношении определенных характеристик компании, акции которой отчуждаются. Подрядчик может принять на себя обязательство произвести работы по созданию агрегата, который будет способен работать тем или иным образом. Таким образом стороны фиксируют качество договорного предоставления.

Такие прямо согласованные или подразумеваемые условия о качестве входят в сам предмет обязательства передать имущество, выполнить работу или оказать услугу как некоего поведенческого акта. Должник обязуется не просто осуществить некое предоставление, а осуществить предоставление, которое будет соответствовать тем или иным качественным характеристикам. Такие эксплицитные или подразумеваемые гарантии неотделимы от обязательства с поведенческим предметом, а ответственность за несоответствие реального произведенного в рамках исполнения обязательства предоставления условиям о качественных характеристиках подчиняется общим правилам об ответственности за нарушение обязательства (ст. 393, 401 ГК РФ и др.) и специальным правилам о качестве осуществляемого в рамках исполнения обязательства предоставления (например, ст. 475, 723 ГК РФ). То, что эти гарантии в отношении качественных характеристик обещанного предоставления иногда именуется заверениями, сути не меняет, например, давая заверения в отношении качественных характеристик подлежащего отчуждению автомобиля, продавец, как правило, описывает условие о качестве товара, и в случае передачи товара, не соответствующего такому описанию, будет налицо нарушение условий о качестве и основания для привлечения к договорной ответственности по правилам гл. 25 ГК РФ. Данный вывод следует из п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49.

В историческом плане эта модель интеграции условий о качестве в рамки обязательства осуществить предоставление не является непреложной, встречались и иные концепции. Так, обязательственное предоставление продавца виделось некоторым юристам как направленное на передачу владения вещью, и при передаче вещи во владение с характеристиками, отличными от тех, которые были обещаны, речь не шла о ненадлежащем исполнении обязательства передать вещь. Но российский ГК вслед за Венской конвенцией 1980 г. и правом многих стран исходит из восприятия условий о качестве как характеристик обещанного предоставления, а осуществления некачественного предоставления — в качестве ненадлежащего исполнения, влекущего ответственность за нарушение обязательства. Так, согласно ст. 469 ГК РФ продавец обязан передать покупателю товар, качество которого соответствует условиям договора купли-продажи или соответствует подразумеваемым в силу положений данной статьи характеристикам; при передаче имущества (причем в том числе и индивидуально-определенного), которое не соответствует качественным характеристикам, продавец будет считаться исполнившим свое обязательство ненадлежащим образом

Соответственно, ответственность продавца за качество товара не является в контексте российского права исключением из модели «долг и ответственность», как иногда утверждается. Регулятивное обязательство, скажем, продавца или подрядчика по осуществлению предоставления состоит не просто в передаче вещи или результата выполненных работ, а в осуществлении такого предоставления с учетом оговоренных или подразумеваемых качественных характеристик, и при осуществлении предоставления более низкого качества налицо ненадлежащее исполнение обязательства, влекущее ответственность по правилам гл. 25 ГК РФ в сочетании со специальными нормами о последствиях некачественного предоставления из правил о купле-продажи или подряда.

То же касается и вопроса о последствиях юридических пороков в переданном имуществе. Если продавец передал покупателю вещь во владение, но не перенес на покупателя собственность (так как сам ею не обладал или его распорядительные правомочия были ограничены) либо передал вещь в собственность с обременениями, которые в силу оговоренных или подразумеваемых условий должны были отсутствовать, продавец нарушил свое обязательство. Это следует из п. 1 ст. 454 ГК РФ, согласно которому по договору купли-продажи продавец обязуется не просто передать вещь во владение покупателя, а передать вещь именно в собственность покупателя, а также из п. 1 ст. 460 ГК РФ, согласно которой продавец обязан передать покупателю товар свободным от любых неоговоренных прав третьих лиц. Соответственно, здесь налицо гарантия характеристик осуществляемого предоставления, и осуществление предоставления с нарушением этих характеристик (например, передача владения без переноса собственности или передача вещи во владение с нераскрытыми обременениями) будет являться нарушением обязательств продавца. Речь не идет о какой-то автономной гарантии от эвикции или отсутствия иных пороков в титуле, в рамках которой ответственность будет наступать при отсутствии стадии регулятивного обязательства.

Опять же такое решение не является общепризнанным. Есть сторонники точки зрения, согласно которой обязательство продавца сводится к передаче владения, а ответственность на случай эвикции или обнаружения иных пороков в титуле (его обременений) носит характер ответственности по гарантии за объективный факт. Но ГК РФ скорее исходит из иного решения.

В этом плане упоминание в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 в качестве примера ответственности должника за объективный факт (обязательства отвечать не за свое поведе-

ние, а за наступление оговоренных обстоятельств) ответственности за эвикцию по правилам ст. 461 ГК РФ может вызывать сомнения. Если произошла эвикция, значит, продавец не смог перенести на покупателя право собственности на продаваемую вещь. С учетом того, что согласно п. 1 ст. 454 ГК РФ продавец обязуется не просто передать вещь во владение покупателя (*facere*), но и перенести право собственности (*dare*), сама возможность эвикции означает нарушение обязательства, и ответственность объясняется традиционной логикой «долг – ответственность». Продавец должен был передать вещь в собственность: поведенческий элемент традиционного обязательства в широком его понимании налицо. Если продавец этого не сделал, ограничившись лишь передачей владения, он нарушил данное обязательство. Эта ситуация мало чем отличается от той, при которой продавец обязался передать покупателю вещь с определенными качественными характеристиками, но из-за аварии при транспортировке вещь пришла покупателю поврежденной: продавец вещь передал, но ее характеристики оказались отличными от тех, которые были закреплены в договоре или следовали из закона, обычаев. Если в последней ситуации мы обычно не сомневаемся в том, что налицо обязательство передать качественную вещь и ее нарушение, то тот же вывод справедлив и в случае с передачей вещи, которая не привела к возникновению у покупателя права собственности, и последовавшей эвикцией.

Более того, даже если эвикция не произошла (например, собственник пока не подал иск о vindикации, подал, но получил отказ по причине пропуска срока давности или покупатель смог защититься возражением о добросовестном приобретении), обязательство продавца все равно нарушено. Возникшие в связи с судебными разбирательствами или самим фактом обнаружения непереноса титула на покупателя убытки покупателя должны быть продавцом возмещены (например, речь может идти о возмещении упущенной выгоды, возникшей в связи с арестом имущества на период рассмотрения vindикационного спора или в связи с утратой возможности перепродать вещь после обнаружения порока в титуле). Если собственник проиграл vindикационный спор по причине пропуска давности или вовсе пока не подал иск о vindикации и эвикция не произошла, несмотря на отсутствие оснований для добросовестного первоначального приобретения по ст. 302 ГК РФ, покупатель вправе настаивать на нарушении продавцом своего обязательства передать вещь в собственность, отказать от договора, вернуть имущество и потребовать возврата цены и возмещения убытков (последнее при отсутствии оснований освобождения продавца от ответственности) либо сохранить имущество за собой и потребовать

возмещения убытков и (или) соразмерного уменьшения цены. Если покупатель все-таки смог приобрести собственность первоначальным образом по правилам ст. 302 ГК РФ в силу накопления фактического состава для добросовестного приобретения, это также не отменяет нарушения продавцом своего обязательства: он обещал *перенести* собственность на покупателя, а не создать условия для добросовестного первоначального приобретения. Пусть интерес покупателя в получении права собственности в конечном итоге оказался удовлетворен, но это произошло не в рамках той юридической программы, которая подразумевалась сторонами, а окольным путем. Окольность этого пути может подрывать разумные ожидания покупателя и ввергнуть его в убытки (например, не покрытые в составе судебных издержек расходы на ведение виндикационного спора, упущенная в связи с арестом вещи в рамках виндикационного спора выгода и т.п.), такие убытки должны быть возмещены по правилам гл. 25 ГК РФ о защите позитивного договорного интереса. Иначе говоря, вся эта ситуация не противоречит базовой модели разделения базового регулирующего обязательства и вторичного охранительного обязательства, реализующего ответственность нарушителя. Нет догматической необходимости выводить ответственность на случай юридических пороков предоставления в разряд какой-то особой ответственности за объективный факт, а не за нарушение обязательства с поведенческим содержанием.

Во всех таких ситуациях чисто поведенческий элемент дополняется гарантией наличия у обещанного предоставления соответствующих характеристик.

Впрочем, следует сказать, что по данному вопросу высказываются различные точки зрения.

1.15.2. Гарантии в отношении качественных характеристик договорного предоставления, осуществляемого не в форме исполнения обязательства

Выше мы говорили о тех случаях, когда предусмотренные в договоре или подразумеваемые в силу закона или обычаев гарантии в отношении качественных характеристик сопровождают предоставление, которое должник обязан осуществить в рамках обычного обязательства. Но иногда встречаются случаи, когда подобные гарантии в отношении характеристик предоставления сопровождают предоставление по договору, которое, в свою очередь, осуществляется не в рамках исполнения ранее возникшего обязательства. Например, по договору возмездной уступки существующего обязательственного права (требования) чаще всего никакого обязательства уступить это право не возникает, а право требования переходит автоматически в момент заключения договора

(п. 2 ст. 389.1 ГК РФ), но в то же время cedent обычно гарантирует цессионарию, что уступаемое право действительно, не обременено залогом, не задавнено, у должника нет эффективных возражений и т.п.; часто такие гарантии проговариваются прямо в договоре, но некоторые из них считаются установленными по умолчанию (ст. 390 ГК РФ).

Другой пример: при заключении договора купли-продажи движимой вещи, уже находящейся во владении покупателя на момент заключения договора (например, когда эта вещь ранее находилась у покупателя на правах аренды), продавец, как правило, не берет на себя какое-либо обязательство что-либо делать или не делать после заключения договора, а самим фактом заключения такого договора купли-продажи автоматически совершает распорядительное волеизъявление (распорядительную сделку), непосредственно переносящее право собственности на покупателя, но это не отменяет тот факт, что продавец гарантирует покупателю, что вещь обладает определенными качественными характеристиками, не заложена, не обременена иными правами третьих лиц и т.п.

Такие ситуации нередко возникают и при заключении реальных договоров. Так, например, по реальному договору займа родовых вещей у займодавца нет обязательства передать соответствующие вещи (например, топливо), но в то же время он может гарантировать заемщику определенные качественные характеристики передаваемых вещей, либо такие гарантии вытекают из закона, обычая или принципа доброй совести.

Наконец, можно привести и такой пример. Российская судебная практика исходит из того, что при заключении соглашения об отступном, даже такого, которое предполагает отложенную передачу отступного, обязательства передать отступное не возникает. Если соглашение об отступном заключается одновременно с передачей отступного, соглашение носит распорядительный характер и непосредственно переносит на кредитора право собственности на соответствующее имущество; если же в соглашении указано на отложенный момент передачи отступного, у должника появляется не обязанность, а право передать отступное, которому корреспондирует обязанность кредитора принять такое отступное, будь оно предложено. В обоих случаях исходный долг будет считаться погашенным только в момент передачи отступного (п. 2–5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). И в обоих же ситуациях может случиться, что переданное и принятое кредитором имущество не соответствует тем качественным характеристикам, которые указаны в соглашении об отступном или следуют из закона, обычая или принципа доброй совести. Очевидно, что кредитор, принявший такое

некачественное имущество и впоследствии обнаруживший дефект, должен иметь право привлечь должника к ответственности за нарушение выраженных прямо или подразумеваемых гарантий, и судебная практика это признает (см. комментарий к ст. 409 ГК РФ).

Во всех указанных случаях речь идет об осуществлении договорного предоставления не посредством установления и последующего исполнения договорного обязательства. В подобных случаях гарантии определенных характеристик предоставления (как прямо согласованные, так и действующие по умолчанию в силу норм закона, обычаев или принципа доброй совести) не сопровождают некое обязательство. Соответственно, при буквальном прочтении содержащегося в п. 1 ст. 307 ГК РФ определения обязательства к таким гарантиям правила об обязательствах не применяются. Но в то же время очевидно, что в случае выявления ложности таких гарантий и ненадлежащего качества осуществленного предоставления должна наступать ответственность. И при этом логично здесь применять правила гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства, о деликтной ответственности говорить не приходится.

Судебная практика в целом поддерживает такой подход. Так ВС РФ исходит из того, что при передаче некачественного отступного применимы правила как гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства, так и специальные нормы о санкциях на случай нарушения обязательства передать качественный товар и товар, свободный от прав третьих лиц, предусмотренные в правовом регулировании купли-продажи (ст. 460, 461, 475 ГК РФ). Последнее указано в п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6¹.

Но так как буква ст. 393 ГК РФ, а также ряда других статей ГК РФ об ответственности предполагает ответственность в виде возмещения убытков на случай нарушения исходного регулятивного обязательства, у нас возникает логическая проблема, похожая на ту, которая возникает при обосновании ответственности за предоставление недостоверных заверений. Договорная ответственность за предоставление недостоверных гарантий в отношении качества договорного предоставления на первый взгляд лишается универсальной нормативной основы.

¹ Впрочем, применение указанных норм об ответственности за нарушение условий о качестве товара в рамках отношений по купле-продаже, вероятно, оправданно, за исключением тех редких случаев, когда отступное передавалось в целях погашения долга дарителя, вытекающего из консенсуального договора дарения или иного договора, долг из которого опосредовал безвозмездное договорное предоставление (например, обязательство ссудодателя передать объект ссуды во владение и пользование по консенсуальному договору ссуды).

В п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 допускается существование ситуаций, когда ответственность наступает за объективный факт, и, возможно, налицо как раз примеры такой ситуации.

Как уже отмечалось выше применительно к ответственности за недостоверные заверения, здесь возможны различные варианты решения догматического обоснования такой ответственности.

Во-первых, можно формировать в российском праве некий институт договорных гарантий в отношении качества договорного предоставления и ответственности за их недостоверность по модели ответственности за объективный факт, к которому правила об ответственности за неисполнение обязательства будут применяться по аналогии закона. Получается, что это будет случай, когда в силу природы отношений этап договорной ответственности наступает при отсутствии этапа регулятивного долгового правоотношения.

Во-вторых, можно представить и вариант с фикцией возникновения и исполнения обязательства: при такой интерпретации договор будет считаться порождающим обязательство осуществить распоряжение, которое через логическую секунду исполняется путем распорядительной сделки. На ту самую логическую секунду мы будем фингировать основной долг для того, чтобы обосновать логически применение правил об ответственности за нарушение обязательства. Например, в рамках такого подхода в момент передачи отступного на логическую секунду происходит новация исходного обязательства с немедленным прекращением нового обязательства путем исполнения, и именно это объясняет то, что кредитор может привлечь должника, передавшего кредитору некачественное отступное, к ответственности за нарушение обязательства.

Выбор российского права пока не вполне очевиден. В любом случае нет никаких сомнений в том, что при выявлении недостоверности таких эксплицитных или подразумеваемых гарантий в отношении характеристик договорного предоставления, осуществляемого не в рамках исполнения некоего ранее существовавшего обязательства с поведенческим содержанием, ответственность должна строиться по правилам гл. 25 ГК РФ, как если бы речь шла о нарушении обязательства.

1.16. Обязательство обеспечить тот или иной результат по итогам совершения тех или иных действий или бездействия

Как уже отмечалось, обязательство по смыслу п. 1 ст. 307 ГК РФ предполагает совершение должником тех или иных действий или воздержание от них. Также было отмечено, что иногда обязательство со-

проводяется гарантией тех или иных характеристик экономического предоставления, к которому обязан должник по соответствующему обязательству, и тогда можно говорить об обязательстве осуществить предоставление, соответствующее определенным качественным характеристикам. Но нередко в предмет обязательства входит гарантия не характеристик самого предоставления, а достижения того или иного результата за счет поведения должника. Различие между этими ситуациями носит достаточно тонкий характер, но, как представляется, может быть обнаружено. В первом случае гарантия входит в сам предмет требуемого поведения (например, передать товар соответствующего качества и перенести на покупателя право собственности), во втором же случае наблюдается несколько больший разрыв между требуемым поведением и результатом.

Если этот результат зависит полностью от должника, это не тот случай, который нас интересует, так как здесь результат есть элемент поведенческой программы обязательства. Так, в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48 указано: «Поскольку стороны в силу статьи 421 Гражданского кодекса Российской Федерации вправе определять условия договора по своему усмотрению, обязанности исполнителя могут включать в себя не только совершение определенных действий (деятельности), но и представление заказчику результата действий исполнителя (письменные консультации и разъяснения по юридическим вопросам; проекты договоров, заявлений, жалоб и других документов правового характера и т.д.)». Например, в предмет договора на оказание аудиторских услуг могут входить подготовка и передача заказчику аудиторского заключения, а в предмет договора на оказание услуг оценки — предоставление самого отчета об оценке. Включение в предмет обязательства такого вида «контролируемого должником» результата, безусловно, признается в судебной практике. Если аудиторы провели аудит, но заключение заказчику не предоставили, они нарушили свое обязательство, так как не совершили то действие, которое от них требовала поведенческая программа обязательства.

Интересующий нас вопрос возникает в ситуации, когда должник обязуется совершить те или иные действия и по итогам такого поведения обеспечить результат, достижение которого от поведения должника зависит лишь частично. Возможно ли включение достижения такого результата в предмет обязательства?

Прежде чем ответить на этот вопрос, следует отделить эту конструкцию от смежной, с которой ее часто путают. В рамках этой смежной конструкции в предмет обязательства должника достиже-

ние не контролируемого должником в полной мере результата само по себе не входит, но при этом встречное предоставление поставлено под условие достижения указанного результата. Например, в договоре на оказание услуг по урегулированию вопросов погашения задолженности должника в досудебном порядке нанятый кредитором коллектор может согласиться на то, что оплата его услуг будет поставлена под условие погашения должником долга и выражаться в виде процента от фактически уплаченной суммы долга. Здесь в случае, если в результате переговоров, который вел коллектор с должником, долг так и не будет погашен, несмотря на приложение всех необходимых усилий и принятие всех должных мер, обвинить коллектора в нарушении его обязательств нельзя, но оплату своих услуг коллектор не получит, так как результат не достигнут, и заказчик никакой экономической выгоды от его труда не получил. То же и в случае с риелторским договором, согласно которому нередко услуги по фактическому посредничеству оплачиваются в виде гонорара успеха как процент от цены сделки, которую клиенту удалось заключить с найденным риелтором покупателем. По вопросу о возможности постановки встречного исполнения под условие достижения исполнителем того или иного результата в судебной практике в целом в последние годы наметился относительно либеральный подход. Судебная практика ВАС РФ и ВС РФ сталкивалась с этой проблемой в контексте различных посреднических договоров неоднократно и фиксировала законность привязки оплаты услуг исполнителя к достижению результата, который зависел от усилий исполнителя, но не в полной мере (см.: постановления Президиума ВАС РФ от 24 января 2012 г. № 11563/11, от 8 апреля 2014 г. № 17984/13; определения СКГД ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 41-КГ17-5 и от 27 июня 2017 г. № 41-КГ17-8; Определение СКЭС ВС РФ от 24 декабря 2018 г. № 306-ЭС18-16762).

Ранее такие гонорары успехов не признавались в России в контексте договоров на оказание правовых услуг по судебному представительству (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 г. № 48; Постановление КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П). Но этот запрет постоянно подвергался справедливой критике, да и сами высшие суды периодически посылали сигналы того, что такие условия все-таки законны (например, п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 5 декабря 2007 г. № 121). Наконец, недавно закон допустил такие гонорары успеха и в договорах с адвокатами применительно к правовым услугам по ведению гражданских дел (п. 4.1 ст. 25 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре) (подробнее см. комментарий к ст. 327.1 ГК РФ).

Нас же интересует ситуация, когда достижение не полностью контролируемого должником результата, действительно, входит в предмет обязательства и его недостижение не только оставляет должника без оплаты его труда, но создает основания для привлечения должника к ответственности за неисполнение обязательства.

Как представляется, по общему правилу договор, закон или иной правовой акт, обычай или принципы права могут стать основанием как для обязательства, включающего исключительно поведенческое содержание (что-то сделать или не делать), так и для обязательства, в котором поведенческий элемент содержания, хотя и не выхолощен, но *дополняется* гарантией достижения результата, который зависит от усилий должника, хотя бы частично. В последнем случае к поведенческому элементу обязательства добавляется гарантия наступления объективного факта — результата усилий должника, и если поведение должника безупречно и он сделал все то, что от него требовалось по условиям обязательства, но оговоренный результат не наступил по обстоятельствам, никак от поведения должника не зависящим, должник будет отвечать за нарушение обязательства и обязан возместить убытки по правилам гл. 25 ГК РФ. Обычно в качестве такого результата указывается некая польза, которую осуществленное должником предоставление при определенных условиях должно принести кредитору.

Так, например, мастер может обязаться предпринять те или иные действия для восстановления вышедшего из строя оборудования, не принимая на себя гарантию в отношении того, что эти действия приведут к восстановлению работоспособности оборудования, но может при наличии уверенности в успехе принять на себя гарантию восстановления (т.е. обязательство оборудование восстановить). В первом случае мастер считается исполнившим свое обязательство, если совершил все те действия, которые необходимы для починки (прямо предусмотренные в договоре или вытекающие из стандарта должной заботливости), и не несет ответственности в случае, если его усилия не привели к результату. Во втором случае в предмет обязательства входит не только совершение необходимых действий, но и достижение результата, и поэтому мастер при недостижении искомого результата, несмотря на то что стандарт поведения был соблюден, не считается исполнившим свое обязательство и несет ответственность (если не докажет наличие обстоятельств, освобождающих его от ответственности).

Агент может как принять на себя обязательство прилагать разумные усилия для того, чтобы найти для принципала определенное коли-

чество покупателей или сбыть товар на общую сумму не ниже определенного показателя за год, а может принять на себя обязательство не просто стремиться к достижению такого показателя, а обеспечить достижение такого показателя с тем последствием, что в случае недостижения данного результата он будет обязан отвечать за нарушение обязательства и возмещать убытки.

Продавец может как обязаться принять разумные меры к тому, чтобы выкупить некое индивидуально-определенное имущество у третьего лица и далее произвести его отчуждение покупателю, так и принять на себя обязательство выкупить такое имущество и продать покупателю (п. 2 ст. 455 ГК РФ). Закрывая последний вариант договора, продавец обязуется обеспечить результат, который он в полной мере не контролирует, так как приобретение имущества у третьего лица зависит не только от переговорных усилий должника, но и от свободной воли текущего собственника, который может просто отказаться продавать имущество. Если должник не сможет договориться с текущим собственником и исполнить свое обязательство передать объект конечному покупателю, он будет нести перед покупателем ответственность.

То же касается и обязательства подрядчика обеспечить выдачу заказчику банковской гарантии определенным банком в обеспечение обязательств подрядчика в отношении качества выполняемых работ за счет заключения с банком соответствующего договора о выдаче гарантии. ВС РФ такое обязательство признавал, несмотря на то что исполнение этого обязательства находится не в полной власти должника, и соответствующие банки могут просто не пойти на уговоры подрядчика и отказать в выдаче гарантии по тем или иным причинам. Более того, ВС РФ допускал понуждение к исполнению обязательства договориться с банком о выдаче гарантии в пользу кредитора, что кажется уже крайне спорным (Определение СКЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. № 305-ЭС16-14210).

Другие распространенные примеры такого рода: обязательство продавца недвижимости обеспечить получение согласия банка-закладодержателя на отчуждение предмета ипотеки либо обязательство поставщика застраховать груз на период транспортировки в пользу покупателя. В обоих случаях для исполнения обязательства требуются вполне понятные усилия должника — договориться с банком о выдаче согласия на продажу предмета ипотеки или найти страховщика, готового застраховать груз, и заключить с ним договор страхования в пользу покупателя. Но в обоих случаях достижение результата по итогам совершения указанных действий не гарантировано, так как результат в принципе зависит также от доброй воли третьих лиц.

Равным образом должны признаваться договоры на оказание услуг по охране порядка на том или ином корпоративном мероприятии, в предмет которых будет входить не только совершение согласованных действий по охране, но и гарантия того, что никаких беспорядков на мероприятии допущено не будет.

Во всех описанных выше случаях результат, хотя и не полностью зависит от поведения должника, но в значительной степени определяется степенью усилий, которые должник должен приложить в рамках поведенческого этапа обязательства. Гарантия достижения результата дополняет поведенческий элемент обязательства.

Вопрос о том, включает ли договорное обязательство только поведенческий элемент либо еще и гарантию достижения результата, должен решаться путем толкования условий сделки. Когда стороны прямо выразили свою волю, вопрос о содержании обязательства снимается. В остальных случаях многое зависит от массы обстоятельств, учитываемых при толковании договора. Например, при неясности договора суд может попытаться реконструировать наиболее вероятную подразумеваемую волю сторон с учетом обычаев, обычной деловой практики, принципа доброй совести и принимая во внимание все конкретные обстоятельства (соотношение профессионализма сторон, степень независимости результата от усилий должника и т.п.). В крайнем случае суд может применить правило толкования *contra proferentem* или иные механизмы устранения тупика в интерпретации.

В ряде случаев решение этой задачи может упростить закон. Законодательство может закладывать в рамки регулирования той или иной договорной конструкции соответствующую наиболее типичную и принятую в обороте модель того или иного договорного обязательства в качестве подразумеваемой. Например, считается, что регулирование обязательств по оказанию охранных услуг по умолчанию предполагает, что в предмет обязательства исполнителя входит лишь совершение тех или иных описанных в договоре или вытекающих из закона, обычаев или принципа доброй совести действий, а обязательство по договору хранения включает в себя гарантию обеспечения сохранности вещи.

Но из этого не следует делать вывод, что закон как-то ограничивает свободу договора. Конституционный принцип свободы договора позволяет сторонам структурировать свои отношения так, как они посчитают нужным, если при этом не нарушаются более фундаментальные принципы и ценности (права и интересы третьих лиц, публичные интересы, основы нравственности и т.п.). Просто иногда некая модель ключевого договорного обязательства (совершение тех или иных действий или добавление к ним гарантии достижения результата)

явно входит в рамки квалифицирующих признаков некоей поименованной договорной модели, и ее «переключение» будет выталкивать заключенный договор в рамки некоей иной договорной модели. Здесь могут возникать сложные вопросы квалификации. Так, по договору перевозки подразумевается обязательство обеспечить сохранность груза и ответственность перевозчика за его доставку в пункт назначения, и перевозчик будет отвечать даже в тех случаях, когда груз был утрачен или доставка была заблокирована по обстоятельствам, которые от перевозчика не зависят. Но стороны, конечно, могут согласовать более мягкий характер обязательства перевозчика — принять разумные меры по доставке груза в некий регион без гарантии достижения результата (например, приложить разумные усилия к тому, чтобы перевезти груз в сохранности в условиях чрезвычайных природных обстоятельств или в регион, охваченный беспорядками), хотя это не очень типично. Но будет ли это все еще договором перевозки, или при таком характере обязательства мы будем иметь обычный договор оказания услуг, не попадающий в рамки конструкции перевозки?

То же касается и обязательств хранителя. По умолчанию профессиональный хранитель гарантирует результат в виде сохранности вверенного товара и будет нести ответственность, если результат не достигнут даже тогда, когда вещь погибла по обстоятельствам, которые от хранителя не зависят в полной мере (например, поджог склада), если такие обстоятельства не составляют непреодолимую силу. Но стороны могут, конечно, договориться о том, что хранитель, на склад которого передается товар, обязуется лишь прилагать разумные усилия в целях обеспечения сохранности вещи, но не гарантирует сохранность. Но будет ли это все еще договором хранения? Или речь пойдет о заключении смешанного договора аренды некоего пространства на складе и оказании охранных услуг?

Свобода сторон договориться о включении достижения результата в предмет обязательства одного из контрагентов признается в актах международной унификации частного права (см. ст. IV.C.—2:106 Модельных правил европейского частного права, ст. 5.1.4 Принципов УНИДРУА).

К сожалению, это проявление свободы сторон в конструировании своих обязательств не всегда признавалась в российском праве. Например, в Постановлении КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П Суд, обосновывая теперь уже частично отвергнутый запрет на включение условия о «гонораре успеха» в договоры на оказание правовых услуг по судебному представительству, необоснованно в мотивировочной части сделал более общее заключение, признав недопустимым в прин-

ципе включение в предмет не только договора на оказание правовых услуг, но и, по сути, любого договора возмездного оказания услуг достижения того или иного результата. Это, по мнению Суда, меняет установленный законом предмет такого договора как ограниченный совершением определенных действий. С такой мотивировкой сложно согласиться. Во-первых, гонорар успеха не означает включение в предмет обязательства исполнителя достижение результата, а лишь ставит встречное обязательство по оплате под условие достижения оговоренного результата. Во-вторых, договор возмездного оказания услуг вполне может включать в предмет обязательства не только приложение тех или иных усилий, но и достижение в результате таких усилий некоего успеха, пусть и не зависящего от усилий исполнителя полностью. В-третьих, даже если допустить, что включение гарантии достижения некоего зависящего от поведения исполнителя, но не неконтролируемого им полностью результата не вписывается в квалифицирующие признаки договора возмездного оказания услуг, нельзя забывать о конституционном принципе свободы договора и праве сторон заключать любые непоименованные или смешанные договоры.

Иначе говоря, нас не должно смущать, что достижение результата во всех описанных случаях, хотя и зависит от должника, но не всегда полностью им контролируется. Эта неполная зависимость не мешает нам констатировать в случаях, указанных в законе, следующих из обычаев или принципа доброй совести, либо оговоренных прямо в контракте, наличие обязательства должника обеспечить в результате своего поведения наступление соответствующего результата, нарушение такого обязательства, если должник своим поведением данный результат не обеспечил, и увидеть перспективы взыскания убытков за такое нарушение. В конечном счете если такой результат не был достигнут по обстоятельствам, в силу которых должник освобождается от ответственности (в силу ст. 401 ГК РФ), а также по вине кредитора (ст. 404 ГК РФ), должник может быть освобожден от ответственности (в целом или в части). Этого вполне достаточно для того, чтобы сбалансировать интересы сторон. Если должник, не выступая в договорном правоотношении в качестве коммерсанта, отвечает за нарушение на началах вины (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ), и при этом его поведение соответствовало всем применимым стандартам, но обеспечить достижение результата он не смог, должник не считается исполнившим свое обязательство, налицо нарушение, и в отношении такого лица кредитор может применить все доступные средства защиты, реализация которых не зависит от оснований освобождения от ответственности. Например, кредитор может приостановить свое встречное исполнение либо отказаться

от договора и потребовать возврата осуществленного встречного исполнения. Но право на взыскание убытков или неустойки, а также право присвоить задаток или требовать возврата уплаченного задатка в двойном размере (т.е. право на применение к нарушителю мер договорной ответственности) в силу правил п. 1, 2 ст. 401 ГК РФ будут в такой ситуации заблокированы. Если же должник заключал договор, действуя как коммерсант, и в связи с этим отвечает за нарушение независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), при соответствии поведения должника всем стандартам, но недостижении обещанного результата налицо нарушение обязательства, в связи с которым кредитор сможет применить к должнику не только вышеуказанные средства защиты, но и меры договорной ответственности в тесном смысле (взыскание убытков, неустойки, присвоение задатка и т.п.).

В этом контексте, на наш взгляд, по большому счету нет политико-правовых причин блокировать возможность заключения, например, договора, по которому клиника обязуется не просто провести те или иные исследования, а гарантирует, что по итогам соответствующих исследований удастся диагностировать либо наличие, либо отсутствие вируса; комиссионер — не пытаться продать вещь комитента, а обеспечить ее продажу в оговоренный срок; охранная организация — не принимать меры к охране, а обеспечить сохранность вещи и т.п. Споры могут лишь вестись о том, когда соответствующая модель обязательства установлена для соответствующего договорного типа по умолчанию, и стороны могут изменить ее, оставаясь в рамках данного договорного типа, а в каких случаях эта модель является неотъемлемым квалифицирующим признаком того или иного договорного типа и прямое соглашение сторон об ином будет влечь иную квалификацию договора.

Признание обязательства с поведенческим содержанием, дополняемым гарантией достижения лишь частично зависящего от поведения должника результата, ставит нас перед серьезной проблемой проведения границы между этим явлением и обязательством обеспечить наступление обстоятельства, которое от должника вовсе не зависит или зависит крайне незначительно (см. ниже).

1.17. Возможно ли обязательство обеспечить наступление того или иного обстоятельства, не зависящего от поведения должника в принципе?

Речь выше шла о ситуации, когда достижение результата не контролируется должником в полной мере, но в значительной степени зависит от его усилий, от того поведения, которое входит в предмет обязательства в качестве его «поведенческого» элемента. Но что, если степень зависимости искомого результата от действий должника оказывается ниже определенного критического уровня и поведенческий

аспект обязательства вовсе растворяется или становится трудноуловимым, и мы, по сути, имеем дело с попыткой согласовать обязательство обеспечить наступление (или ненаступление) того или иного обстоятельства? Речь опять же идет не о постановке под условие встречного обязательства, а о включении гарантии наступления того или иного обстоятельства в предмет обязательства в качестве главного и даже единственного его содержания с тем последствием, что, если оговоренное обстоятельство не наступит, гарант понесет ответственность.

Мыслимо ли, например, обязательство акционера обеспечить голосование членами совета директоров АО по тому или иному вопросу, если члены совета такому участнику не подчиняются и имеют фидуциарные обязанности не перед участниками, а перед обществом? Или обязательство предпринимателя обеспечить заключение компаниями, бенефициаром которых он является, тех или иных договоров с кредитором, если менеджмент таких компаний формально не обязан исполнять инструкции данного бенефициара? Возможно ли обязательство продавца обеспечить неизменность регуляторных требований в отношении продаваемого оборудования в течение некоего срока после его передачи? Или обязательство арендодателя, не являющегося публичным образованием, обеспечить непринятие властями тех или иных санитарных ограничений, которые могут помешать арендатору использовать арендованную вещь в целях, для достижения которых арендатор заключал договор? Или обязательство публичного акционерного общества, получившего кредит, обеспечить, что на период до возврата кредита не сменятся основные акционеры или иные контролирующие лица?

Этот вопрос может вызывать жаркие споры. В англосаксонской традиции такого рода «обещание» (*promise*) вполне может быть помыслено, а при ненаступлении обещанного обстоятельства будет наступать ответственность за нарушение договора. Но в рамках континентально-европейской концепции обязательства, относящей к обязательству правовую связь, в которой должник должен что-то делать или не делать, такая модель может вызывать споры. В римском праве, помимо обязательств типа *dare* и *facere (non facere)*, иногда упоминалось обязательство типа *praestare* (обеспечить, предоставить, гарантировать), но то, что римские юристы понимали под таким предоставлением, вызывает споры среди романистов. Уже на этапе французской гражданской кодификации начала XIX в. *praestare* из классификации обязательств потерялось, и мы привыкли воспринимать обязательство как связь, в рамках которой кредитор вправе требовать от должника прежде всего того или иного поведения. Обязательство по буквальному

смыслу ст. 307 ГК РФ не может вовсе не иметь поведенческого содержания. Если понимать *praestare* как гарантию, то мыслимо сопровождение такой гарантией обязательственного предоставления типа *facere*, но такая гарантия быть единственным содержанием обязательства в рамках того определения, которое закреплено в п. 1 ст. 307 ГК РФ, видимо, не может.

Впрочем, как уже отмечалось выше, есть сторонники концепции обязательства как обещания обеспечить наступление некоего объективного факта, и в рамках такого подхода поведенческое содержание обязательства не является чем-то необходимым, обязательство может сводиться, по сути, к бремени несения риска ответственности при ненаступлении оговоренного обстоятельства. Фраза «я обязуюсь, что что-то произойдет (или не произойдет)» в рамках такого подхода означает, что я принимаю на себя ответственность за случай, если ожидания кредитора не оправдаются. Сторонники такого подхода готовы считать *praestare* способным быть единственным предметом обязательства наряду с поведенческими предоставлениями типа *dare* и *facere* (*non facere*), а не неким дополнением указанных предоставлений.

Тем не менее есть большие сомнения в том, что необходимо выведение обязательства, предметом которого является готовность отвечать за наступление соответствующего обстоятельства, от поведения должника в принципе никак не зависящего. Какой смысл в выделении такого содержания регулятивной стадии отношений, неясно. Если мы хотим договориться о том, что при наступлении в будущем того или иного обстоятельства одна из сторон будет обязана покрыть убытки другой стороны, нет никакой необходимости встраивать эту договоренность в парадигму «долг — нарушение — ответственность». Может показаться более корректным в таких ситуациях говорить о том, что стороны просто согласовали условное обязательство возместить потери одной из сторон на случай наступления того или иного обстоятельства (ст. 406.1 ГК РФ). Действительно, не логичнее ли воспринимать такие «обязательства обеспечить» наступление обстоятельства, от поведения должника не зависящие вовсе или зависящие крайне незначительно, не как регулятивное правоотношение, включающее основной долг, за нарушение которого наступает вторичное обязательство в виде возмещения убытков, а в качестве согласованного квазистрахового механизма перераспределения рисков, в рамках которого при наступлении указанного обстоятельства мы не констатируем *правонарушение*, за которое возникает *ответственность*, а говорим о наступлении отлагательного условия, запускающего первичное страховое или квазистраховое компенсационное обязательство возместить потери?

В данном случае обязательство покрыть потери — это не ответственность (охранительное обязательство), запускаемая при нарушении некоего первичного регулятивного обязательства, а регулятивное обязательство, поставленное под отлагательное условие.

Например, если стороны договариваются о том, что одна из них покроет потери другой в случае повышения налогов, некорректно писать о том, что одна из них обязуется обеспечить неизменность налогового режима договорных предоставлений, правильнее оговорить либо условие о корректировке цены или о возмещении потерь в случае изменения такого налогового режима.

Впрочем, полной ясности в российском праве по данному вопросу нет. Более того, надо признать, что граница между обязательством с поведенческим содержанием, которое дополняется некоей гарантией достижения результата, зависящего от усилий должника лишь частично (см. предыдущий пункт комментария к настоящей статье), с одной стороны, и описанными здесь примерами, в которых поведенческий элемент вовсе растворяется, а гарантия наступления или ненаступления того или иного вовсе не зависящего от должника обстоятельства претендует на то, чтобы стать главным и единственным элементом обязательства, с другой стороны, крайне зыбка и нередко теряется в «пандектном тумане». Ведь в примере с обязательством акционера обеспечить то или иное голосование членов совета директоров можно попытаться реконструировать подразумеваемый поведенческий аспект обязательства — убедить членов совета директоров проголосовать за то или иное решение с гарантией достижения результата. Чем это будет принципиально отличаться от обязательства продавца выкупить вещь у третьего лица и передать ее в собственность покупателя? В обоих случаях, по сути, речь идет об обязательстве договориться с третьим лицом, и степень зависимости результата от усилий должника далека от 100%, а третье лицо сохраняет полную свободу сказать нет без объяснения причин. То же касается и сравнения ситуации, когда контрагент обязуется обеспечить другую сторону банковской гарантией, и ситуации, когда контрагент обязуется обеспечить совершение тех или иных сделок обществами, в которых он имеет ту или иную долю участия. В обоих случаях можно при желании увидеть поведенческий аспект (приложить соответствующие усилия для того, чтобы убедить банк выдать банковскую гарантию или руководство соответствующего общества заключить указанный договор), дополняемый некоей гарантией не вполне контролируемого должником результата. Даже в обязательстве акционерного общества обеспечить несменяемость акционеров можно при желании разглядеть тот самый поведенческий

аспект (обещание убедить своих акционеров не отчуждать акции) с гарантией результата.

Соответственно, если мы допускаем обязательство, в предмет которого входит то или иное поведение, направленное на достижение некоего результата, дополняемое гарантией его достижения, но при этом не допускаем существование обязательства гарантировать некий результат, от усилий должника не зависящий, сможем ли реально на практике провести водораздел между этими ситуациями?

Возможно, все-таки разграничение можно провести по следующему критерию: там, где обстоятельство в принципе от должника и его поведения не зависит, корректнее использовать конструкцию возмещения потерь, а не обязательство обеспечить наступление такого обстоятельства (например, изменение властями налоговых ставок или градостроительных планов); там же, где результат от неких усилий должника в определенной, значимой степени зависит, то можно представить себе применимость как конструкции возмещения потерь, так и конструкции «обязательства обеспечить». В последнем случае в предмет обязательства входит некий прямо предусмотренный или подразумеваемый поведенческий стандарт (усилия, способные повлиять на возникновение обстоятельства), дополняемый гарантией достижения результата. Если в договоре указано лишь обязательство обеспечить наступление соответствующего обстоятельства, мы реконструируем подразумеваемый поведенческий элемент.

При применении такого критерия обязательство частного лица обеспечить неизменность налогового законодательства в течение срока действия договора немыслимо, и здесь можно использовать лишь конструкцию возмещения потерь на случай ухудшения налогового режима, но может быть помыслено обязательство обеспечить согласие частных третьих лиц на совершение той или иной сделки (так как данный результат все-таки в определенной степени от усилий должника и его способностей к убеждению зависеть может).

В общем и целом данная проблематика требует более пристального изучения. Полной уверенности в реальной возможности провести вышеописанное разграничение со всей последовательностью нет; неминуемо образуется некая серая зона. Поэтому в практическом плане во избежание споров стоит порекомендовать сторонам прибегать к конструкции возмещения потерь при наступлении оговоренных обстоятельств всякий раз, когда степень зависимости соответствующего обстоятельства от усилий должника становится крайне незначительной или вовсе нулевой, и очевидно, что стороны, по сути, договариваются не о том или ином поведении должника, а о гарантии покрытия потерь

на случай возникновения того или иного объективного факта, от поведения одной из сторон не зависящего.

В любом случае, если в договоре будет указано на «обязательство обеспечить» наступление того или иного факта и это суду покажется некорректным использованием конструкции регулятивного обязательства в силу отсутствия у обязательства поведенческого содержания и абсолютной независимости данного обстоятельства от поведения должника, нет никаких оснований признавать такие условия ничтожными. Вместо этого суд просто должен во избежание нежелательного признания условий договора ничтожными истолковать данное условие как подразумевающее конструкцию возмещения потерь. Если же гарантирующей стороной является гражданин-некоммерсант, который в силу ст. 406.1 ГК РФ, за рядом исключений, не может принять на себя условное квазистраховое обязательство покрытия потерь контрагента, данное условие об «обязательстве обеспечить» не может быть перекалифицировано в гарантию возмещения потерь, но должно толковаться как устанавливающее обязательство как минимум прилагать разумные усилия к тому, чтобы это обстоятельство все-таки произошло.

Подобная перекалификация некорректного условия об обязательстве обеспечить в конструкцию возмещения потерь, а при невозможности этого варианта — в конструкцию обязательства приложить разумные усилия к наступлению оговоренного обстоятельства может быть объяснена как правило толкования договора *favor contractus*, так и применением доктрины конверсии незаконных сделок (подробнее см. комментарии к ст. 431 и 168 ГК РФ в рамках других томов серии #Глосса¹).

1.18. Реальное обязательство

Обязательство связывает конкретных лиц. Перемена лица в обязательстве по общему правилу возможна в результате сделок уступки требования, перевода долга или передачи договора (влекущего комплексный переход прав и обязанностей одной стороны договора, ее «договорной позиции»), суброгации или иного перехода требования или долга в силу обстоятельств, указанных в законе, включая случаи универсального правопреемства (наследование, реорганизация). Замена кредитора или должника в обязательстве по указанным обстоя-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 431 ГК РФ — А.К. Байрамкулов, А.Г. Карапетов); Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 168 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

тельствам урегулирована в правилах гл. 24 ГК РФ, а также в нормах ГК РФ о реорганизации, наследовании и некоторых положениях ряда иных законов.

В ряде случаев либо в силу прямого указания в законе, либо в силу существа соответствующей договорной конструкции позиция кредитора или должника в обязательстве строго привязана к наличию у соответствующей стороны обязательства вещного права на ту или иную вещь или иного имущественного права. В такого рода ситуациях переход права собственности на вещь или соответствующее имущественное право (далее – базовый актив) влечет автоматический переход привязанного к такому базовому активу обязательственного права требования или долга к новому обладателю базового актива. По сути, здесь мы имеем конструкцию следования обязательства за правом на базовый актив.

Подобные обязательства иногда именуют реальными или вещными обязательствами, обязательствами *propter rem* или даже «блуждающими» обязательствами. При этом следует учитывать, что сама подобная конструкция обязательства, следующего за правом на некое иное имущество, не привязана жестко к правам на вещь. В качестве базового актива, право на которое предопределяет фигуру должника и (или) кредитора в подобном обязательстве, может фигурировать не только право собственности на вещь, но и имущественное право (например, исключительное право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, право на долю участия в хозяйственном обществе, а в некоторых случаях и другое обязательственное право). Далее мы будем использовать термин «реальное обязательство» для ситуаций, когда базовым активом является абсолютное право на тот или иной объект (например, право собственности на вещь или исключительное право на объект интеллектуальной собственности). В контексте сценария, когда базовым активом является иное обязательственное право, а следующим судьбе прав на такой актив является обеспечительное обязательственное право, уместно использовать устоявшееся понятие «акцессорное обязательство» и видеть в этом автоматизме перехода одно из проявлений акцессорности, а именно акцессорность следования (подробнее об акцессорности следования применительно к обеспечительным обязательствам см. комментарии к ст. 329 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 329 ГК РФ – *Р.С. Бевзенко*).

Такое следование обязательства может быть прямо предусмотрено в законе или вытекать из объективного существа соответствующего обязательства или договорной конструкции. Без соответствующего объективного правового основания – просто на основании включения в договор между должником и кредитором условия на сей счет – эффект следования работать не может. Стороны не могут сконструировать по своей воле обязательство, которое наделяется свойством следования, если такая возможность прямо не указана в законе или не вытекает из объективного существа отношений. Это связано с тем, что по общему правилу в силу относительности обязательственной связи и запрета на неосвященное правом вмешательство в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК РФ) невозможно за счет соглашения так или иначе напрямую обременить третьих лиц, в соглашении не участвующих (п. 3 ст. 308 ГК РФ). Только буква закона или объективное существо отношений, предопределенное убедительными политико-правовыми соображениями, могут наделить то или иное обязательство свойством реального обязательства, следующим за правом на базовый актив.

Поэтому, например, в силу отсутствия соответствующей нормы в законе вряд ли можно признать, что права и обязанности сторон корпоративного договора перейдут автоматически к лицу, которое приобретет у одного из изначальных контрагентов долю участия в обществе. Наличие в таком договоре условия об обратном, видимо, ничего в этом вопросе не меняет. Да и вряд ли осведомленность приобретателя доли о таком договоре может обосновать такое следование. Если участники хотят создать правила, которые будут работать независимо от состава участников корпорации, им следует отражать такие правила в уставе. Выбор в пользу заключения корпоративного договора сам по себе свидетельствует о желании установить правила, связывающие только стороны такого договора. Впрочем, вопрос может дебатироваться.

В ряде других случаев можно обсуждать целесообразность придания обязательствам сторон соглашения реального характера при условии доказанной осведомленности приобретателя о таких положениях договора. Например, права и обязанности, вытекающие из соглашения о порядке использования вещи, которая является объектом общей долевой собственности, в силу буквы закона не следуют автоматически за правом на долю; такое следование не оговорено в законе. Но вопрос о том, можно ли реальность обязательств из такого договора при условии доказанного знания приобретателя вывести из природы отношений участников общей долевой собственности, может вызывать дискуссии. Есть определенные аргументы в пользу того, чтобы

в данном аспекте занять иную позицию, чем в аналогичном вопросе в контексте регулирования корпоративных договоров.

Далее сконцентрируемся на более очевидных случаях, в рамках которых следование обязательства за правом на базовый актив прямо следует из закона. Если исключить акцессорные обязательства (прежде всего требования кредитора к поручителю, которое в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ автоматически переходит к новому обладателю права требования в обеспеченном обязательстве¹) и сконцентрироваться на признаваемых в законе реальных обязательствах, то не сложно заметить, что большинство из них носят не автономный характер, а дополняют предоставление ограниченного вещного права: в силу надления эффектом следования ограниченного вещного права и тесной связи последнего и сопровождающих его обязательств, мы получаем следующее за правом собственности на вещь обязательственное правоотношение. Но, как мы далее увидим, встречаются и автономные обязательства такого рода.

Там, где структура следования реального обязательства приводит к переходу к приобретателю базового актива одного лишь долга предыдущего обладателя базового актива или комплекса прав и обязанностей последнего из некоего ранее заключенного договора, налицо обязательственное обременение прав на базовый актив.

Могут быть выделены две основные группы реальных обязательств.

1.18.1. Реальное обязательство, сопровождающее предоставление ограниченного вещного права, иного производного абсолютного права или права залога

Ограниченное вещное права по своей природе представляет собой производное абсолютное право на вещь и следует за правом собственности на нее. То же касается и прав лицензиата. При переходе права собственности на вещь или исключительного права к правопреемнику права сервитутария или лицензиата в отношении использования соответствующей недвижимости или объекта исключительного права сохраняются.

В то же время такие конструкции могут в дополнение к наделению производным абсолютным правом (на использование соответствующе-

¹ Закон предусматривает следование дополнительных обязательственных прав за судьбой основного обязательственного права (п. 1 ст. 384 ГК РФ). В частности, при переходе требования по основному, обеспеченному требованию к новому кредитору автоматически переходит и обязательственное требование к поручителю. Последнее жестко привязано к позиции кредитора в основном обязательстве, и поэтому правопреемство в основном обязательстве приводит и к правопреемству в обязательстве по поручительству.

го объекта первичного абсолютного права) предусматривать и множество обязательств, которые возлагаются на одну или обе стороны такого правоотношения. Если такие обязательства функционально связаны с наделением производным абсолютным правом, то при переходе права собственности на вещь или исключительного права происходит автоматический переход к приобретателю не только обременения в виде претерпевания использования его объекта, но и таких реальных обязательств, составляющих обязательственный эскорт ограниченного вещного или лицензионного права. По сути, такие реальные обязательства следуют судьбе производного абсолютного права.

Так, права и обязанности из сервитута следуют за правом собственности на служащий и господствующие участки (ст. 275 ГК РФ). Если быть точнее, закон говорит лишь о следовании сервитутного обременения за правом собственности на служащий участок. Само это обременение в виде права использования служащего участка, как правило, рассматривается не как принадлежащее собственнику господствующего участка обязательственное право, а как его ограниченное вещное право (т.е. производное абсолютное право). Если следовать этому подходу, то обстоятельство, что новый собственник служащего участка оказывается обременен условиями сервитута, объясняется не переводом долга, а переводом бремени претерпевания реализации чужого производного абсолютного права. Но во многих европейских странах признается, что соглашение о сервитуте может предусматривать дополнительные негативные и позитивные обязанности собственника служащего участка, направленные на обеспечение возможности использовать служащий участок сервитуарием (например, обязанность очищать от снега проходящую по служащему участку дорогу, которую использует сервитуарий). Здесь уже есть все основания говорить о некоем сопровождающем предоставлении ограниченного вещного права обязательстве. При продаже служащего участка входящая в данное обязательство обязанность переходит к новому собственнику.

К новому собственнику служащего участка также переходит и обязательственное требование о внесении сервитуарием платежей за сервитут.

Кроме того, согласно распространенной точке зрения, обязательство сервитуария по внесению платы за сервитут, а также как само вещное право использования служащего участка, так и дополнительные обязательственные требования, сопровождающие основное право сервитуария, по своей природе привязаны к праву собственности на господствующий участок. Должником по обязательству вносить плату за сервитут и кредитором по дополнительным обязательствам

собственника служащего участка является не тот, кто был собственником господствующего участка на момент установления сервитута, а тот, кто им является в соответствующий период времени. При переходе права собственности на господствующий участок меняется и сторона этих обязательственных правоотношений. Впрочем, пока прямого законодательного закрепления эта идея в Кодексе не получила.

Другой пример: права и обязанности лицензиара по заключенному лицензионному договору следуют за исключительным правом. Отчуждение или переход в силу закона исключительного права не влекут прекращение ранее заключенных лицензионных договоров, вместо этого права и обязанности лицензиара переходят к новому обладателю исключительного права (п. 7 ст. 1235 ГК РФ). Соответственно, по заключенному лицензионному договору статус лицензиара, который в силу закона, условий договора, обычаев или принципа доброй совести включает, помимо бремени претерпевания использования лицензиатом объекта исключительного права, набор обязательственных по своей природе прав и обязанностей, переходит автоматически к новому обладателю исключительного права (при наличии у таких обязательств тесной связи с наделением абсолютным лицензионным правом). Это касается как права требования лицензиара в отношении уплаты лицензионных платежей, предоставления отчетов, исполнения соответствующих негативных обязательств лицензиата и т.п., так и некоторых оговоренных в лицензионном договоре обязанностей лицензиара (например, информационных). Новый обладатель исключительного права вынужден смириться с переходом к нему соответствующих прав и обязанностей, и правовая позиция лицензиата защищена на случай смены обладателя исключительного права. Как проясняет ВС РФ, «новый правообладатель становится лицензиаром на условиях ранее заключенного лицензионного договора» (п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 23 апреля 2019 г. № 10).

Аналогичная ситуация имеет место в случае аренды (ст. 617 ГК РФ). Эффект следования в аренде проявляется в том, что переход права собственности на объект аренды влечет автоматический переход к новому собственнику комплекса прав и обязанностей арендодателя. Из этого, в частности, следует, что позиция кредитора в обязательстве по внесению арендных платежей переходит к приобретателю предмета аренды. То же касается и позиции должника в согласованных в договоре и тесно связанных с предоставлением права аренды обязательствах арендодателя (например, обязательство осуществить капитальный или текущий ремонт, вернуть обеспечительный платеж в конце срока договора, обеспечить безопасность на проходной офисного здания и т.п.). Так,

если право собственности на сданную в аренду вещь перешло к другому лицу, именно последнее обязано вернуть арендатору обеспечительный платеж, который при заключении договора аренды был уплачен арендатором первоначальному арендодателю (Определение СКЭС ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 305-ЭС20-14025).

Это же с необходимыми адаптациями касается и договоров найма жилья согласно ст. 675 ГК РФ («...Новый собственник становится наймодателем на условиях ранее заключенного договора найма») или ссуды (п. 1 ст. 700 ГК РФ).

Спорным является вопрос о природе ключевых правомочий залогодержателя обратиться с истребованием на предмет залога или истребовать его в силу оговорки *lex commissoria* в рамках непосессорного залога: есть определенные основания считать эти правомочия обязательственными, но доминирующее воззрение считает залог ограниченным вещным правом, т.е. производным абсолютным правом. Как бы то ни было, нет никаких сомнений в том, что обязанности залогодателя страховать предмет залога, поддерживать его в надлежащем состоянии, отчитываться о состоянии, воздерживаться от несанкционированного отчуждения и т.п. представляют собой элементы классических обязательств. При этом согласно ст. 353 ГК РФ комплекс залоговых правоотношений следует за правом на выступающие в качестве предмета залога вещь или имущественное право. Среди таких следующих за правом собственности на предмет залога обязательственных обременений будут и такие обязанности залогодателя. Есть все основания здесь также говорить о реальном характере обязательств.

Если в нашем праве появятся такие ограниченные вещные права, как узуфрукт, эмфитевзис или суперфиций, примеров подобных сопровождающих предоставление ограниченного вещного права реальных обязательств будет намного больше.

Важнейший вопрос, который возникает в этой области, это вопрос о том, все ли обязательства, оговоренные в договоре об установлении сервитута, договоре аренды, лицензионном договоре, договоре залога и т.п., следуют за правом на базовый актив. Те, которые вытекают из диспозитивных или императивных норм о соответствующем договоре, переходят бесспорно. Но что насчет таких обязательств, которые по умолчанию диспозитивными правилами, регулируемыми соответствующую договорную конструкцию, не предусмотрены? Очевидно, например, что некоторые установленные в договоре аренды или лицензионном договоре обязательства могут быть достаточно оторваны от цели установления права аренды или предоставления лицензии либо связаны преимущественно с личностью исходных контрагентов: вряд

ли логично предположить, что такие обязательства следуют за правом собственности на объект аренды или исключительным правом. Но каковы критерия отделения сугубо личных и реальных обязательств, включенных в такие договоры? Этот вопрос пока в российском праве плохо проработан.

1.18.2. Автономное реальное обязательство

В целом ряде случаев закон предусматривает реальные обязательства, которые не сопровождают программу правоотношений, связанных с установлением ограниченного вещного права или иного производного абсолютного права, а существуют достаточно автономно.

Например, согласно ст. 960 ГК РФ за рядом указанных в норме исключений «при переходе прав на застрахованное имущество от лица, в интересах которого был заключен договор страхования, к другому лицу права и обязанности по этому договору переходят к лицу, к которому перешли права на имущество». Это значит, что, по мысли законодателя, к приобретателю застрахованного имущества переходит право требования к страховой компании по заключенному ранее договору страхования, а также соответствующие обязанности страхователя.

Другой пример: закон наделяет эффектом следования обязательственные отношения по договору ренты согласно п. 1 ст. 586 ГК РФ: «В случае отчуждения... имущества плательщиком ренты его обязательства по договору ренты переходят на приобретателя имущества».

К этой же категории можно, видимо, отнести обязанность собственника жилого помещения в многоквартирном доме по финансированию его капитального ремонта. Часть 3 ст. 158 ЖК РФ прямо говорит в этом контексте об обязательстве, которое в силу прямого указания в данной норме следует за правом собственности на квартиру (долг по уплате таких взносов предыдущего собственника переводится в силу закона на приобретателя квартиры).

В ст. 31 Закона о приватизации государственного и муниципального имущества указано, что отчуждаемое в рамках приватизации имущество может быть обременено ограничениями, за нарушение которых собственник может быть присужден к возмещению убытков или исполнению обязательств в натуре. При этом ограничения прав собственника имущества, приобретенного в порядке приватизации, сохраняются при всех сделках с этим имуществом, вплоть до их отмены (абзац второй п. 5 ст. 31 Закона о приватизации).

При приобретении объекта незавершенного обанкротившимся застройщиком строительства по ходатайству управляющего в силу соответствующего судебного определения к приобретателю переходят обязательства застройщика перед покупателями помещений в строя-

шемся доме, а также ряд прав по заключенным прежним застройщиком договорам с третьими лицами (ст. 201.15-1 и ст. 201.15-2 Закона о банкротстве). Иначе говоря, смена собственника объекта незавершенного строительства влечет смену фигуры должника или кредитора по некоторым ранее заключенным прежним застройщиком договорам. Но этот пример характерен тем, что происходит это связанное с переходом прав на определенное имущество правопреемство в обязательствах на основании судебного акта.

Согласно подп. «а» п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «правами, предоставленными потребителю Законом и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами, а также правами стороны в обязательстве в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации пользуется не только гражданин, который имеет намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий товары (работы, услуги), но и гражданин, который использует приобретенные (заказанные) вследствие таких отношений товары (работы, услуги) на законном основании (наследник, а также лицо, которому вещь была отчуждена впоследствии, и т.п.)». В своей практике ВС РФ толкует эту правовую позицию так, что в ситуации, когда потребитель перепродал или подарил купленную вещь третьему лицу, которое приобретало ее для использования в личных целях, конечный приобретатель вправе предъявить прямой иск к продавцу (изготовителю, импортеру), на который был управомочен первый потребитель в цепочке, включая требование о расторжении договора, возврате уплаченной цены и возмещении убытков в виде разницы между ценой договора и рыночной ценой на момент удовлетворения иска по правилам ст. 24 Закона о защите прав потребителей. При этом такое право на прямой иск объясняется переходом по умолчанию к гражданину, купившему у первичного покупателя-потребителя вещь на вторичном рынке, потребительских прав предыдущего собственника этой вещи: потребительские права в силу позиции ВС РФ следуют за правом на приобретенную потребителем вещь (определения СКГД ВС РФ от 25 октября 2016 г. № 24-КГ16-13 и от 15 декабря 2020 г. № 1-КГ20-9-К3).

Зарубежное право знает множество иных подобных конструкций. Многие правовые порядки знают негативный сервитут, который обременяет собственника служащего участка обязательством не использовать свою недвижимость тем или иным образом, в пользу собственника господствующего участка (такая конструкция сейчас предлагается для включения и в ГК РФ). В голландском праве (ст. 6:252 ГК Нидерландов) признаны соглашения об установлении так называемого

квалитативного обязательства (*kwalitatieve verplichting*) собственника объекта недвижимости не использовать свое право собственности тем или иным образом (например, не строить на участке те или иные строения). Кредитором по такому обязательству может быть конкретное лицо, а не собственник соседнего объекта недвижимости (в отличие от негативного сервитута). Шотландское право разработало институт реального обременения (*real burden*), которое позволяет обременить собственника не только негативными, но и позитивными обязательствами в пользу конкретного лица (а не только собственника соседнего участка). К этой же категории можно отнести и институт вещных выдач (*Reallast*), известный праву Германии и ряду других европейских стран, предлагаемый сейчас для включения в ГК РФ и предполагающий обременение право собственности на вещь позитивным обязательством осуществлять периодически те или иные предоставления в пользу конкретного лица: эта конструкция может использоваться как в целях обеспечения эффекта следования для обязательств по договору аренды, так и в иных целях (о сложной проблеме соотношения подобных автономных реальных негативных или позитивных обязательств, привязанных к праву собственности на вещь, и конструкции ограниченных вещных прав, также обременяющих право собственности на вещь и следующих за таким правом, см. п. 1.20 комментария к настоящей статье).

1.18.3. Объем переходящих прав и долгов

Подобного рода реальные обязательства, как мы видим, могут сильно отличаться друг от друга. Их предмет может варьироваться от уплаты денег до обязательств с негативным содержанием. Каждая из таких конструкций имеет множество особенностей. Все, что их объединяет, это то, что при переходе права собственности на вещь или иной базовой актив, с которым связано реальное обязательство, происходит автоматическое правопреемство и в данном обязательстве (в форме перевода долга, перехода требования или даже комплексной замены стороны в sinalлагматическом обязательственном договоре).

При переходе долга по реальному обязательству к новому владельцу базового актива возникает вопрос о судьбе долгов, созревших в период до момента преемства (например, вопрос о переходе к новому собственнику господствующего участка накопившегося долга правопреемника по уплате платежей за сервитут). Здесь возможно несколько решений. Во-первых, не погашенные к моменту преемства долги прежнего должника к новому должнику не переходят, и последний вместо этого принимает на себя долг лишь на будущее. Во-вторых, теоретически мыслима и такая модель, в рамках которой старые накопленные

долги переходят к правопреемнику, а прежний должник полностью выбывает из обязательства. В-третьих, может работать и такая модель, при которой старый и новый должник будут солидарно отвечать перед кредитором в отношении старых и новых, либо только новых долгов. В контексте какого из признаваемых реальных обязательств периодически уплачивать деньги сейчас работает та или иная из описанных моделей, часто становится предметом споров.

Похожая проблема возникает и при переходе в связи с преемством в праве на базовый актив и права требования по реальному обязательству. Если продан служащий участок, переходит ли к новому собственнику требование прежнего собственника о погашении сервитутным накопившегося за предыдущие периоды долга по сервитутным платежам? Или речь пойдет только о переходе требований в части начисления таких платежей на будущее? Та же проблема возникает и при смене собственника предмета аренды и срабатывания эффекта следования по ст. 617 ГК РФ. Далеко не всегда в российском праве данные вопросы разрешены четко и недвусмысленно.

1.18.4. Отличие реального обязательства от смежных явлений

Естественно, если переход прав на базовый актив приводит к преемству в ранее созревшем долге или праве требования, налицо преемство в обязательстве на стороне должника или кредитора. То же касается и ситуации, когда новый обладатель базового актива принимает на себя долг или приобретает требование лишь на будущее, но при этом само обязательство ранее было установлено договором. Но ситуация менее очевидна тогда, когда речь идет о переходе обязательства, которое еще не созрело к моменту перехода прав на базовый актив, и при этом само обязательство установлено не договором, а законом, обычаем или вытекает из принципов права. Здесь может возникнуть сложный вопрос о проведении разграничения между правопреемством по реальному обязательству, с одной стороны, и теми случаями, когда в силу закона, обычая или принципов права то или иное обязательство *возникает изначально* между лицами, определяемыми по признаку обладания правом собственности на вещь или иной базовый актив, с другой стороны.

Например, между несколькими участниками корпорации, а также между участником корпорации и самой корпорацией в силу закона, устава, принципов права могут возникать определенные корпоративные обязательства (например, обязательство корпорации предоставить участникам информацию и выплачивать объявленные дивиденды, обязательство участника принимать участие в принятии решений по жизненно важным для корпорации вопросам и т.п.). Как только меняется обладатель акций или доли участия в обществе, должником

или кредитором по таким обязательствам становится новый участник, а прежний теряет аналогичный статус. Но уместно ли здесь говорить о правопреемстве в подобных обязательствах, о том, что, скажем, право прежнего акционера на получение от корпорации информации *переходит* к новому участнику? Не корректнее ли говорить о том, что позиция кредитора или должника по таким обязательствам носит определяемый характер и на каждый отдельный момент времени определяется по фигуре обладателя долей участия в уставном капитале общества?

В контексте созревших корпоративных прав или обязанностей закон вроде бы однозначно высказывается в пользу правопреемства в обязательствах. Так, согласно п. 12 ст. 21 Закона об ООО к приобретателю доли или части доли в уставном капитале ООО *переходят все права и обязанности* участника общества, возникшие до совершения сделки, направленной на отчуждение указанной доли или до возникновения иного основания ее перехода (за исключением дополнительных прав и обязанностей). При этом здесь указано, что участник общества, осуществивший отчуждение своей доли или части доли в уставном капитале общества, несет перед обществом обязанность по внесению вклада в имущество, возникшую до совершения сделки, направленной на отчуждение указанных доли или части доли в уставном капитале общества, солидарно с ее приобретателем. Речь идет о кумулятивном преемстве в долге в силу прямого указания в законе. Впрочем, и здесь могут возникать спорные случаи (например, о том, переходит ли к новому участнику и созревшее обязательство прежнего участника по возмещению причиненных обществу убытков). Но важнее, что вопрос о том, как быть, если речь идет о праве или обязанности, фактический состав для созревания которых еще не наступил к моменту перехода прав на долю, из текста данной нормы Закона об ООО остается не вполне проясненным, так как нет ясности по поводу того, что имеется в виду под возникновением права или обязанности до отчуждения доли.

Какое у этого вопроса может быть практическое значение? Это прежде всего власть участника определить судьбу своих обязательственных прав на будущее, в том числе за период после отчуждения им своей доли. Если налицо сингулярное преемство в таких корпоративных обязательствах, распоряжения изначального участника в отношении принадлежащих ему как участнику, но еще не созревших обязательственных прав будут связывать приобретателя. Более того, в силу общих правил правопреемства в обязательстве общество сможет заявить против требований нового участника зачет с опорой на свои однородные требования к первоначальному участнику (ст. 412 ГК РФ)

или выдвинуть возражения, основанные на отношениях с первоначальным участником (ст. 386 ГК РФ).

1.18.5. Публичность обременения актива реальным обязательством

В тех случаях, когда за правом на некое имущество следует обязанность (пассивная позиция в обязательстве), и мы, по сути, имеем обременение того или иного объекта гражданского права, праву важно обеспечить публичность такого обременения, дабы а) исключить ситуацию, когда разумные ожидания приобретателя базового имущества будут нарушены, и б) снизить трансакционные издержки по выявлению таких обременений. Эту функцию обычно выполняют те или иные реестры. Например, регистрация аренды во многом предопределена признанием законодателем во имя стабильности прав арендаторов и нанимателей эффекта следования. При отсутствии реестра и возможности эффективно опубликовать данное обременение право не должно по общему правилу противопоставлять приобретателю базового актива долг прежнего собственника в ситуации, когда приобретатель субъективно добросовестен и не знал и не должен был знать о данном обременении. Любые исключения должны быть очень серьезно обоснованы.

Впрочем, далеко не всегда законодатель помнит о необходимости формирования механизмов опубликования таких обременений. Например, он наделяет эффектом следования права ссудополучателя, но забывает установить правила о государственной регистрации ссуды помещений, зданий и сооружений (кроме ссуды объектов культурного наследия). От явной несправедливости здесь чаще всего спасает то, что в подавляющем большинстве случаев новый собственник не мог не видеть при покупке, что вещь находится во владении третьего лица, а значит, должен был знать о наличии обременения, но в целом объяснить отсутствие возможности произвести регистрацию ссуды таких объектов недвижимости сложно. Также по настоящий момент ЕГРН не предусматривает отражение в регистрационном деле по господствующему участку записи о наличии соглашения об установлении платного сервитута, обременяющего обязанностью по внесению платы за сервитут любого собственника господствующего участка. Это порождает вопрос о том, может ли эффект следования сработать и быть противопоставлен субъективно-добросовестному приобретателю базового актива в условиях, когда закон просто не предусматривал возможность опубликовать соответствующее обременение в тех или иных государственных или иных реестрах. Впрочем, если признать право сервитуария произвольно отказаться от сервитута (пока это право в ГК РФ не закреплено, но, как представляется, выводится из существа этого ограниченного вещного права), этот риск приобрести участок,

скрыто обремененный обязательством по периодическому внесению платы за сервитут, не носит столь драматичный характер.

1.18.6. Возможная альтернатива в виде договорного условия об обязанности обеспечить согласие приобретателя принять на себя долги по исходному договору

Остается только отметить, что в тех случаях, когда ни закон, ни существо обязательства не предполагают его реальный характер, стороны иногда используют договорный и чисто обязательственный инструмент достижения той же цели. Речь идет о включении в договор, обязательства из которого стороны хотят опосредованно наделить способностью к следованию за правом на базовый актив, условия о возложении на контрагента — обладателя соответствующего объекта, претендующего на статус базового актива, обязательства обеспечить согласие приобретателя принять на себя то же обязательство по отношению к контрагенту отчуждателя (*perpetual clause*). Согласно такому условию, например, собственник вещи, обремененный обычным личным контрактным обязательством, продавая вещь, обязан договориться с приобретателем, что тот согласится принять на себя аналогичные обязательства. Например, стороны корпоративного договора иногда договариваются о том, что одна из сторон при продаже доли третьему лицу обязана обеспечить согласие третьего лица на передачу ему договорной позиции продавца в корпоративном договоре, либо обеспечить согласие приобретателя заключить с оставшейся в обществе стороной корпоративного договора по требованию последней аналогичный корпоративный договор, либо обеспечить выставление таким приобретателем в адрес остающейся в обществе стороны корпоративного договора безотзывной оферты на вступление в аналогичный корпоративный договор, которую последняя вправе в течение определенного срока принять. Санкцией за нарушение такого условия собственником, который произвел отчуждение доли, будет взыскание убытков или неустойки. Более того, если собственник продаст вещь, нарушив это обязательство, а приобретатель окажется заведомо недобросовестным (будет доказано, что он точно знал или со всей очевидностью не мог не знать о данном нарушении и действовал, осознавая, что провоцирует нарушение корпоративного договора и причинение существенного вреда другой стороне такого договора), открывается возможность привлечения приобретателя к ответственности за недобросовестную интервенцию в чужие обязательственные отношения или даже аннулирования сделки с таким приобретателем по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ. Такие санкции, в частности, применяются в подобной ситуации с нарушением *perpetual clause* в праве ряда европейских стран

(например, Франция, Бельгия). В некоторых странах идут дальше и при очевидной недобросовестности приобретателя суды признают приобретателя связанным соответствующим обязательством в пользу контрагента изначального собственника. В целом ряде европейских стран такие условия достаточно популярны. В российской судебной практике правовой режим таких договорных условий не разработан, но на практике они стали встречаться (особенно в контексте практики заключения корпоративных договоров).

Обеспечением данного обязательства, вытекающего из *perpetual clause*, может быть залог той самой вещи, которая может быть продана. Например, стороны корпоративного договора в АО или ООО могут договориться о том, что при отчуждении доли третьим лицам каждый участник обязан обеспечить согласие приобретателя на присоединение к корпоративному договору вместо исходной его стороны и обязан воздерживаться от отчуждения при отсутствии такого согласия, установить значительную неустойку на случай нарушения, а обеспечением исполнения данного обязательства может выступить само право на ту самую долю участия в уставном капитале. Этот механизм среди прочего позволит одновременно и достаточно эффективно опубличить соответствующий договорный запрет.

Все эти ухищрения были бы не нужны, если бы соответствующие договоренности о порядке управления и голосования в обществе были отражены в уставе. Но по ряду причин фиксировать некоторые из таких договоренностей именно в уставе сторонам не кажется удобным.

Не менее актуально включение таких условий и в договор о порядке использования объекта общей долевой собственности, в соседские соглашения и некоторые иные подобные договоры, которые не наделены эффектом следования в силу закона.

1.19. Право использования объекта чужого абсолютного права

Возникает вопрос о квалификации правоотношения, в рамках которого обладатель некоего первичного абсолютного права на вещь, средство индивидуализации или результат интеллектуальной деятельности и т.п. предоставляет по доброй воле другому лицу некую часть правомочий, входящих в стандартный объем абсолютного права и реализующих господство над соответствующим объектом, либо такие правомочия возникают в силу прямого указания в законе или на основании судебного решения. Речь идет прежде всего о наделении некоего лица правовыми возможностями владения и использования принадлежащей другому вещи (например, жилищный узлуфрукт), использования вещи без владения (например, сервитут), владения вещью в обеспечительных целях (например, при зкладе, реализации права

удержания вещи), а также о предоставлении обладателем исключительного права лицензиату правомочий использования соответствующего средства индивидуализации или результата интеллектуальной деятельности. Далее для краткости и с известной долей условности мы во всех указанных контекстах будем говорить о праве использования объекта чужого абсолютного права.

Очевидно, что тот, кто получает от обладателя первичного абсолютного права на некий объект разрешение на его использование (или получает такую возможность в силу прямого указания в законе или на основании судебного решения), получает некое право. Но какова его природа? Это производное абсолютное право на данный объект или обязательственное право требования, реализуемое за счет поведения обладателя первичного абсолютного права?

Является ли право лицензиата использовать отрывок музыкального произведения в своем кинофильме правом требования к лицензиару как должнику по обязательству претерпевать такое использование?

Если собственник вещи сдает земельный участок в аренду, предоставляя арендатору право владения и использования (посессорная аренда) либо только использования своей недвижимости (непосессорная аренда), является ли право арендатора владеть и пользоваться вещью собственника (либо только пользоваться) обязательственным правом? Тот же вопрос можно задать в отношении прав пользования, вытекающих из договоров ссуды, найма жилья, сервитута, оперативного управления, жилищных usufrуКТов, предусмотренных в ЖК РФ, а также пока не предусмотренных в ГК РФ иных видов usufrуКТов, суперфиция, эффитевзиса, если такие конструкции будут признаны в нашем праве.

Наконец, этот же вопрос касается прав залогодержателя по договору залога владеть заложенной чужой вещью и при определенных условиях обратить ее в свою собственность или продать с торгов; права покупателя вещи по договору купли-продажи с удержанием титула (ст. 491 ГК РФ) владеть и пользоваться вещью, все еще принадлежащей продавцу, с ожиданием перехода права собственности после выплаты всех платежей по графику, а также, по сути, аналогичного права лизингополучателя владеть и пользоваться предметом лизинга с ожиданием приобретения собственности по итогам выплаты всех лизинговых платежей. То же и с правом удержания вещи.

Наконец, этот вопрос может встать и в контексте предоставления права использования объекта личного неимущественного права абсолютного характера, если природа такого абсолютного права предполагает возможность предоставления другим лицам такого

права использования. Например, согласно п. 4 ст. 19 ГК РФ человек может дать согласие на использование его имени другим лицам в их творческой, предпринимательской или иной экономической деятельности способами, исключающими введение в заблуждение третьих лиц относительно тождества граждан, а также исключающими злоупотребление правом в других формах. В обмен на такое согласие гражданин может получать некое вознаграждение, но согласие может быть предоставлено и безвозмездно. Является ли полученное таким образом право использования чужого имени обязательственным правом?

Прежде чем ответить на вопрос о природе таких прав использования, следует сделать несколько важных оговорок.

Во-первых, мы анализируем здесь только наделение контрагента правом использования соответствующего объекта первичного абсолютного права (вещи, результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, объекта неимущественного абсолютного права), ибо только здесь мыслим конфликт между абсолютной и обязательственной природой права. Характер встречного предоставления в виде внесения оплаты мы здесь не обсуждаем. Ни у кого нет особых сомнений в том, что обязанность внесения, скажем, платы за сервитут, арендных или лицензионных платежей является элементом соответствующего денежного реального обязательства (о таких обязательствах см. п. 1.18 комментария к настоящей статье), к которому применяются общие положения ГК РФ об обязательствах. К таким обязанностям однозначно применимы нормы общей части обязательственного права (например, о праве сторон согласовать неустойку на случай нарушения обязательства, о начислении процентов годовых в связи с просрочкой, об уступке требования, о взыскании убытков по правилам о договорной ответственности и т.п.). Не существует одного единого сервитутного, арендного или лицензионного правоотношения, вытекающего из соглашения об установлении возмездного сервитута, договора аренды или лицензионного договора; вместо этого такие договоры порождают различные правоотношения, из которых обязанность вносить плату за сервитут, арендную плату или лицензионные платежи однозначно входит в структуру обязательства. Поэтому не вполне корректным является вопрос о том, является ли аренда, сервитут или лицензия обязательством или вещным правом. Вместо этого квалифицировать следует конкретные элементарные правовые связи, входящие в комплексную программу правоотношений по таким договорам. Нас здесь интересует только правовая природа самого права использования объекта чужого абсолютного права.

Во-вторых, любое соглашение о предоставлении права использования объекта чужого абсолютного права может порождать целый веер различных дополнительных обязанностей обладателя первичного абсолютного права с позитивным или негативным содержанием. Например, в дополнение к основному предоставлению в виде надления контрагента правовой и фактической возможностью на законном основании владеть и пользоваться (либо только пользоваться) вещью собственник может принять на себя еще ряд дополнительных обязанностей что-либо делать или не делать. Эти обязанности носят однозначно обязательственную природу. В частности, например, если соглашение о сервитуте предусматривает те или иные дополнительные позитивные обязанности собственника служащего участка (например, расчищать дорогу, которая подлежит использованию собственником господствующего участка, и поддерживать ее в освещенном состоянии), то такие обязанности формируют обязательственные правоотношения, дополняющие основной предмет соглашения о сервитуте. То же касается и обязанности собственника осуществлять капитальный или текущий ремонт переданного во владение арендатору здания или помещения, обеспечить помещение электроэнергией или охрану всего здания, обеспечить спокойное владение и пользование путем предотвращения помех, которые могут чинить владельцу третьи лица, не сдавать соседние участки в аренду третьим лицам в целях, реализация которых может помешать арендатору использовать свой участок, обеспечивать доступ клиентов арендатора на парковку, обеспечивать охрану внешнего периметра здания; возмещать те или иные издержки владельца и т.п. Такие же обязанности могут сопровождать основное предоставление собственника по договору об установлении жилищного usufrukta, а также иных видов usufrukta, эмфитевзиса или суперфиция, если такие ограниченные вещные права будут в российском праве признаны. На основании исключительной лицензии лицензиар обременяется обязательством не использовать объект исключительного права самостоятельно, не предоставлять лицензии третьим лицам, не осуществлять отказ от исключительного права и т.п.

Соответствующее соглашение может порождать десятки различных правоотношений, в которых обладатель первичного абсолютного права на обременяемый объект выступает в качестве обязанного лица, и большинство из них носит очевидно обязательственный характер. В итоге у пользователя, помимо самого права использования, осуществляемого за счет своих собственных действий, очень часто появляются дополнительно классические обязательственные притязания к обладателю первичного абсолютного права. Такого рода «обязательственный

эскорт», сопровождающий предоставление права использования объекта первичного абсолютного права, не исключение, а общее правило.

Нас интересует не природа этого «обязательственного эскорта», ибо она очевидна, а только самая сердцевина таких конструкций, которая состоит в наделении контрагента правомочием владеть и пользоваться (либо только пользоваться, либо владеть для целей последующего распоряжения или присвоения) объектом абсолютного права. Вопрос состоит в том, является ли именно это правомочие использования принадлежащего другому лицу объекта, взятое в отдельности от «обязательственного эскорта», само по себе обязательственным правом (требованием), или речь идет о производном абсолютном праве на вещь (результат интеллектуальной деятельности, средство индивидуализации и т.п.).

В описанных ситуациях право арендатора, нанимателя, ссудополучателя, лицензиата или иного лица, получившего по соглашению с обладателем первичного абсолютного права правомочия использования объекта такого абсолютного права, осуществляется путем самостоятельных действий пользователя. От обладателя первичного абсолютного права требуется не препятствовать такому пользованию. Можно ли в таких ситуациях говорить о том, что само право использования объекта первичного абсолютного права либо владения им для целей распоряжения или присвоения является обязательственным правом, которому противостоит поведенческая обязанность обладателя первичного абсолютного права что-то делать или не делать? В этом есть большие сомнения.

Логично предложить следующее решение: само право использования объекта первичного абсолютного права является не обязательственным правом, а *производным абсолютным правом* на вещь или иной подобный объект, закрепляющим частичное господство лица над соответствующим объектом и осуществляемым прежде всего за счет поведения управомоченного лица. Право использования чужого товарного знака — это не притязание на поведение обладателя исключительного права, а право на свободу собственного поведения. То же и с арендой транспортного средства без экипажа: затруднительно увидеть в самом праве арендатора использовать ранее переданное ему судно какое-то притязание в отношении поведения арендодателя. Очевидно, что суть предоставления в таких ситуациях именно в наделении контрагента определенным объемом прав на вещь или результат интеллектуальной деятельности (средство индивидуализации), а не прав в отношении поведения собственника или обладателя исключительного права. Налицо предоставление правомочий, структурирующих временное господство

(иногда лишь частичное) над объектом и осуществляемых обладателем таких правомочий своим поведением. А это верный признак того, что перед нами не обязательственное притязание, а производное абсолютное право на соответствующий объект.

При таком подходе обладатель производного абсолютного права получает отдельные правомочия из пучка стандартных правомочий обладателя первичного абсолютного права, и налицо производное абсолютное право ограниченного спектра, отпочковавшееся от наиболее полного, первичного абсолютного права. Это производное право осуществляется правообладателем своими действиями, а не в результате поведения контрагента. Последний просто претерпевает поведение управомоченного лица. Сервитут или право аренды дают прежде всего право на вещь, помимо того, что порождают целый спектр обязательств. То же и с лицензией.

Признание за правом использования значения производного абсолютного права на вещь или иной подобный объект позволяет объяснить, почему, например, арендатор по договору посессорной аренды, ссудополучатель или наниматель могут, так же как и собственник, защищать свое право виндикационным или негаторным иском (ст. 305 ГК РФ): эти охранительные притязания возникают, скажем, у арендатора в связи с предоставлением ему входящего в «комплектацию» производного абсолютного правомочия законного владения. То же касается и права лицензиата, обладающего правом исключительной лицензии, требовать привлечения третьих лиц к ответственности за посягательство на объект исключительного права (взыскание убытков, компенсаций), пресечения действий, нарушающих такое право или создающих угрозу такого нарушения, а также предъявить нарушителю иные требования, которые мог бы предъявить и обладатель исключительного права (ст. 1254 ГК РФ).

При этом, безусловно, обладатель первичного абсолютного права (например, собственник вещи или обладатель исключительного права) обязан воздерживаться от препятствования использованию. Более того, есть основания считать, что здесь налицо обязательство. Нелогично считать, что собственник (обладатель иного первичного абсолютного права) выступает перед пользователем в качестве такого же третьего лица, как и все остальные участники оборота, и в случае, когда он препятствует использованию, отвечает за деликт. Обладатель первичного абсолютного права явно не может стоять в одном ряду со всеми посторонними, а его обязанность не препятствовать использованию объекта выражена куда более ярко и носит куда более интенсивный характер, чем аналогичная всеобщая пассивная обязанность всех жителей Земли.

Как представляется, это пассивное обязательство не препятствовать может быть занесено в состав «обязательственного эскорта» предоставления производного абсолютного права, причем — в отличие от многих иных таких дополнительных обязательств — в качестве элемента неотъемлемого.

Этот подход позволит обосновать применение в случае препятствования осуществлению производного абсолютного права со стороны обладателя первичного абсолютного права правил гл. 25 ГК РФ о договорной ответственности, а не правил гл. 59 ГК РФ об ответственности деликтной. В частности, при нарушении такого обязательства не препятствовать, сопровождающего предоставление производного абсолютного права, обладатель первичного абсолютного права будет отвечать по более строгим правилам договорной ответственности. Например, если временное препятствование использованию объекта недвижимости со стороны собственника причинило убытки арендатору, нанимателю, сервитуарию, которые последние хотят взыскать, либо они, отчаявшись добиться исполнения собственником своих обязанностей, решили расторгнуть договор и потребовать возмещения убытков вместо реального исполнения, собственник обязан возместить убытки по правилам гл. 25 ГК РФ, так как вытекающая из договора пассивная обязанность не препятствовать владению и пользованию (либо только пользованию) облекается в обязательственную одежду и сопровождает предоставление производного абсолютного права. Это значит, в частности, что собственник возмещает позитивный договорный интерес (п. 2 ст. 393 ГК РФ), отвечая при этом за действия всех привлеченных третьих лиц по правилам ст. 403 ГК РФ, а при принятии на себя такого обязательства в связи с коммерческой деятельностью он будет отвечать за свое собственное нарушение независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Деликтная концепция приводила бы к тому, что собственник, который нарушил спокойное владение арендатора или помешал использованию сервитуарием своего участка, совершает деликт, такой же, как и любое третье лицо, и убытки с него взыскиваются деликтным иском по правилам гл. 59 ГК РФ. Это среди прочего означало бы более мягкий стандарт ответственности за действия третьих лиц (ст. 1068 ГК РФ) и освобождение от ответственности при отсутствии вины (ст. 1064 ГК РФ). Применение здесь правил деликтного права не вполне уместно.

Обязанность не препятствовать не составляет вместе с правом использования некое единое обязательственное правоотношение, вместо этого право использования логично рассматривать как производное абсолютное право, которое лишь сопровождается отдельным обяза-

тельством с негативным содержанием как минимум не препятствовать использованию. Причем значение этого «обязательственного эскорта» может в ряде ситуаций быть достаточно незначительным (как в случае с исключительной лицензией или арендой самоката, где трудно себе представить как в принципе собственник может помешать использованию объекта).

В большинстве случаев предоставление производного абсолютного права и сопровождающая базовая обязанность не препятствовать реализации такого производного права, с одной стороны, и множество дополнительных оговоренных или вытекающих из закона, обычаев или принципа доброй совести дополнительных позитивных или негативных обязательств обладателя первичного абсолютного права, с другой стороны, обычно тесно и даже неразрывно сплетаются таким образом, что в рамках договора и наделение производным абсолютным правом, и принятие на себя дополнительных обязательств превращаются в некое комплексное договорное предоставление.

Например, когда мы приобретаем доступ к кинофильму в онлайн-кинотеатре или стриминговой платформе, либо образовательная организация оплачивает облачный сервис для трансляции слушателям лекций и организации видеоконференций, договорное предоставление со стороны оператора такого сервиса состоит: а) в предоставлении клиенту права использования соответствующего видеоконтента или соответствующего размещенного в «облаке» программного обеспечения, и соответственно здесь речь идет, казалось бы, о лицензии и производном абсолютном праве в отношении результата интеллектуальной деятельности, но одновременно б) в оказании услуг по обеспечению функционирования, регулярному обновлению и обслуживанию соответствующих программ, сервисов и сайтов, вне которых использование аудиовизуального произведения или программного обеспечения невозможно (здесь мы имеем очевидное обязательственное притязание на оказание определенных услуг, удовлетворяемое за счет поведения оператора). Эти два аспекта предоставления в подобных случаях сплетаются в неразрывный узел: первое без второго просто не работает. Нужно ли в подобных случаях в целом выделять производное абсолютное право, или невозможность использования объекта без выполнения контрагентом тех или иных обязательств означает, что отношения носят преимущественно обязательственный характер?

То же и с предоставлением арендодателя, который сдает помещение в торговом центре для размещения магазина: безусловно, он предоставляет арендатору право владеть и пользоваться помещением (казалось бы, производное абсолютное право на вещь), но эта

часть предоставления лишена смысла, если арендодатель не обеспечит помещение тепловой и электрической энергией, не откроет торговый центр для сторонних посетителей, не будет обеспечивать функционирование парковки, безопасность на входе в торговый центр, ремонт общей кровли при ее протекании и т.п. (обязательства арендодателя). Мы в России, так же как и во многих других странах, достаточно давно живем в условиях, когда предоставление арендодателя (наймодателя) не сводится только к передаче вещи во владение арендатора, но, как правило, предполагает также дополнительные обязательства обеспечить в тех или иных аспектах спокойное владение и пользование (либо только пользование). Суды из толкования многих договоров аренды выводят дополнительные обязательства собственника обеспечить спокойное владение и пользование, говорят о применении ст. 328 ГК РФ при нарушении арендодателем таких обязательств, о взыскании убытков при таком нарушении по правилам гл. 25 ГК РФ (см., например, определения СКЭС ВС РФ от 8 декабря 2014 г. № 302-ЭС14-735, от 27 июля 2020 г. № 305-ЭС20-153, от 16 июня 2020 г. № 310-ЭС19-16588, от 29 января 2019 г. № 305-ЭС18-16642), т.е. задействуют весь разработанный инструментарий обязательственного права. Иначе говоря, в таких договорах предоставление арендодателя носит комплексный характер и идет намного дальше простого наделения легальной возможностью владеть объектом чужого права собственности и использовать его.

1.20. Обязательство и ограниченное вещное право

Очень сложным и связанным во многом с предыдущим является вопрос об ограничении обязательственного права от ограниченного вещного права (например, сервитут, оперативное управление, жилищные зуфрукты по ЖК РФ и др.).

Ограниченное вещное право, как правило, возникает на основании соглашения между собственником и контрагентом, но в ряде случаев возникает и в силу накопления иного состава (например, установление сервитута по суду). По традиционному воззрению ограниченное вещное право обременяет право собственности, следует за ним при переходе права собственности.

Как определить критерии квалификации ограниченного вещного права, отличающие его от права обязательственного? И насколько принципиально это различие в принципе? К сожалению, по данным вопросам российское право далеко от консенсуса. Ведутся споры и в зарубежном праве.

В принципе, есть два основных подхода к концептуализации такого правового феномена как ограниченное вещное право.

1.20.1. Понимание ограниченного вещного права как следующего за правом собственности на вещь его обременения

Согласно одному из подходов ключевой критерий выделения ограниченных вещных прав состоит в следовании тех или иных прав управомоченного лица за принадлежащим другой стороне правом собственности на индивидуально-определенную вещь и формирования обременения права собственности.

В контексте такого объяснения обладатель ограниченного вещного права может противопоставить свои права не только собственнику вещи, с которым у него заключен договор об установлении ограниченного вещного права (или чья собственность обременена таким ограниченным вещным правом напрямую в силу закона или судебного решения), но и всем последующим приобретателям права собственности на эту вещь, если приобретатель был или должен быть осведомлен о таком праве, например, в результате регистрации этого права или в силу видимости наличия такого права, образующейся по факту наличия у обладателя ограниченного вещного права владения¹.

При этом среди таких следующих за правом собственности на вещь обременений выделяются:

а) те, содержание которых состоит в предоставлении возможности на законном основании владеть и пользоваться (только пользоваться, владеть в обеспечительных целях, владеть в ожидании дальнейшего приобретения права собственности) вещью собственника, сопровождающейся обязанностью собственника не препятствовать реализации таких правомочий; а также

б) те, которые состоят в обязанности собственника к совершению иных, не связанных с обеспечением доступа другой стороны к вещи, предоставлений.

В первом случае обладатель ограниченного вещного права получает непосредственное, пусть и усеченное господство над вещью и осу-

¹ Если законодатель предусмотрел регистрацию такого права, обеспечиваются публичность и вменение знания о праве любому потенциальному приобретателю вещи, и, соответственно, в силу срабатывания эффекта следования новый собственник практически гарантированно окажется обременен и вынужден будет соблюдать ограниченное вещное право. Если в силу какой-то недоработки законодателя возможности регистрации такого права нет, ограниченное вещное право может оказываться скрытым: по идее, оно не должно следовать при переходе права на вещь к субъективно добросовестному приобретателю, который не знает и не должен знать о данном праве из иных источников. Впрочем, если право включало правомочие владения, новый собственник часто не сможет апеллировать к своей добросовестности, так как нахождение вещи во владении не продавца, а третьего лица должно было покупателя насторожить и навести на мысль о наличии ограниченного вещного права.

шествляет это господство за счет своих действий, и посему налицо наделение данного лица производным абсолютным правом. От собственника требуется лишь не препятствовать владению и пользованию (либо только пользованию, либо владению в обеспечительных целях, либо владению в ожидании перехода права).

Во втором случае мы имеем возложение на собственника обязанности совершать те или иные действия или воздержаться от тех или иных действий, и договорным предоставлением является именно такое поведение собственника, а не наделение контрагента производным правом на вещь. Это значит, что здесь налицо не производное абсолютное право, а обязательственное правоотношение, пусть и наделенное эффектом следования (реальное обязательство обременяющего типа (см. о таких обязательствах п. 1.18 комментария к настоящей статье)).

При этом следует учитывать, что в ситуации наделения производным абсолютным правом на вещь в большинстве случаев собственник будет также обременен, помимо минимальной обязанности не препятствовать, еще и рядом дополнительных обязательств, следующих за правом собственности. Соответственно, разница между двумя указанными категориями проявляется в том, что в рамках второй категории мы имеем обременение, состоящее в автономном реальном (вещном) обязательстве (а не «обязательственный эскорт» наделения производным абсолютным правом на вещь).

В рамках описанной концепции феномена ограниченного вещного права обе эти категории – как производное абсолютное право на вещь, в большинстве случаев сопровождаемое тем или иным «обязательственным эскортом», так и автономное вещное обязательственное требование к собственнику, попадают в разряд ограниченных вещных прав в той степени, в которой они обладают эффектом следования и обременяют право собственности на вещь.

В рамках такой концепции в категорию ограниченных вещных прав попадает, например, сервитут, право оперативного управления, несколько поименованных в ЖК РФ в качестве вещных прав жилищных usufrуКТов, заклад (посессорный залог в форме залога или антихреза¹), право удержания вещи, а также право законного владения и использования вещи, переданной покупателю с оговоркой об удержании титула или переданной лизингополучателю по договору выкупного лизинга. К этой же категории можно отнести предлагаемые

¹ Антихрез – залог недвижимости, предусматривающий передачу предмета залога во владение залогодержателя и предоставление последнему правомочия использования предмета залога с засчитыванием полученных доходов в счет погашения обеспеченного долга.

к закреплению в ГК РФ в рамках проекта реформы вещного права, подготовленного Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Проект реформы вещного права)¹, эмпитевзис (право постоянного землепользования, представляющее собой по большому счету долгосрочную аренду земли²), узуфрукт (право личного пользования, мало чем отличающееся по существу от аренды³), а также суперфиций (право застройки, которое, по задумке разработчиков, должно выступить заменой аренды под застройку⁴). Все эти конструкции предоставляют контрагенту собственника как минимум возможности владеть и использовать (жилищный узуфрукт), либо только использовать (сервитут) вещь собственника, либо владеть ею для целей последующего присвоения или распоряжения в обеспечительных целях (как в случае с закладом или удержанием вещи), либо владеть в ожидании дальнейшего приобретения права собственности (как в случае с владением покупателя по договору купли-продажи с удержанием титула или владением лизингополучателя), т.е. наделяют его производным абсолютным правом на вещь, которое можно осуществлять своими действиями.

Также в рамках данного понимания к ограниченным вещным правам оказываются относящимися также еще и право аренды, и предоставление вещи в безвозмездное владение и пользование (ссуда), и права нанимателя жилья в том их виде, как они сейчас урегулированы российским законом. Такие обременения дают контрагенту прежде всего возможность непосредственного господства над вещью, т.е. право на вещь, чаще всего дополняемое различными обязательственными-

¹ Текст проекта, опубликованный в 2019 г., см.: <http://privlaw.ru/povestka-47/>.

² Согласно ст. 299 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права «правом постоянного землевладения является право владения и пользования чужим земельным участком, устанавливаемое бессрочно или на определенный срок для ведения сельскохозяйственного производства, лесного хозяйства, организации рыболовства, рыбоводства, охоты, создания особо охраняемых территорий, а также для иных предусмотренных законом целей, достижение которых связано с использованием природных свойств и качеств земельного участка».

³ Согласно ст. 302 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права «собственник недвижимой вещи вправе предоставить другому лицу – гражданину, а в случаях, установленных законом, – некоммерческой организации (пользователю) право личного владения и пользования такой вещью».

⁴ Согласно ст. 300 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права «правом застройки является право владения и пользования чужим земельным участком в целях возведения на нем здания или сооружения и его последующей эксплуатации»; «лицо, имеющее право застройки, вправе возводить на чужом земельном участке как одно, так и несколько зданий и сооружений, если иное не предусмотрено договором об установлении права застройки».

ми правами в отношении собственника. Кроме того, за некоторыми исключениями (например, передача в ссуду помещения), такие права в отношении недвижимости регистрируются в ЕГРН как обременения недвижимости. Наконец, такие права, согласно ГК РФ, следуют за правом собственности на вещь и дают обладателю таких прав возможность защищать свое право против атак со стороны третьих лиц (включая вещные иски согласно ст. 305 ГК РФ).

Но самое интересное состоит в том, что на основании такого широкого понимания к ограниченным вещным правам окажутся относящимися и права получателя ренты, и право собственника служащего участка на получение платежей за сервитут, и приватизационные ограничения на использование перешедшего в частную собственность объекта, и любые иные права, в рамках которых некое лицо вправе требовать осуществления того или иного активного или пассивного предоставления от того, кто является или будет являться собственником данной вещи (эффект следования), включая пока отсутствующие в российском праве, но предлагаемые к включению в ГК РФ в качестве ограниченных вещных прав в рамках Проекта реформы вещного права право вещных выдач¹, право на приобретение чужой недвижимой вещи², негативные сервитуты³. А это уже классические вещные, реальные обязательства, обременяющие право собственности. Достаточно сложно представить себе, что, скажем, плательщик ренты выступает не в качестве должника по обязательству. Вряд ли логично предполагать, что у обладателя права вещных выдач, которому собственник ресторана обязан на основании договора бесплатно наливать кружку пива каждый день до конца жизни, к ресторатору не имеется обяза-

¹ Согласно ст. 305 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права «право вещной выдачи предоставляет его обладателю возможность периодически получать от собственника недвижимой вещи имущественное предоставление в форме товара, денег, работ или услуг в определенном размере (объеме), а в случае неполучения такого предоставления – правомочие распорядиться этой вещью путем обращения на нее взыскания в порядке, предусмотренном для ипотеки».

² Согласно ст. 304 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права «на основании права приобретения чужой недвижимой вещи лицо имеет исключительное перед другими лицами право на приобретение этой вещи в свою собственность».

³ Негативный сервитут на основании договора обязывает собственника служащего участка воздерживаться от осуществления на участке той или иной деятельности или того или иного использования данного участка (например, возводить на нем те или иные строения, затенять соседний, принадлежащий контрагенту участок). Согласно ст. 301.1 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права в силу сервитута собственник господствующей вещи имеет право самостоятельно пользоваться служащей вещью (положительный сервитут) и (или) запрещать собственнику служащей вещи пользоваться такой вещью определенным образом (отрицательный сервитут).

тельственого притязания. Ключевое содержание права контрагента собственника в таких случаях — это право требования к собственнику, осуществляемое за счет поведения собственника. Очевидно, что речь идет об обязательстве, которое в отношениях между сторонами будет защищаться обычными обязательственными средствами защиты (иногда присуждение к исполнению в натуре, в других случаях — взыскание убытков по правилам гл. 25 ГК РФ)¹.

При использовании такого критерия к категории ограниченного вещного права следует отнести целый ряд иных вещных обязательств обременяющего типа, известных зарубежному праву, будь они рецепированы в российском праве (например, «квалитативные обязательства», закрепленные в голландском праве).

Итак, получается, что в рамках такой широкой интерпретации ограниченного вещного права — это, во-первых, осуществляемые собственными действиями производные абсолютные права *на вещь* (право владения и использования чужой вещи, право использования чужой вещи без полноценного владения, право владения для целей последующего распоряжения чужой вещью или ее присвоения и т.п.), а, во-вторых, это право, вытекающее из вещного обязательства, удовлетворяемое за счет *поведения* собственника (т.е. обязательства, которое в силу закона обладает эффектом следования за правом собственности на вещь).

Следует сказать, что Проект реформы вещного права следует в русле описанной концепции. Принятие Проекта реформы вещного права окончательно подтвердит, что при квалификации прав в качестве ограниченных вещных во главу угла ставится эффект следования, и к ограниченным вещным правам могут относиться как производные абсолютные права на вещь, так и обычные вещные, реальные обязательства, обременяющие право собственности на вещь (т.е. обязательства, в рамках которых пассивная сторона обязательства определяется фигурой собственника вещи). Проект, судя по всему, рецепирует этот широкий подход из немецкого права, относящего к категории ограниченных вещных прав те самые вещные выдачи (*Reallast*).

1.20.2. Узкое понимание: ограниченное вещное право как производное абсолютное право в отношении вещи

Но есть и другое понимание ограниченного вещного права, более радикально разграничивающее обязательственное право и ограничен-

¹ Это, кстати, напрямую следует из п. 1 ст. 305.5 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права, согласно которому «в случае нарушения собственником недвижимой вещи обязанности по имущественному предоставлению к отношениям сторон применяются правила об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств (глава 25)».

ное вещное право. Согласно этому подходу, ограниченное вещное право — это далеко не всякое право, обременяющее право собственности на вещь за счет эффекта следования и противопоставимое приобретателям вещи и иным третьим лицам, а только такое право, которое может быть представлено как производное абсолютное право, оформляющее хотя бы частичное непосредственное господство лица над вещью. Вещные обязательства обременяющего типа к ограниченным вещным правам отнесены, согласно такому пониманию, быть не могут. Соответственно, в рамках такой концепции раз ограниченное вещное право — это право вещное, то оно непременно абсолютное и закрепляющее ту или иную меру непосредственного господства лица над чужой вещью, осуществляемое за счет собственных действий обладателя такого права в отношении соответствующей вещи, а не за счет задолженного поведения некоего должника. Предоставление ограниченного вещного права представляет собой наделение контрагента на срок или бессрочно тем или иным набором правомочий, которые входят в состав стандартного набора правомочий собственника в отношении вещи и реализуют его господство над вещью.

Если придерживаться такого критерия выделения ограниченного вещного права, то к ограниченным вещным правам следует отнести, в частности, права посессорной или даже непосессорной аренды недвижимости или даже движимых вещей, ссуды, найма жилья, сервитута, несколько жилищных узुфруктов, предусмотренных в ЖК РФ, права оперативного управления или хозяйственного ведения, посессорного залога (заклада или антихреза), удержания, владения и пользования вещью, проданной с оговоркой об удержании титула или предмета выкупного лизинга, а также пока отсутствующие в российском законодательстве права из иных видов узуфрукта, суперфиция (права застройки) и эмпфитевзиса, так как все эти права предоставляют несобственнику правовую возможность удовлетворить свой интерес в отношении вещи за счет своих собственных действий, а не того или иного поведения собственника.

И наоборот, при использовании таких критериев дифференциации к ограниченным вещным правам нельзя отнести ренту, а также предлагаемые в рамках Проекта реформы вещного права к отнесению к категории ограниченных вещных прав право вещных выдач, негативный сервитут, а также право на преимущественное приобретение чужой недвижимости (как минимум если речь не идет о ситуации, когда приобретатель уже наделен владением и ожидает регистрации права собственности), так как в рамках всех этих конструкций управомоченное лицо не имеет непосредственного господства над вещью,

а имеет следующее за правом собственности на вещь обязательственное требование к собственнику, которое удовлетворяется за счет того или иного поведения собственника.

Более того, в рамках реализации такого подхода будет, как минимум, поставлен под сомнение широко распространенный тезис о том, что непосессорный залог представляет собой ограниченное вещное право.

1.20.3. Некоторые выводы

В общем и целом данная проблематика классификаций правовых институтов вызывает сейчас в российской науке споры. В конечном итоге это вопрос конвенциональной семантики правовых понятий.

Если пытаться акцентировать отмеченное выше различие характера ключевого предоставления собственника (наличие или отсутствие наделения производным абсолютным правом на вещь), то можно придерживаться узкого подхода и называть ограниченным вещным правом только производные абсолютные права на вещь, которые дают контрагенту ту или иную меру непосредственного господства над вещью и удовлетворяются за счет собственного поведения контрагента, направленного на владение вещью собственника и ее использование (либо только использование, либо владение для целей последующего распоряжения или присвоения), а остальные следующие за правом собственности на вещь обременения, носящие сугубо обязательственный характер, относить к категории вещных обязательств. Тогда ограниченное вещное право будет концептуально противопоставлено праву обязательственному и с ним смешиваться не будет. Это решение кажется предпочтительным, логичным и последовательным.

Но, конечно, мир не перевернется, если мы будем придерживаться расширенного подхода и будем к ограниченным вещным правам относить и вещные обязательства (как то следует из Проекта реформы вещного права). В таком случае признак «вещности», который обнаруживается в обеих категориях прав, проявляется не в абсолютности права, а в противопоставимости обязательства, прежде всего в эффекте следования. Но если законодатель в рамках реформы ГК РФ решится реализовать эту концепцию, в закон закрадется несколько ключевых противоречий.

Во-первых, если законодатель в рамках реформы не лишит права арендатора, нанимателя или ссудополучателя эффектов противопоставимости и следования, то неотнесение этих конструкций в рамках Проекта реформы вещного права к списку ограниченных вещных прав объяснить логически просто невозможно.

Во-вторых, если Кодекс станет явно и недвусмысленно относить к вещным правам вещные обязательства обременяющего типа, в тексте Кодекса возникнет явное классификационное противоречие. Помимо тех ограниченных вещных прав, которые будут упомянуты в соответствующем «вещном» разделе ГК РФ, никуда не исчезнут и иные вещные обязательства, предусмотренные множеством иных законодательных норм, но почему-то ограниченными вещными правами Кодексом не называемые. С учетом постоянного расширения числа известных закону реальных обязательств обременяющего типа окажется, что сама идея перечислить в Кодексе исчерпывающим образом ограниченные вещные права в некоем одном разделе будет заранее обречена на неудачу.

В-третьих, отнесение к категории ограниченных вещных прав вещных обязательств вступает в явное противоречие с тем определением вещного права, которое закрепляет Проект реформы вещного права (п. 1 ст. 221 ГК РФ в редакции Проекта реформы вещного права): «Вещное право предоставляет лицу непосредственное господство над вещью и является основанием осуществления вместе или по отдельности правомочий владения, пользования и распоряжения ею в пределах, установленных настоящим Кодексом». Как представляется, в контексте права на приобретение чужой недвижимости никакого непосредственного господства над объектом нет, и то же в случае вещных выдач.

В-четвертых, при реализации такого подхода возникает трение с традиционным разграничением вещных и обязательственных прав.

Остается отметить, что иногда обсуждают и некоторые дополнительные признаки ограниченных вещных прав. Например, обращают внимание на то, что ограниченное вещным правом является право, содержание которого жестко регламентировано и степень свободы договора в этом отношении сильно ограничена. С таким признаком согласиться сложно. Вопрос о типизации и стандартизации содержания соответствующих отношений, которым законодателем придаются эффекты противопоставимости и следования, это не критерий квалификации права в качестве вещного, а вопрос законодательной политики в области регулирования тех или иных вещных или иных правоотношений. Законодатель может предельно жестко урегулировать содержание отношений, скажем, по сервитуту в целях снижения трансакционных издержек на выявление содержания обременения, ограничив фантазию сторон соглашения, которые пожелают зарегистрировать такие права и противопоставить их третьим лицам, но может допустить и значительную свободу договора. Например, в сфере регулирования залога сейчас признается значительная свобода договора и стороны могут конструировать содержание отношений сторон в достаточно широких рамках, очерчиваемых импе-

ративными нормами закона. Конечно, отрицать то обстоятельство, что наличие эффекта следования может обуславливать политико-правовую обоснованность более интенсивного ограничения свободы договора, чем в контексте обычного обязательственного правоотношения, сложно, но то, как следует регулировать те или иные конструкции, не может быть признаком квалификации права. Так что назвать интенсивность ограничения свободы договора и упрощение и стандартизацию содержания программы договорных правоотношений в качестве некоего *обязательного* признака ограниченного вещного права сложно. Более того, в условиях государственной или иной регистрации, обеспечивающей публичность факта наличия обременения вещи и возможность для заинтересованных лиц, обратившись к регистрационному делу при наличии доверенности от одной из сторон договора, изучить все детали содержания такого обременения, потребность в таком упрощении и жесткой регламентации содержания правоотношения, как представляется, постепенно снижается.

Возможность регистрации права также не является критерием квалификации права в качестве ограниченного вещного. Это скорее опять же пожелание к законодателю установить возможность регистрации противопоставимого третьим лицам и обременяющего вещь права, дабы раскрыть потенциал соответствующей конструкции и сбалансировать интересы сторон и третьих лиц. В ряде случаев ипотека может оказаться незарегистрированной, залог движимости долгие годы в принципе невозможно было опубликовать, ссуда недвижимости (за некоторыми исключениями) не регистрируется. Такие ситуации следует минимизировать, необходимо обеспечить возможность опубликования противопоставимых третьим лицам прав, ибо без такого опубликования противопоставимость начинает буксовать и сталкивается с соображениями защиты субъективно добросовестных третьих лиц. Но наличие или отсутствие такой системы опубликования не является условием квалификации права в качестве вещного. Иначе получается, что мы желательный элемент правового режима правоотношения пытаемся выдать за сущностный критерий квалификации самого этого правоотношения, и телега оказывается впереди лошади.

2. Основания возникновения обязательства

Пункт 2 комментируемой статьи определяет возможные основания возникновения гражданско-правовых обязательств. Здесь ГК РФ упоминает, конечно, договор или иную сделку, причинение вреда, неосновательное обогащение, но также делает отсылку и к иным основаниям, предусмотренным в Кодексе.

Говоря об основаниях обязательств, следует разделять два разных явления.

Во-первых, следует выделить *нормативно-правовое основание обязательства*. Для возникновения любого обязательства необходимо наличие правовой нормы, вытекающей из международного договора, ГК РФ, иного закона, при определенных условиях подзаконного нормативного правового акта, обычая, принципов права (прежде всего принцип доброй совести) и задающей правовое основание для признания относительной связи нескольких лиц в качестве имеющей правовое значение. Эти правовые источники определяют конкретный набор обстоятельств, составляющих фактический состав, накопление которого влечет возникновение обязательства, которое будет признаваться в праве.

При этом крайне важно обратить внимание на то, что правовым основанием обязательства может быть не только правовая норма с конкретной гипотезой и диспозицией, вытекающая из норм официального позитивного права или обычаев, но универсальные принципы гражданского права, прежде всего принцип доброй совести. В силу п. 3 ст. 1, п. 3 ст. 307, а также п. 2 ст. 6 ГК РФ суд наделен компетенцией дедуктивного выведения из общих принципов права конкретных предписаний и запретов, в том числе обязательственных. Так как в конечном итоге эта компетенция судов опирается на указанные выше нормы Кодекса, получается, что сам Кодекс выступает в качестве правового основания для выведения таких обязательств. Например, из закона напрямую не следует, что должник должен уведомить кредитора о наступлении обстоятельств непреодолимой силы, но, как верно отметил ВС РФ, из принципа доброй совести легко выводится обязательство такое извещение своевременно направить и ответственность за нарушение данного обязательства (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Во-вторых, от правового основания следует отделить *непосредственное основание возникновения обязательства* в виде тех или иных обстоятельств, которые в силу ГК РФ, иных законов или правовых актов, обычаев или принципов права могут дать жизнь обязательству (одиночный юридический факт или фактический состав из набора юридических фактов). Речь идет об обстоятельствах, с которыми право связывает возникновение признаваемого государством обязательственного правоотношения соответствующего типа (договор, односторонняя сделка, деликт, неосновательное обогащение, публичное обещание награды, действие в чужом интересе без поручения и др.). В комментируемой норме речь идет об основании обязательств именно в этом смысле.

При этом здесь следует сделать уточнение. В комментируемой норме указано, что такое основание возникновения обязательства, помимо тех, которые прямо упомянуты в ней, должно быть указано в ГК РФ. Это может создать ошибочное представление о том, что Кодекс имеет некую монополию на установление оснований возникновения обязательства. Но здесь следует вспомнить о ст. 8 ГК РФ, которая устанавливает юридические факты, порождающие гражданские права и обязанности. Среди прочего в данной статье упоминаются решения собраний, акты государственных или муниципальных органов, судебное решение и др. Но важнее то, что в ст. 8 ГК РФ не дается исчерпывающий перечень таких оснований, а указано на то, что гражданские права и обязанности могут возникать из действий граждан и юридических лиц, а также событий, с которыми закон или иной правовой акт связывают наступление гражданско-правовых последствий. К закону и иному правовому акту, естественно, надо добавить обычаи и принципы права. Соответственно, закрепления исчерпывающего перечня обстоятельств, являющихся фактическими основаниями возникновения обязательств, в самом ГК РФ нет и быть не может. Если не только Кодекс, но и иной закон, при определенных условиях подзаконный правовой акт, международный договор, а также обычай или принципы права (прежде всего принцип доброй совести) указывают на непосредственное основание возникновения того или иного обязательства, последнее при накоплении соответствующего фактического состава возникает.

При этом следует иметь в виду, что фактический состав, накопление которого может дать жизнь обязательственному правоотношению, нередко бывает достаточно сложным и вариативным. Например, договор может быть заключен под отлагательным условием, и тогда обязательство возникает на основании договора, но лишь при наступлении соответствующего указанного в качестве отлагательного условия обстоятельства. Иногда отлагательное условие для возникновения договорного обязательства следует из предписаний закона (условие права).

2.1. Непосредственные основания возникновения обязательства

В истории частного права предпринималось множество попыток осуществить исчерпывающую классификацию непосредственных фактических оснований возникновения обязательств. Например, со времен позднего римского права была широко известна классификация:

а) контракт;

б) квазиконтракт (к этой категории относились обязательства, похожие на те, которые возникают из договоров вроде обязательств из неосновательного обогащения или действия в чужом интересе без

поручения, обязательств, возникающих между сосособственниками, обязательств опекуна в отношении опекаемого и др.);

в) деликт;

г) квазиделикт (к этой категории относились отдельные случаи ответственности за вред в ситуациях, когда право допускает такую ответственность без вины со стороны ответчика).

Но в последние десятилетия эта четырехзвенная классификация кажется уже устаревшей и в целом оставлена в большинстве стран, не распространена она и в современном российском частном праве. Сейчас следует признать, что в целом немыслимо исчерпывающим образом описать все возможные виды непосредственных оснований возникновения обязательств. Поэтому мы далее перечислим наиболее типичные из них.

2.1.1. Договор

Закон признает, что обязательства могут возникать в силу заключенного договора, и тогда мы говорим о договорных обязательствах. Это, пожалуй, наиболее характерный и даже архетипический способ породить обязательство. Подавляющее количество норм общей части обязательственного права выведено учеными, законодателем и судами разных эпох на основе обобщения конкретных споров и казусов, возникающих в контексте сугубо договорных обязательств.

При этом далеко не всегда договорные обязательства согласованы напрямую сторонами, чаще всего они вытекают а) из установленных в законе или иных правовых актах и исполняющих программу договорных правоотношений диспозитивных или даже императивных правил, регулирующих содержание договора, которые могут применяться к отношениям сторон либо напрямую, либо по аналогии закона; б) правовых обычаев; или в) принципов права, включая принцип доброй совести (п. 2 ст. 6, п. 3 ст. 307 ГК РФ). В таких случаях вступление в договор является свободным решением всех его сторон (за исключением случаев, когда в силу закона для одной из сторон вступление в договор обязательно), и ряд обязательств или иных правовых эффектов непосредственно предопределяется автономией воли сторон договора, но в остальном программа комплекса договорных правоотношений и содержание входящих в данный комплекс обязательств определяются позитивным правом или принципами права. Это не отменяет того факта, что соответствующее обязательство носит договорную природу. Заключение договора является юридическим фактом, наступление которого является условием для возникновения обязательств, как прямо оговоренных в договоре, так и исполняющих договорные правоотношения в силу норм закона, подзаконных актов,

обычаев или принципов права. Иначе говоря, договорная природа обязательства предопределяется не тем, где закреплено обязательство, а тем, что соответствующее обязательство между сторонами возникает в связи с их вступлением в договор и либо прямо оговорено сторонами, либо дополняет согласованные сторонами правовые эффекты.

Договорные обязательства могут носить регулятивный характер и представлять собой основные или дополнительные обязательства, реализующие комплексную программу договорных правоотношений при нормальном их развитии, а могут возникать исключительно в случае нарушения указанных регулятивных обязательств, в связи с этим подобные обязательства часто именуется охранительными (например, возмещение убытков, уплата неустойки или процентов годовых по ст. 395 ГК РФ).

При этом один и тот же договор может порождать как обязательственные, так и иные правоотношения и правовые эффекты (например, вещные, секундарные). Классический пример — соглашение, в силу которого продавец переносит право собственности на вещь, которая уже находится во владении покупателя: такое соглашение порождает как непосредственный распорядительный эффект (перенос права собственности), так и продуцирует возникновение обязательств (например, обязательства по оплате). Соглашение об опционе порождает секундарное (преобразовательное) право на введение в действие основного договора, но также может порождать и множество обязательств (например, по внесению опционной премии).

2.1.2. Односторонняя сделка или иное одностороннее волеизъявление

Обязательство может проистекать из односторонней сделки (например, обязательство, возникающее на основании выдачи независимой гарантии или публичного обещания награды) или последовательности односторонних сделок (возникновение обязательств из завещательного отказа по правилам ст. 1137 ГК РФ).

Односторонняя сделка может возлагать обязательства на сторону, совершающую сделку (например, та же независимая гарантия), но некоторые односторонние сделки могут влечь возникновение обязательства у адресата такого волеизъявления. Так, например, отказ заказчика от договора подряда может привести к возникновению у подрядчика обязательства по возврату уплаченного ему аванса.

При этом односторонняя сделка может возлагать обязательства на адресата только в тех случаях, когда то или иное правовое основание позволяет это. Таким правовым основанием может быть международный договор, закон или ранее заключенный между лицом, совершающим одностороннюю сделку, и адресатом волеизъявления договор

(ст. 156 ГК РФ). Если такого специального правового основания, дающего одному лицу право навязать обязательство другому лицу, нет, то одностороннее волеизъявление не порождает обязательство (п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Вопрос о возможности совершения односторонней сделки, возлагающей обязательство лишь на совершающее волеизъявление лицо, в ситуации, когда возможность совершения такой сделки не предусмотрена в законе, ином правовом акте или заключенном между сторонами договоре, вызывает споры. Кажется, что такая опция может быть признана (например, односторонняя сделка по принятию на себя поручительства по долгу третьего лица), но вопрос в полной мере не прояснен. В п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 Суд не проводит различие в этом аспекте между односторонними сделками, обязывающими адресата, и подобными сделками, которые возлагают обязательство на лицо, совершающее волеизъявление.

Подробнее об односторонних сделках см. комментарий к ст. 154, 155 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

2.1.3. Решение собрания

Обязательства в силу положений ст. 8 ГК РФ могут проистекать из решений собраний тех или иных гражданско-правовых сообществ. Например, члены ассоциации могут на своем ежегодном собрании утвердить решение о внесении всеми членами специального целевого взноса, который должен быть направлен на достижение целей данной некоммерческой организации. Если содержание решения носит законный характер, само решение принято в рамках компетенции собрания при наличии достаточного количества голосов, и налицо иные условия для его действительности, у каждого из членов ассоциации возникает обязательство внести такой взнос, а у ассоциации как юридического лица возникает обязательственное право требования внесения такого взноса от своих членов. Другой пример — решение собрания акционеров об объявлении дивидендов.

Специфика такой особой категории сделок, как решение собрания, состоит в том, что порожденные решением собрания обязательства обременяют или наделяют правом требования всех членов данного гражданско-правового сообщества, включая тех, кто не участвовал в данном собрании, и даже тех, кто участвовал и голосовал против.

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментариев к ст. 154 и 155 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

2.1.4. Действие в чужом интересе без поручения

Также нельзя не упомянуть такие известные закону обязательства, как обязательства, вытекающие из действия в чужом интересе без поручения. Данные обязательства урегулированы нормами гл. 50 ГК РФ.

2.1.5. Причинение вреда

Обязательства, возникающие из деликта (прежде всего обязательства возместить убытки, моральный вред, опровергнуть порочащую информацию и т.п.), также являются традиционным видом обязательства. Они урегулированы прежде всего в нормах гл. 59 ГК РФ. При этом, как уже отмечалось, здесь само содержание основного обязательства носит охранительный характер, обязательство сводится к ответственности.

Как правило, деликтное обязательство возникает в тех случаях, когда происходит посягательство на абсолютное право истца, по своей природе защищаемое от атак со стороны всех и каждого. Но нередко такое обязательство возникает и в тех случаях, когда конкретное абсолютное право самого истца не нарушается, но в результате формально неправомерного или недобросовестного поведения ответчика у истца возникают убытки, как то, например, имеет место при взыскании расходов на погребение, компенсации в связи с потерей кормильца, обмане при ведении переговоров (так называемые чистые экономические убытки). В рамках системы генерального деликта для обоснования деликтной ответственности при отсутствии посягательства на абсолютные права нет необходимости обязательно обнаружить соответствующую норму закона, которая прямо допускает возмещение чистых экономических потерь. В контексте системы генерального деликта с учетом российских деталей деликтного права для возникновения охранительного обязательств из деликта необходимо установить среди прочего объективную неправомерность поведения ответчика (которая опровержимо презюмируется, если установлено посягательство на абсолютное право и налицо объективный противоправный результат; при взыскании же чистых экономических потерь, как правило, она должна устанавливаться путем сопоставления поведения ответчика с установленными в источниках правах или следующими из принципов права стандартами поведения), а также вину ответчика (отличие которой от объективной неправомерности поведения вызывает жаркие научные дискуссии).

В ряде исключительных случаев деликтные обязательства возникают независимо от вины (например, деликт в виде посягательства на абсолютное право, совершенный с использованием источника повышенной опасности) или даже в ситуации причинения вреда объективно правомерными действиями (например, ответственность

государства за убытки, спровоцированные правомерным поведением, в случаях, когда на основании ст. 16.1 ГК РФ такая возможность предписана законом).

По мысли законодателя, отраженной в п. 2 ст. 307.1 ГК РФ, деликтные обязательства обладают некой спецификой, в результате которой общая часть обязательственного права (нормы об исполнении, прекращении, обеспечении обязательств, уступке прав по ним и т.п.) применяется к таким обязательствам, если иное не следует из существа отношений. Впрочем, этой оговоркой можно сопроводить практически любое основание возникновения обязательств. Нормы общей части обязательственного права должны применяться к любым конкретным видам обязательств, если иное не следует из существа последних. Деликтные обязательства здесь не исключение.

2.1.6. Неосновательное обогащение, реституция и возврат полученного при расторжении договора

Обязательство вернуть неосновательно полученное или сбереженное урегулировано нормами гл. 60 ГК РФ. Это классическое основание возникновения обязательства. Например, если лицо получило денежный перевод по ошибке, оно обязано вернуть его. Если некий аванс был получен на основании договора, который является незаключенным в силу отсутствия согласия по существенным условиям, аванс должен быть возвращен. Если лицо пользовалось чужим имуществом без достаточного правового основания, оно должно выплатить собственнику соответствующую компенсацию. Примеров такого рода обязательств достаточно много, они разделяются на отдельные группы.

Особым случаем является реституция по недействительной сделке. Если по ничтожной сделке осуществляется то или иное предоставление, либо последнее осуществляется по оспоримой сделке, которая признана судом недействительной, возникает реституционное правоотношение по возврату полученного или выплате денежной стоимости полученного (ст. 166 и 167 ГК РФ). Это правоотношение также носит обязательственный характер, в связи с чем к нему применяются правила об обязательствах, на что прямо и указано в п. 3 ст. 307.1 ГК РФ (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 307.1 ГК РФ). К реституции правила гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении применяются, если иное не следует из существа реституционных отношений (ст. 1103 ГК РФ). Например, обязанность вернуть полученную цену по недействительному договору представляет собой денежное обязательство, к исполнению которого применяются общие правила о денежных обязательствах, если иное не следует из специфики такого притязания. В науке ведется спор в отношении того, является ли реституция

по недействительной сделке особой разновидностью обязательства из неосновательного обогащения, либо это некий особый институт, к которому правила гл. 60 ГК РФ применяются лишь по аналогии закона (подробнее об обязательственной природе реституции см. комментарий к п. 2 ст. 307.1 ГК РФ).

Расторжение договора также способно породить обязательства по возврату полученного, которое не возникало бы, не будь расторжения (например, обязательство по возврату неотработанного аванса при отказе от договора подряда). К таким «реверсивным» обязательствам в силу п. 4 ст. 453 ГК РФ применяются общие правила о неосновательном обогащении, если иное не следует из закона, условий договора или существа отношений. Вопрос о том, является ли данное обязательство на самом деле кондикционным или представляет собой договорное обязательство, образовавшееся в результате трансформации исходного договорного обязательства на ликвидационной стадии договорных правоотношений, вызывает споры в науке, но судебная практика в последние годы склоняется к последнему решению (подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 453 ГК РФ).

Такое же обязательство по возврату полученного возникает и при прекращении обязательства одной из сторон sinalлагматического договора невозможностью исполнения. Например, если до передачи вещи покупателя происходит случайная гибель вещи, за которую не отвечает ни одна из сторон, обязательство по передаче вещи прекращается на основании ст. 416 ГК РФ объективной перманентной невозможностью исполнения, а в силу концепции условной sinalлагмы (об условном аспекте встречности см. комментарий к ст. 328 ГК РФ) отпадает и основание для оплаты; поэтому если покупатель ранее внес за вещь цену, эта сумма должна быть возвращена (подробнее см. комментарий к ст. 416 ГК РФ).

2.1.7. Акт государственного или муниципального органа

Иногда в силу закона обязательство возникает в результате издания акта органа публичной власти. В качестве примера можно привести реквизицию (ст. 242 ГК РФ), запускающую обязательство осуществить выплату стоимости реквизируемого.

2.1.8. Комбинация оснований

Нередко указанные выше основания начинают комбинироваться. Например, договор аренды может предусматривать секундарное право арендатора своим односторонним волеизъявлением отказаться от договора, но оговаривает обязательство внести при реализации такого права плату за отказ от договора. Получается, что плата за отказ от договора является одним из договорных обязательств, но условием

для возникновения обязательства по внесению платы за отказ является односторонняя сделка – заявление арендатора об отказе от договора.

2.2. Спорные случаи

Выше мы разобрали самые очевидные примеры непосредственных оснований возникновения обязательства, но могут возникать и спорные случаи. Речь идет о ситуациях, когда между сторонами формируются определенные устойчивые тесные социальные контакты, в связи с которыми в силу закона, обычаев или принципов права формируются определенные правила поведения вовлеченных в этот устойчивый социальный контакт лиц (в виде поведенческих предписаний или запретов), и в результате применения таких правил формируется правоотношение, в рамках которого одно лицо обязано вести себя тем или иным образом по отношению к другому лицу, а последнее вправе требовать такого поведения. В нижеуказанных примерах мы сталкиваемся с развилкой и выбором между двумя путями концептуализации этих возникающих правоотношений.

Во-первых, в ряде случаев мы начинаем воспринимать соответствующие обязанности и корреспондирующие им права в качестве элементов регулятивного обязательственного правоотношения, и тогда к этим отношениям начинают применяться общие правила обязательственного права (например, об исполнении, обеспечении или прекращении обязательств), а в случае нарушения таких обязанностей речь идет о нарушении обязательства и применении правил гл. 25 ГК РФ о нарушении обязательства.

Во-вторых, можно отказываться признавать соответствующие обязанности в качестве элементов некоего вытекающего из закона, обычаев или принципов права обязательственного правоотношения, а воспринимать их как общие поведенческие ограничения наподобие правил дорожного движения, запрета на убийство, мошенничество, клевету и т.п., которые накладываются правопорядком на всех и каждого в заданных обстоятельствах и которые вынуждают нас уважать абсолютные права и защищаемые правом интересы сограждан. В этом случае нарушение таких обязанностей будет означать не нарушение некоего ранее возникшего регулятивного обязательства, а деликт, и тогда охранительное обязательство по возмещению убытков будет подчиняться не правилам гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства, а правилам гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности¹.

¹ Напомним, ключевые различия правил ответственности: а) согласно ГК РФ коммерсант несет ответственность за нарушение связанного с его предпринимательской

Но вопрос не только в правилах взыскания убытков. Обнаружение регулятивной обязательственной стадии отношений открывает возможность для применения правил ГК РФ о сроке, месте, порядке исполнения обязательств, о приостановлении встречного исполнения, о прекращении обязательств новацией, передачей отступного, прощением долга, о возможности обеспечения обязательств путем предоставления залога, поручительства, обеспечительного платежа и т.п.

Многие юристы привыкли видеть обязательства в основном только договорного свойства, не считая тех, которые прямо отнесены в комментируемой статье и Кодексе в целом к обязательствам (например, неосновательное обогащение). Недаром очень часто правила гл. 25 ГК РФ именуют правовым режимом договорной ответственности, в то время как на самом деле эти правила касаются ответственности за нарушение обязательства, которое, в свою очередь, может вытекать из множества различных фактических оснований.

Кроме того, мы легко обнаруживаем даже вне договора обязательство там, где в свете некой устойчивой социальной связи между конкретными индивидуумами закон, обычай, принцип доброй совести или иное правовое основание предписывают возникновение позитивной обязанности (например, уплатить определенную сумму), так как позитивный характер обязанности наиболее типичен как для договоров, так и для кондикционных и ряда иных бесспорных обязательств.

Там же, где те же правовые недоговорные основания предписывают запреты, возникают сомнения, и невольно кажется, что нарушение такого запрета в виде того или иного неправомерного активного поведения представляет собой деликт. Ведь архетип деликта — это именно неправомерное активное поведение в нарушение тех или иных запретов (деликт в виде бездействия в ряде случаев возможен, но это большая редкость).

Но на самом деле закон, обычай или принципы права (прежде всего принцип доброй совести) могут формировать негативные обязательства между конкретными лицами за рамками договорных правоотношений. Соответственно, мы можем обнаруживать относительную обязательственную связь между индивидуумами не только в тех случаях, когда

деятельности обязательства независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), в то время как за деликт тот же коммерсант отвечает по общему правилу только при наличии вины (ст. 1064 ГК РФ); б) более строгая ответственность за действия привлеченных на основании гражданско-правовых договоров третьих лиц в рамках правил гл. 25 ГК РФ (ст. 403 ГК РФ), чем то, что установлено в правилах о деликтной ответственности (ст. 1068 ГК РФ); в) более жесткие по отношению к кредитору требования к митигации убытков и учету совместной вины (ср. ст. 404 и ст. 1083 ГК РФ).

они связаны договором, либо некий закон прямо объявляет наличие обязательственного правоотношения, либо речь идет об обязанности заплатить, передать иное имущество, информацию или сделать что-то иное. Обязательственное правоотношение может обнаруживаться даже и тогда, когда из закона, обычаев или принципов в свете некоего тесного и устойчивого социального взаимодействия людей возникает относительное правоотношение одного конкретного лица что-то делать или не делать в пользу другого конкретного лица, а последнее вправе это поведение требовать. Если такое вытекающее из правопорядка обязательственное правоотношение налично, к нему по умолчанию применяются общие правила обязательственного права, например, соответствующее притязание может быть защищено иском о присуждении к исполнению обязательства в натуре (ст. 308.3 ГК РФ) или о наложении судебного запрета (п. 6 ст. 393 ГК РФ), оно может быть по соглашению сторон прекращено передачей отступного, новацией, прощением долга, невозможностью исполнения, и, наконец, в случае нарушения такого обязательства ответственность будет строиться по правилам гл. 25 ГК РФ, а не правилам гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности.

Другой аспект, который ранее часто скрывал остроту этой проблемы, состоит в том, что в прежние времена деликт в основном ассоциировался с посягательством на абсолютное право потерпевшего (уничтожение, порча или хищение вещи, причинение вреда здоровью, умаление чести и достоинства и т.п.). Но в последние годы российское право, очевидно, движется в сторону французской модели генерального деликта, в рамках которой любые неправомерно и виновно причиненные одним лицом убытки другому лицу подлежат возмещению при наличии причинной связи, даже если эти убытки потерпевшего не являются следствием посягательства на абсолютные права. Суды все чаще взыскивают убытки деликтным иском и в тех случаях, когда никакое конкретное абсолютное право потерпевшего не нарушено, а в ходе того или иного социального взаимодействия нарушены защищаемые от неправомерных посягательств третьих лиц его имущественные интересы (т.е. взыскиваются так называемые чисто экономические потери) (подробнее см. комментарий к ст. 15 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Эта тенденция обостряет вопрос о нахождении границы между ответственностью деликтной и ответственностью за нарушение

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 15 ГК РФ – В.В. Байбак, А.Г. Карапетов).

одним лицом подразумеваемого в силу закона, обычая или принципов права внедоговорного обязательства воздержаться от того или иного поведения, способного причинить финансовые потери другому лицу.

Соответственно, остро стоят вопросы о том, какой уровень тесноты и устойчивости соответствующего урегулированного правом социального взаимодействия мы будем считать доходящим до такого уровня, при котором между конкретными лицами мы обнаруживаем подразумеваемое (а точнее, установленное правопорядком) регулятивное обязательственное правоотношение, и каковы политико-правовые и вытекающие из них догматические критерии дифференциальной квалификации.

Пока ответа на эти вопросы у нас нет. Очевидно, что судебная практика и доктрина нащупывают эту границу скорее интуитивно, без опоры на ясный алгоритм. Далее мы попытаемся привести некоторые подобные примеры.

2.2.1. Преддоговорные обязанности

Типичный пример таких доктринальных сомнений — это правовая природа отношений на преддоговорной стадии и соответственно ответственность за недобросовестное поведение на этой стадии. В одних странах (например, в Германии) исходят из того, что, вступая в переговоры, стороны оказываются связаны вытекающими из закона и доброй совести положительными и негативными обязанностями и корреспондирующими им правами требованиями, т.е. между сторонами возникают обязательственные отношения, касающиеся обязанности добросовестного раскрытия информации о значимых обстоятельствах и запрета на предоставление недостоверной информации, запрета на ведение переговоров без реальной цели заключить договор, на недобросовестный выход из переговоров и т.п. Соответственно, в таких странах недобросовестное ведение переговоров порождает возникновение ответственности за нарушение обязательств.

В других странах (например, Франция) преддоговорный этап переговоров не считается в качестве порождающего обязательственные отношения, а недобросовестное ведение переговоров рассматривается как деликт и влечет деликтную ответственность.

Российский ГК в ст. 434.1, регулирующей преддоговорную ответственность, природу этих отношений и ответственности не определил, но ВС РФ сделал выбор в пользу французской деликтной модели. Суд не посчитал степень тесноты социального контакта сторон переговоров достаточной для того, чтобы обосновать обязательственную природу прав и обязанностей сторон переговоров (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Но споры о правильности такого

подхода продолжают (подробнее см. комментарий к ст. 434.1 ГК РФ в рамках другого тома серии # Глосса¹).

2.2.2. Корпоративные правоотношения

Право на долю участия в уставном капитале общества или право членства в иной корпорации является особым абсолютным правом (право членства в организации, основанной на членстве), которое, в свою очередь, может защищаться от неправомерных посягательств со стороны всех и каждого. Если кто-то в рамках рейдерского захвата коммерческой корпорации по подложным документам переоформил долю в ООО на себя, или приставы незаконно обратили взыскание на принадлежащие акционеру акции, продав их с торгов, будет наличие нарушение абсолютного права на долю. Если речь идет, скажем, об ООО или АО, это право членства в корпорации представляет собой абсолютное имущественное право, которое может подлежать отчуждению или залогу. Но само членство в такой корпорации обуславливает вступление участника в целый комплекс различных правоотношений (в том числе обязательственных) между собой и с самой корпорацией.

В силу п. 3 ст. 307.1 ГК РФ к требованиям, вытекающим из корпоративных правоотношений, применяются общие правила обязательственного права, если иное не вытекает из закона или существа отношений (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 307.1 ГК РФ).

2.2.3. Обязательства в сфере семейных отношений, отношений опеки и суррогатного материнства

(а) Обязательства в сфере семейных отношений

Относительные правоотношения в области семейного права разнородны. Некоторые из них имеют настолько широкие границы, что с трудом «втискиваются» в прокрустово ложе обязательства.

В СК РФ имеются общие нормы, устанавливающие скорее этический идеал, чем правило поведения, например: «Супруги обязаны строить свои отношения в семье на основе взаимоуважения и взаимопомощи, содействовать благополучию и укреплению семьи, заботиться о благосостоянии и развитии своих детей» (ст. 31).

Эта норма только частично обеспечена возможностью судебного принуждения. Нельзя заставить супругов уважать друг друга и оказывать друг другу помощь, но можно немного затруднить процедуру расторжения брака с супругой, находящейся в состоянии беременности

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 434.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

(ст. 17 СК РФ)¹, а также установить обязанность по уплате алиментов в пользу жены, находящейся в состоянии беременности или воспитывающей ребенка, не достигшего трех лет, а также в пользу нетрудоспособного супруга².

Точно так же обязанности родителей заботиться о благосостоянии и развитии своих детей имеют очень обширное содержание. Максимально тяжелой и исключительной санкцией за неисполнение родительской обязанности заботиться о детях является лишение родительских прав. Отношение родительской заботы является многоаспектным и по своей структуре отличается от обязательства. Обязанность родительской заботы одновременно является и правом.

Вместе с тем в семейном праве также имеются относительные правоотношения, по своей структуре соответствующие признакам обязательства. Это обязательства по уплате алиментов (ст. 80–120 СК РФ), обязательства из договора с приемной семьей (ст. 152–153.1 СК РФ). К отношениям, возникающим из договора о приемной семье, в субсидиарном порядке применяются нормы ГК РФ об обязательствах из договора возмездного оказания услуг, хотя, конечно, такое применение возможно, если иное не установлено специальными нормами СК РФ, а также при условии, что это не противоречит существу регулируемых отношений.

И алиментные обязательства, и обязательства из договора о приемной семье имеют заметную специфику: они очень тесно связаны с личностью участников, а важность этих обязательств для обеспечения содержания ребенка или нетрудоспособного супруга предопределяет приоритет этих обязательств в случае банкротства должника.

Модификация семейно-правовых связей в алиментное обязательство — явление в целом несколько тревожное, поскольку при нормальном развитии отношений в семье супруги помогают друг другу, а родители содержат детей без угрозы санкций со стороны государства. Трансформация общей (частично — семейно-правовой, а частично — этической, а не юридической) связи между супругами или между родителями

¹ Имеется в виду норма ст. 17 СК РФ, согласно которой «муж не имеет права без согласия жены возбуждать дело о расторжении брака во время беременности жены и в течение года после рождения ребенка».

² Согласно п. 2 ст. 89 СК РФ в случае отказа другого супруга от материальной поддержки и отсутствия соглашения между супругами об уплате алиментов право требовать предоставления алиментов в судебном порядке от другого супруга, обладающего необходимыми для этого средствами, имеют нетрудоспособный нуждающийся супруг, жена в период беременности и в течение трех лет со дня рождения общего ребенка, нуждающийся супруг, осуществляющий уход за общим ребенком — инвалидом с детства I группы.

и детьми в полноценное обязательство с денежным предметом в семейном праве — это мера вынужденная. Регулируя тонкие и сложные отношения внутри семьи, законодатель использует такое обязательство как немного грубый, но понятный инструмент. В результате заключения алиментного соглашения либо на основании судебного решения право ребенка или нетрудоспособного супруга на заботу (в том числе содержание) со стороны родителя или трудоспособного члена семьи может быть преобразовано в право на получение алиментов.

На практике интересные вопросы связаны с обратной трансформацией. Предположим, после расторжения брака и вступления в силу судебного решения о взыскании алиментов супруги помирились и супруг снова стал содержать общего ребенка добровольно. Прекращается ли обязательство по уплате алиментов? С учетом Определения КС РФ от 24 сентября 2013 г. № 1259-О нормы СК РФ не предполагают взыскания алиментов за тот период, в который ответчиком исполнялась обязанность по предоставлению содержания, в том числе при совместном проживании с ребенком.

Не погружаясь в дополнительные детали, заметим, что, таким образом, в семейном праве есть относительные связи, по своему предмету и содержанию слишком общие, чтобы считаться обязательствами (отношения взаимной любви и доверия между супругами, отношения родительской заботы о ребенке). И есть обязательства, такие как алиментные обязательства, которые при всех своих особенностях относятся к числу гражданско-правовых обязательств. Между этими двумя полюсами есть такие институты, в которых также присутствуют признаки обязательств. В частности, это отношения между законным представителем и представляемым в части осуществления законным представителем полномочий по управлению имуществом представляемого.

(б) Отношения в области опеки

Римская юриспруденция относила отношения между опекуном и подопечным к квазиконтрактным обязательствам, подопечный наделялся правом требовать от опекуна выплаты возмещения за расхищенное имущество подопечного, а также правом требовать от опекуна отчета об управлении. Эти иски подопечный мог предъявить по достижении совершеннолетия, но при необходимости подопечному, еще не достигшему возраста совершеннолетия, мог быть назначен временный опекун для того, чтобы предъявить к постоянному опекуну иск о возмещении растраченного имущества. При этом опекун отвечал только при наличии своей вины. Римское право также допускало иск опекуна к подопечному о возмещении затрат, понесенных при управлении имуществом. Этот иск тоже считался квазиконтрактным.

Правило о том, что подопечный имеет право требовать от опекуна возмещения убытков, было рецепировано многими законодательствами. Так, например, § 1833 ГГУ устанавливает, что при наличии вины опекун несет ответственность перед подопечным за нарушение своих обязанностей. Если ответственность за причиненный ущерб несут несколько лиц, они отвечают в качестве солидарных должников.

В российской судебной практике встречаются отдельные случаи предъявления подопечными (как правило, достигшими возраста процессуальной дееспособности) исков к опекунам или попечителям (в том числе к организации для детей-сирот или детей, оставшихся без попечения родителей). По мере усложнения имущественных отношений, вероятно, все чаще будут возникать вопросы о том, что законный представитель чего-то не учел, распоряжаясь имуществом подопечного. Если считать, что между опекуном и подопечным существует обязательственное правоотношение, речь пойдет не о деликте, а об ответственности за нарушение обязательства.

При решении вопросов, связанных с управлением имуществом ребенка, отношения между законным представителем и представляемым можно считать очень своеобразной разновидностью фидуциарного обязательства, возникающего в силу закона. Это фидуциарное обязательство, тесно связанное с личностью, сторонами которого являются недееспособный представляемый и его законный представитель. Законный представитель связан фидуциарными обязанностями действовать в интересах представляемого, а представляемый вправе требовать надлежащего исполнения этих обязанностей.

В частности, опекун и попечитель обязаны заботиться о переданном им имуществе подопечных как о своем собственном, не допускать уменьшения стоимости имущества подопечного и способствовать извлечению из него доходов (ч. 5 ст. 18 Закона об опеке и попечительстве).

Интенсивность этих фидуциарных обязанностей и условия освобождения законного представителя от ответственности за их неисполнение зависят от оснований возникновения отношений законного представительства и от возмездности либо безвозмездности деятельности опекуна (попечителя). Ответственность родителей и опекунов, действующих безвозмездно, целесообразно ограничить только случаями умышленно причиненного вреда. Право не должно возлагать на лиц, безвозмездно заботящихся о недееспособном, слишком тяжелые фидуциарные обязанности и карать за их нарушение. По сути, в таких случаях речь может идти лишь о запрете извлекать личную выгоду за счет представляемого.

Если опекун действует за плату (ч. 2 ст. 16 Закона об опеке и попечительстве), бремя фидуциарных обязанностей может быть несколько более тяжелым, и можно обсуждать ответственность опекуна, действующего за плату, не только в случае умысла, но и в случае грубой неосторожности.

Вместе с тем характеристика отношений опекуна и опекаемого в качестве фидуциарного обязательства касается только вопросов управления имуществом подопечного. Такие обязанности опекуна, как обязанность воспитывать ребенка, находящегося под опекой или попечительством, заботиться о здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии ребенка (п. 6 ст. 148.1 СК РФ) не входят в структуру обязательства.

(в) Обязательства из договора суррогатного материнства

Еще одним относительным правоотношением, которое только частично соответствует признакам обязательства, являются правоотношения, вытекающие из договора о суррогатном материнстве.

Согласно ч. 9 ст. 55 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» суррогатное материнство представляет собой вынашивание и рождение ребенка по договору, заключаемому между суррогатной матерью (женщиной, вынашивающей плод после переноса донорского эмбриона) и потенциальными родителями, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо одинокой женщиной, для которых вынашивание и рождение ребенка невозможно по медицинским показаниям.

Несмотря на то что право суррогатной матери на вознаграждение нигде в законе не закреплено, но не закреплен и запрет на суррогатное материнство за плату. Договором может быть предусмотрено возмещение расходов и компенсация неполученного заработка суррогатной матери, и это будут бесспорные обязательства. Вопрос о том, допустимо ли установление обязательства выплачивать полноценное вознаграждение (что иногда с определенной степенью преувеличения называют «коммерческое суррогатное материнство»), носит несколько более дискуссионный характер. Иногда предлагается считать, что договор о «коммерческом» суррогатном материнстве, предусматривающий обязательство по выплате суммы, превосходящей расходы суррогатной матери и выступающей платой за то предоставление, которое она осуществляет, вынашивая ребенка и впоследствии передавая ребенка «заказчикам», должен признаваться ничтожным по правилам ст. 169 ГК РФ как сделка, посягающая на основы нравственности в части обязательства по выплате цены; иногда предлагается считать, что все обязательства из договора о суррогатном материнстве, кроме обяза-

тельства возместить суррогатной матери расходы и компенсировать неполученный заработок, — натуральные обязательства. В некоторых зарубежных странах реализован либеральный подход, в других возмездное суррогатное материнство жестко запрещается. В практике ВС РФ вопрос о действительности условия о плате за суррогатное материнство пока не обсуждался. Если выплату цены признавать законным договорным условием, речь также пойдет о полноценном обязательстве.

Может ли быть признано предметом обязательственного правоотношения согласие суррогатной матери на регистрацию ребенка за потенциальными родителями? Спецификой этих отношений является право выбора, предоставленное суррогатной матери — дать ли согласие генетическим родителям на регистрацию события рождения либо же самой обратиться за регистрацией события рождения в органы ЗАГС и осуществлять все права матери в отношении ребенка (п. 3 ст. 52 СК РФ, п. 5 ст. 16 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»). Это правило связано с заботой об интересах ребенка, уже, вероятно, имеющего связь с выносившей и родившей его женщиной. Спор о том, насколько соответствует Конституции (и насколько разумно) данное правило, обнаружил диаметрально расходящиеся взгляды на суррогатное материнство (от одобрения до неприятия)¹. В п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 16 мая 2017 г. № 16 на этот счет сказано, что в случае, если суррогатная мать отказалась дать согласие на запись родителями указанных выше лиц (потенциальных родителей), данное обстоятельство не может служить безусловным основанием для отказа в удовлетворении иска этих лиц о признании их родителями ребенка и передаче им ребенка на воспитание. В целях правильного рассмотрения дела суду, в частности, следует проверить, «заключался ли договор о суррогатном материнстве и каковы условия этого договора, являются ли истцы генетическими родителями ребенка, по каким причинам суррогатная мать не дала согласия на запись истцов в качестве родителей ребенка, и разрешить спор в интересах ребенка». По сути, эта проблема была оставлена на усмотрение суда, рассматривающего конкретный спор. Таким образом, все споры, связанные с суррогатным материнством, решаются с учетом необходимости максимальной защиты интересов ребенка. Принцип «договоры должны исполняться» применительно

¹ См. особые мнения судей С.Д. Князева и Г.А. Гаджиева к определению КС РФ от 15 мая 2012 г. № 880-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Ч.П. и Ч.Ю. на нарушение их конституционных прав положениями пункта 4 статьи 51 Семейного кодекса Российской Федерации и пункта 5 статьи 16 Федерального закона „Об актах гражданского состояния“».

к суррогатному материнству уступает принципу наилучшего обеспечения интересов ребенка (ст. 3 Конвенции о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 г.)).

Означает ли наличие неопределенности в данном вопросе, что обязательства не препятствовать регистрации ребенка за потенциальными родителями нет? Либо корректнее говорить о том, что это специфическое обязательство, существо которого не предполагает безусловную возможность принудительного исполнения в натуре (п. 1 ст. 308.3 ГК РФ)?

Можно обсуждать вопросы о том, насколько суррогатная мать, принявшая решение не передавать ребенка потенциальным родителям, должна (или не должна) возратить вознаграждение, полученное от потенциальных родителей, и насколько она должна или не должна возместить расходы, связанные с поддержкой в период беременности (кажется, что возникновение таких обязательств бесспорно), либо моральный вред или иные убытки (это вопрос более дискуссионный).

Если мы допустим возмещение морального вреда и убытков, помимо возврата уплаченной цены или расходов (возмещение которых может быть объяснено правилами о неосновательном обогащении), то это однозначно указывает на то, что непрепятствование закреплению родительских прав за потенциальными родителями является предметом обязательства, а препятствование означает нарушение обязательства. Например, мыслимо ли, что потенциальные родители, которые столкнулись с тем, что суррогатная мать передумала отдавать ребенка и зарегистрировала рождение, признав своим ребенком, откажутся от договора, заключат замещающую сделку с другой суррогатной матерью и далее предъявят иск о возмещении убытков по правилам ст. 393.1 ГК РФ в виде ценовой разницы?

Встает также вопрос о том, можно ли признать обязательственную природу поведенческих обязанностей суррогатной матери на период вынашивания ребенка. Надо сказать, что в судебной практике уже возникал и пока остался открытым вопрос о том, могут ли быть взысканы с суррогатной матери убытки, если суррогатная мать не выполняет медицинских предписаний, что ведет к преждевременному прерыванию беременности и гибели плода, или нарушает иные подобные поведенческие обязанности, оговоренные в контракте (например, в размере стоимости медицинских процедур, необходимых для создания эмбриона). Можно ли установить в договоре и взыскивать штраф за каждый случай курения суррогатной матерью в нарушение договорного запрета? Допускается ли реализация потенциальными родителями права на отказ от договора в ответ на существенное на-

рушение суррогатной матерью своих поведенческих обязанностей в период вынашивания ребенка?

Можно ли рассматривать «принятие» потенциальными родителями рожденного ребенка их кредиторской обязанностью? И может ли наступать их ответственность в ситуации, когда они отказываются признавать ребенка своим и вступать в родительские права?

В целом, как мы видим, в этой области возникает очень много непростых вопросов. Очевидно, что применение общей части обязательственного права к таким крайне сложным и чувствительным правоотношениям возможно, но крайне осторожно, *mutatis mutandis* с учетом принципов семейного права.

2.2.4. Отношения между сособственниками и собственниками помещений многоквартирного дома. Соседские правоотношения

Соглашение о порядке владения и использования объекта общей долевой собственности (ст. 247 ГК РФ), возлагающее на последних ряд обязанностей друг перед другом, порождает правоотношения с участием ограниченного круга лиц, состоящих из взаимных обязанностей и притязаний. Без каких-либо сомнений здесь можно говорить об обязательствах.

Спор может возникать лишь в отношении того, должно ли носить данное обязательство реальный характер и следовать за правами на соответствующую долю в общей собственности. Что происходит в случае отчуждения одним из сособственников своей доли в праве? Переходят ли такие права и обязанности по заключенному соглашению на нового собственника доли? Пока российское право не содержит норм о том, что обязательства сторон такого договора следуют за правами на долю. Но вопрос о целесообразности придания таким правам и обязанностям эффекта следования как минимум в ситуации, когда приобретатель доли знал или со всей очевидностью не мог не знать о наличии соглашения в момент приобретения доли, является предметом дискуссии.

Но что, если никакого соглашения не заключено? Могут ли вытекать определенные относительные права и обязанности, связывающие сособственников, из закона, обычаев или принципов права (прежде всего принципа доброй совести)? Безусловно. Формируют ли такие права и обязанности полноценное обязательственное правоотношение между сособственниками? Или конфликты между сособственниками должны разрешаться исходя из того, что между ними не существует регулятивной обязательственной связи, а объективно неправомерное поведение одного сособственника, причиняющего убытки другому, следует рассматривать в качестве деликта? Вопрос может обсуждаться. В традиции римского права эти отношения, действительно, описы-

ваются как обязательственные, вытекающее из квазиконтракта. Если исходить из наличия обязательственной связи, то к соответствующим регулятивным правам и обязанностям будут применяться нормы общей части обязательственного права с необходимыми адаптациями, неправомерное поведение одного сособственника в отношении другого будет рассматриваться как нарушение такого обязательства, а ответственность за такое нарушение будет строиться по правилам гл. 25 ГК РФ, а не гл. 59 ГК РФ.

Та же проблема возникает и в плане квалификации отношений собственников помещений в многоквартирном доме или офисном здании. Если мы будем видеть в этих отношениях регулятивные обязательственные связи, то в случае, когда один из жителей дома регулярно перевозит в пассажирском лифте строительные материалы и нарушает иные общепринятые нормы общежития, он не совершает деликт, а нарушает обязательство.

Наконец, соседские права и обязанности, которые возникают между собственниками соседских участков, также можно при желании рассмотреть как своего рода обязательства, фигуры должника и кредитора в рамках которых определяются по праву собственности в отношении соответствующих соседских участков. Как минимум когда между соседями заключен договор, определяющий их соседские права и обязанности, наличие обязательственных правовых связей налицо. Но при отсутствии договора эти отношения могут регулироваться законом, обычаем или определяться принципом доброй совести, и вполне мыслимо обсуждение природы таких прав и обязанностей как элементов обязательственной связи. В рамках такой интерпретации злоупотребление собственником одного участка своим правом собственности, повлекшее причинение убытков соседу, может рассматриваться не как деликт, а как нарушение такого обязательства, что повлечет применение правил гл. 25 ГК РФ, а не норм гл. 59 ГК РФ.

Впрочем, вопрос в том, достаточно ли тесная и устойчивая связь наличествует между участниками подобных социальных связей (сособственники, собственники квартир или иных помещений в здании, собственники соседских участков), чтобы можно было говорить о том, что речь идет о наличии регулятивной обязательственной стадии отношений, не вполне проработан в российском праве. Уверенно ответить на этот вопрос нам мешает отсутствие четкого и ясного критерия квалификации подобных правовых связей в качестве обязательственных. Почему между сторонами переговоров мы не видим обязательственной связи, а объективно неправомерное поведение на стадии переговоров рассматриваем в качестве деликта, а взаимные права и обязанности

сособственников, собственников квартир в многоквартирном доме или соседских участков мы будем считать обязательственными? Не кроется ли ответ в устойчивости соответствующей связи? Вопрос требует более глубокой проработки. Но заметим, что как минимум в отношениях сособственников степень плотности и интенсивности отношений сторон предполагает признание за регулирующей эти отношения программой взаимных прав и обязанностей обязательственной природы.

2.2.5. Обязанности пристава-исполнителя обеспечить сохранность имущества должника

Очень специфические отношения возникают между государством и должником. Пристав-исполнитель, который арестовал движимое имущество должника, вправе изъять его у должника и отдать его на хранение третьему лицу (ст. 86 Закона об исполнительном производстве). Означает ли это, что между Службой судебных приставов и должником в этот момент возникает обязательственное правоотношение, в рамках которого пристав обязан обеспечить сохранность арестованной вещи?

Вопрос может приобрести в ряде случаев важное практическое значение. Допустим, пристав выбрал надлежащего хранителя, но далее вещь была со склада украдена третьим лицом. Отвечает ли пристав перед должником, чье имущество было утрачено? Если мы увидим в отношениях приставов и должника обязательственное отношение (например, обязательство по хранению в силу закона на основании ст. 906 ГК РФ), то будет налицо нарушение обязательства, а должник при нарушении обязательства согласно ст. 403 ГК РФ отвечает за поведение любого третьего лица, которое должник привлек к исполнению своего обязательства. Соответственно, при такой интерпретации иск должника к Службе судебных приставов о возмещении убытков в связи с утратой арестованной вещи должен быть удовлетворен, даже несмотря на то, что никакой вины в поведении самих приставов не было. Если бы речь шла о деликтной ответственности, то Служба судебных приставов ушла бы от ответственности, так как за деликт привлеченного по гражданско-правовому договору исполнителя заказчик перед потерпевшими не отвечает (ст. 1068 ГК РФ).

Судебная практика ВС РФ сделала однозначный выбор в пользу применения правил ст. 403 ГК РФ и гл. 25 ГК РФ в целом, отвергнув деликтную интерпретацию. Это значит, что соответствующее регулятивное обязательство по обеспечению сохранности арестованной вещи, по мнению ВС РФ, в момент изъятия вещи у должника возникает (Определение СКГД ВС РФ от 21 июля 2020 г. № 67-КГ20-5). Со ссылкой на правила гл. 25 ГК РФ и ст. 403 ГК РФ ВС РФ взыскивает убытки при утрате арестованного не только в пользу должника,

но и третьего лица, чье имущество было необоснованно арестовано (Определение СКГД ВС РФ от 26 сентября 2017 г. № 88-КГ17-8) и даже взыскателя (Определение СКЭС ВС РФ от 12 декабря 2014 г. № 309-ЭС14-2903). Такой же подход применяется и к иным случаям изъятия государственными органами вещей частного лица, размещения их на хранение третьим лицам и последующей порчи или утраты по вине хранителя (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2011 г. № 145). В Постановлении Президиума ВАС РФ от 27 июля 2010 г. № 13466/08 Суд прямо указал на то, что между приставами и должником при изъятии арестованной вещи возникает обязательство по хранению.

Как отнестись к такой линии судебной практики? Здесь мы оказываемся на очень зыбкой почве. Государственные органы получают власть над имуществом и личностью частных лиц очень часто и по многочисленным основаниям. Реализация таких властных полномочий развивается в плоскости публичного, а не частного права. Если каждый раз, когда государство реализует свою власть, мы будем имплицировать при этом возникновение обязательственного гражданско-правового отношения, предметом которого будет забота об абсолютных правах частного лица, а причиненный ущерб имуществу или личности будет возмещаться по правилам гл. 25 ГК РФ, не зайдем ли мы слишком далеко? Не будем ли мы вынуждены следующим шагом признать обязательственную природу отношений тюрьмы и заключенного, проводящего проверку лицензирующего органа и соответствующего лицензиата, следователей, изымающих улики преступления, и обвиняемого, чья вещь была изъята, и т.п.? Не корректнее ли все-таки в данной области говорить о публично-правовых отношениях, деликте публичного образования при отправлении своих публично-правовых функций и ответственности по правилам деликтного права?

Проблема, которую пытались решать суды в указанных выше судебных актах, состоит в том, что характерные для договорной ответственности правила строгой ответственности за вину третьих лиц кажутся в таком контексте ответственности государства более уместными, чем более мягкие правила ст. 1068 ГК РФ в рамках классического режима деликтной ответственности. Но, возможно, эту проблему можно было бы решить, просто истолковав правила ст. 1068 ГК РФ таким образом, что ответственность публичного образования при посягательстве на абсолютные права частных лиц при осуществлении властных полномочий должна основываться на идее строгой ответственности за вину третьих лиц, на которых публичное образование возложило реализацию тех или иных своих функций. Этот вопрос становится тем

более актуальным, чем чаще государство делегирует свои публичные функции частным компаниям.

В целом вопрос требует более пристального анализа.

2.3. Активная стадия защиты вещного права

В случае посягательства на абсолютное право возникает обязательственное правоотношение по возмещению убытков при наличии условий для привлечения к деликтной или в ряде ситуаций договорной ответственности. Но в силу норм вещного права право собственности может защищаться против посягательств третьих лиц негативным или виндикационным иском (ст. 301, 302 ГК РФ). Что происходит, если собственник был лишен владения, обнаруживает свою вещь у третьего лица и требует ее вернуть? Очевидно, что, если у владельца нет оснований защищать свое владение ссылкой на истечение давности, сослаться на то или иное основание законного владения, а также не сработал механизм возмездного приобретения права собственности в силу доброй совести (ст. 302 ГК РФ), незаконный владелец не вправе удерживать вещь и обязан ее вернуть добровольно, а собственник вправе требовать возврата вещи. Если вещь добровольно возвращена не будет, собственник может заявить виндикационный иск и защитить свое право собственности путем отобрания владения в судебном порядке.

Кроме того, право собственности может быть нарушено неким лицом без лишения владения (например, путем складирования груза перед въездом на участок собственника), и в этом случае собственник вправе требовать от нарушителя прекращения данного нарушения, а нарушитель обязан прекратить поведение, нарушающее право собственности. Если он этого не делает, собственник может принудить нарушителя к прекращению посягательства посредством негативного иска по ст. 304 ГК РФ.

В описанных примерах абсолютное право, защищаемое против атак со стороны всех третьих лиц, трансформируется в конкретное относительное охранительное притязание собственника к вполне определенному лицу (незаконному владельцу или лицу, чье поведение нарушает право собственности без лишения владения), которому противостоит обязанность последнего вернуть владение или прекратить посягательство, не связанное с лишением владения. Можем ли мы назвать эту связку притязания и долга особым охранительным обязательственным правоотношением, которое формируется в результате нарушения абсолютного права? Во многих зарубежных странах отвечают на этот вопрос утвердительно.

Российские суды нередко сталкиваются с ситуациями, когда после инициации виндикационного или негативного иском меняется соб-

ственник истребуемой вещи или меняется обладатель вещи, которая своим существованием нарушает право собственника без лишения владения, и встает вопрос о возможности процессуального правопреемства (в первом случае истца, во втором – ответчика). ВС РФ такое правопреемство допускает (Определении СКГД ВС РФ от 2 августа 2016 г. № 36-КГ16-8). Впрочем, возможность процессуального преемства сама по себе еще не означает признание обязательственного характера притязания и наличие преемства в таком обязательстве.

В то же время в практике ВС РФ встречаются иные примеры распространения норм обязательственного права на отношения, связанные с реализацией защиты вещного права вещным иском. Так, например, в п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указано на то, что судебная неустойка (так называемый астрент), предусмотренная законом (ст. 308.3 ГК РФ) на случай присуждения судом ответчика к исполнению обязательства в натуре, может применяться и к ситуациям удовлетворения негаторного иска (подробнее об астренте см. комментарий к п. 1 ст. 308.3 ГК РФ). Но и этот пример не носит в свете актуального состояния законодательства решающий характер, так как сейчас астрент закреплен в ГПК РФ и АПК РФ и в принципе уже не связан с сугубо обязательственной природой требования.

В целом обязательственный подход может показаться логичным, хотя ряд деталей требует обсуждения. Например, возможна ли уступка виндикационного притязания без переноса права собственности по консенсуальной модели? В некоторых странах (например, Германия) такая опция признается, и подобная уступка является способом распорядиться вещью, находящейся в незаконном владении третьего лица. Но кажется, что в российском праве в этой сложной модели нет необходимости. Пункт 1 ст. 223 ГК РФ допускает согласование в договоре момента перехода права собственности на вещь, не связанного с передачей владения. И среди различных вариантов право должно признавать и возможность переноса права собственности по консенсуальной модели на вещь, которая утеряна, украдена неизвестным лицом или находится в незаконном владении известного третьего лица. В такого рода случаях в обязанности продавца в принципе не входит передача владения: продавец просто переносит титул на покупателя, и тот уже атакует незаконного владельца виндикационным иском как собственник (как то имеет место в случае абандона в страховании). Иначе говоря, если верно это суждение, уступка виндикационного притязания без переноса права собственности – избыточное усложнение. Впрочем, этот вопрос спорен.

Другой вопрос — возможность применения к виндикации правил о прощении долга и вещные последствия такового. Если виндикация — это обязательственное правоотношение, может ли собственник и незаконный владелец заключить соглашение о прощении долга по возврату вещи и если да, то что произойдет с собственностью в таком случае? Кажется, что в таком случае собственность должна считаться перенесенной на незаконного владельца. Но не означает ли это, что речь идет не о прощении долга, а о заключении соглашения о консенсуальном переносе права собственности? Похожий вопрос возникнет и при попытке применения к этим отношениям правил о прекращении обязательства путем передачи отступного или новации. Вопрос требует более глубокой проработки.

Сложность еще состоит и в том, что российское право (ст. 305 ГК РФ) предоставляет указанные вещные варианты защиты права не только собственникам, но и законным владельцам (включая арендаторов), а судебная практика предоставляет такие способы защиты даже лицам, владеющим вещью в условиях течения срока приобретательной давности (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). В этом плане вещный эффект прощения долга, передачи отступного или новации вряд ли возможен, так как у кредитора нет распорядительной власти.

В целом, не погружаясь в разбор всех этих деталей, можно предположить, что целый ряд общих норм об обязательствах к виндикационным или негаторным требованиям может применяться лишь с серьезными адаптациями.

В целом в российском праве нет консенсуса по данному вопросу. Выдвигается точка зрения, согласно которой нет необходимости вещные способы защиты права собственности концептуализировать в качестве обязательственного охранительного правоотношения и достаточно точно применять по аналогии некоторые нормы об обязательствах. Но концепция обязательств *sui generis* кажется более корректной.

2.4. Роль судебного решения как источника возникновения обязательства

Очень часто в фактический состав обязательства входит вступление в силу решения суда, именно оно является непосредственным основанием возникновения обязательства. При этом иногда решение суда является альтернативным юридическим основанием для возникновения обязательства определенного вида, и то же по содержанию обязательство может возникнуть и без решения суда при накоплении альтернативного фактического состава. Например, обязательство вернуть предоплату в рамках последствий расторжения часто может

возникнуть в связи с расторжением договора поставки как в результате одностороннего внесудебного отказа от договора, так и по итогам удовлетворения иска о расторжении (если пострадавшая от нарушения договора сторона решила не реализовывать свое секундарное право на внесудебный отказ от договора, а предъявить преобразовательный иск о расторжении в суд). Или, как уже отмечалось, договорное обязательство по основному договору, заключаемому на основании предварительного договора, может возникнуть либо в случае добровольного удовлетворения требования управомоченной стороны и заключения договора по воле обеих сторон, либо при уклонении обязанной стороны – в результате вступления в силу решения суда о введении основного договора в действие (ст. 429, 445 ГК РФ).

Но есть такие обязательства, которые в силу закона или принципов права может «запустить» только суд, до вынесения судебного акта такого обязательства попросту нет. Это, например, обязательство уплатить судебную неустойку на случай неисполнения судебного решения (астрент) согласно п. 1 ст. 308.3 ГК РФ или обязательство по реституции полученного по эффективно аннулированной судом оспоримой сделки

При этом судебное решение, как правило, является лишь дополнительным элементом фактического состава, завершая этот состав, до самого судебного решения должны наступить те или иные обстоятельства, дающие суду основание вынести решение, запускающее обязательство. Кроме того, за редким исключением, обязательство подобного рода порождается судебным актом на основании соответствующего волеизъявления одной из сторон процесса. Например, чтобы решение суда о признании сделки недействительной запустило обязательство по реституции, необходимо накопление состава в виде подачи иска об оспаривании сделки управомоченной стороной, для наложения астрента необходимо соответствующее процессуальное волеизъявление истца. Так что движущей силой, создающей обязательство, в конечном итоге в большинстве случаев является воля соответствующей стороны спора. Исключения крайне редки, но встречаются (например, суд может присудить ответчика к уплате штрафа за добровольное неудовлетворение прав потребителя по собственной инициативе).

3. Добросовестность в обязательственном праве

Согласно п. 3 ст. 307 ГК РФ при установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию. По сути,

здесь законодатель подтверждает действие в отношении обязательственных правоотношений общего принципа добросовестности, закрепленного в ГК РФ 1 марта 2013 г., в п. 3 ст. 1 ГК РФ, одновременно несколько кристаллизуя смысл этого принципа.

Принцип добросовестности в обязательственных отношениях, подразумевающий в том числе обязанность сотрудничества, информационные или иные обязанности и т.п., известен примерно в том же общем виде большинству континентально-европейских стран и закреплен в международных актах унификации частного права (ст. III.–1:103, III.–1:104 Модельных правил европейского частного права, ст. 1.7 Принципов УНИДРУА).

Принцип добросовестности при его применении на стадии установления, исполнения или после прекращения обязательства является источником возникновения тех или иных не зафиксированных в законе или договоре обязанностей, условий, правил и ограничений. Иначе говоря, принцип добросовестности – это источник формирования прав и обязанностей. Из принципа добросовестности могут вытекать как те или иные запреты и предписания, нарушение которых будет признаваться деликтом, так и полноценные обязательства. В основном это дополнительные организационные, информационные обязанности, обязанности обеспечить безопасность, сотрудничество и т.п. и корреспондирующие им права, но в принципе из доброй совести могут вытекать и дополнительные обязательства, направленные на осуществление экономического предоставления (например, возмещение расходов). Этот же принцип может уточнять и конкретизировать те или иные закрепленные в договоре или законе обязательства (обязанности), а также являться ограничителем в осуществлении тех или иных прав. Наконец, он может являться источником возникновения иных гражданских прав (например, вторичных).

3.1. Добросовестность на стадии установления обязательства

Действие принципа добросовестности при установлении обязательства затрагивает, во-первых, стадию ведения переговоров или иных отношений сторон на этапе до заключения договора. Этот этап отношений сторон в ряде случаев урегулирован в специальных нормах закона (например, о проведении торгов, о порядке информирования потребителя об условиях будущей сделки и т.п.). Но большое множество вопросов остается прямо неурегулированным. И здесь открывается простор для реализации судами принципа добросовестности, с опорой на которые они получают возможность устанавливать определенные правила и карать за их нарушения, несмотря на отсутствие специального регулирования.

Применение принципа доброй совести на этом этапе дополнительно проясняется в рамках ст. 434.1 ГК РФ, регулирующей ответственность за недобросовестное ведение переговоров. Стороны на этапе до заключения договора должны воздерживаться от предоставления недостоверной информации и обязаны раскрывать ту информацию, которую требует раскрывать добрая совесть, не вправе вступать в переговоры заведомо без желания заключить договор, в ряде случаев не могут безнаказанно и вопреки доброй совести выйти из переговоров после того, как они своими заявлениями и поведением сформировали у партнера доверие к перспективе появления договора. Кристаллизация данных оценочных стандартов (например, определение того, какая информация должна раскрываться до заключения договора в силу доброй совести) осуществляется судами.

При этом данные запреты и предписания в отношении поведения на стадии переговоров в российской судебной практике (в отличие от немецкого права) воспринимаются не как обязательственные, и поэтому их нарушение влечет ответственность, основанную на правилах не гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства, а гл. 59 ГК РФ о деликтной ответственности (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7) (подробнее см. комментарий к ст. 434.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Во-вторых, этот принцип как с опорой на комментируемую норму, так и на п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете злоупотребления правом может быть применен при реализации одной из сторон секундарного права на одностороннее изменение или определение содержания обязательства, что подтверждается также нормой п. 4 ст. 450 ГК РФ, запрещающей недобросовестное осуществление прав на одностороннее изменение договора.

Наконец, в-третьих, добросовестность при установлении обязательства может наряду с нормой п. 1 ст. 10 ГК РФ служить дополнительным правовым основанием для ограничения свободы договора: нельзя устанавливать обязательства своей волей явно недобросовестно. Речь прежде всего идет о злоупотреблении свободой договора и установлении обязательств путем совершения сделки. Впрочем, судебная практика достаточно давно в этом контексте применяет ст. 10 ГК РФ вместе со ст. 168 ГК РФ для обоснования ничтожности сделки (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25), и появление

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 434.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

новой нормы о добросовестности при установлении обязательства, по сути, ситуацию не меняет (подробнее о данной ипостаси доброй совести см. п. 1.9 комментария к ст. 10 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

3.2. Добросовестность на стадии исполнения обязательства

Добросовестность при исполнении обязательства (включая информирование, содействие, учет прав и интересов друг друга) означает, что поведение стороны обязательства (должника или кредитора) должно соответствовать не только условиям договора, обычаям и императивным или не исключенным сторонами диспозитивным нормам закона или иного применимого правового акта, но и стандарту честной деловой практики. Суд наделен компетенцией сопоставить поведение должника с принципом добросовестности, как он понимается судом, и в случае отклонения поведения стороны от этого оценочного стандарта признать ее нарушителем подразумеваемой в силу принципа доброй совести обязанности и применить к ней те меры, которые право или договор предоставляют контрагенту на случай нарушения обязательства или кредиторской обязанности (право на расторжение, на взыскание убытков и т.п.).

Этот подход давно известен большинству континентально-европейских правопорядков и актам международной унификации частного права. Так, согласно ст. 1.7, а также ст. 5.1.1 и 5.1.2 Принципов УНИДРУА должник не только обязан к тому, что прямо закреплено в договоре или позитивном праве, но и связан подразумеваемыми условиями, которые суды могут ретроспективно определить с учетом характера и цели договора, практики, которую стороны установили в своих взаимоотношениях, добросовестности и честной деловой практики и разумности. Примерно то же закреплено и в ст. II.—9:101 Модельных правил европейского частного права.

Так, например, явно недобросовестно со стороны должника осуществить платеж крупной суммы монетами, привезти товар ночью и зафиксировать на этом основании факт просрочки кредитора в приемке груза, не информировать кредитора о наступлении обстоятельств, делающих невозможным исполнение, и т.п. Во всех подобных случаях сторона ведет себя в соответствии с формальными элементами права — делает то, что разрешают закон или договор, или не делает то, что от нее закон или договор не требуют, но при этом поведение этой

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 10 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

стороны явно нарушает стандарт честной деловой практики, а значит, и принцип добросовестности. Последнее позволяет обвинить эту сторону в неправомерном поведении, так как требование добросовестности закреплено в позитивном праве в п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ.

В качестве примера такой кристаллизации нового конкретного восполняющего правила поведения на уровне судебной практики на основе толкования п. 3 ст. 307 ГК РФ можно привести обязанность уведомить контрагента о наступлении обстоятельств непреодолимой силы. Эта обязанность не закреплена в законе и нередко не фиксируется в договоре. В то же время ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 10) вывел ее из применения принципа добросовестности, закрепленного в п. 3 ст. 307 ГК РФ.

При этом здесь в отличие от ситуации с вытекающими из доброй совести преддоговорными обязанностями налицо формирование из доброй совести полноценного дополнительного обязательства. Ответственность за нарушение такого обязательства будет строиться на правилах гл. 25 ГК РФ.

Подробный разбор этой ипостаси принципа доброй совести см. комментарий к п. 3 ст. 1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

3.3. Добросовестность на стадии после прекращения обязательства

Действие принципа добросовестности после прекращения обязательства может показаться на первый взгляд немного экзотичным, но на самом деле в ряде случаев данное положение может, действительно, сработать, обеспечив справедливый и разумный результат. Законодатель тут имел в виду, что суд может вывести некую дополнительную обязанность той или иной стороны, которую необходимо исполнять после прекращения основных обязательств сторон.

Например, из принципа добросовестности может следовать, что после расторжения и прекращения обязательств по договору аренды торгового помещения арендодатель должен позволить арендатору разместить на какое-то разумное время у входа в данное помещение объявление о новом месте нахождения торговой точки арендатора (как минимум, на период, пока помещение не сдано в аренду новому арендатору и размещение такого объявления никак повредить интересам арендодателя или нового арендатора не может), а после прекращения договора аренды офиса в течение разумного срока сообщать арендатору о поступлении на его прежний адрес некой официальной

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

корреспонденции (например, уведомлений из налогового органа). Из того же принципа может быть выведена обязанность банка после закрытия счета и прекращения основных договорных прав и обязанностей удовлетворить просьбу клиента выдать ему справку об оборотах по счету за период действия договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 декабря 2009 г. № 13611/09). Если после продажи права требования при попытке взыскания долга с должника цессионарий столкнулся с использованием должником некоего возражения, для противостояния которому цессионарий просит cedenta предоставить дополнительную информацию о ходе реализации обязательственного правоотношения с должником в период до уступки, должник обязан такую информацию представить.

Если соответствующая сторона нарушила подобные требования к постдоговорной добросовестности (т.е. подразумеваемые в силу доброй совести обязанности, которые должны исполняться после прекращения основных договорных обязательств), по логике п. 3 ст. 307 ГК РФ налицо не деликт, а нарушение договорного обязательства, вытекающего из принципа доброй совести и переживающего прекращение основных обязательств сторон.

3.4. Злоупотребление правом как ограничитель свободы его осуществления

Также не стоит забывать, что принцип добросовестности проявляется не только при установлении, исполнении или после прекращения обязательства в качестве источника неких дополнительных обязанностей. Сфера его применения намного шире, на что указывают прямо нормы п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ, согласно которым добросовестность служит также и ограничителем свободы осуществления и защиты гражданских прав.

Заведомо недобросовестное осуществление того или иного права (обязательственного или секундарного, права на выдвижение возражения и т.п.), в том числе в рамках обязательственных отношений, не допускается. Так, например, в ряде случаев с учетом конкретных обстоятельств могут быть признаны недобросовестными отказ от договора (п. 4 ст. 450.1 ГК РФ), одностороннее изменение его условий (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, а также п. 4 ст. 450 ГК РФ), предъявление гаранту требования об уплате долга по банковской (независимой) гарантии после получения бенефициаром надлежащего исполнения от принципала (п. 11 *Обзора* судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г.)).

Другой пример: со стороны кредитора будет злоупотреблением правом уступить принадлежащее ему обязательственное право по частям, разбив его на сотни мелких уступок различным цессионариям (обрекая при этом должника на осуществление вместо одного платежа сотен банковских переводов). Также кредитор злоупотребит своим правом, если уклонится от принятия частичного исполнения поставщиком своего обязательства по поставке, формально опираясь на право не принять исполнение по частям, если объем недостачи очень незначительный, и очевидно, что подорвать интерес покупателя в исполнении договора она объективно не может (см. комментарий к ст. 311 ГК РФ).

Перечень таких случаев применения принципа добросовестности в качестве основания для блокировки того или иного права в случае злоупотребления им постоянно расширяется. История развития этой ипостаси принципа добросовестности намного дольше практики применения новых норм п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ, закрепивших в 2013 и 2015 гг. универсальный принцип добросовестности, в качестве инструмента восполнения обязательственного правоотношения. Дело в том, что запрет на злоупотребление правом был закреплен в ГК РФ с 1995 г. При этом злоупотребление правом, как теперь с 2013 г. прямо указано в п. 1 ст. 10 ГК РФ, есть не что иное, как любое заведомо недобросовестное осуществление права.

Постепенно в судебной практике формируются конкретные типичные формы злоупотребления правом, многие из которых формируются на материале обязательственного права (действие в обход закона, эстоппель и др.).

Подробный разбор этих примеров см. комментарий к п. 1 ст. 10 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

3.5. Добрая совесть и судебное правотворчество

Принцип добросовестности как в обязательственном праве, так и в иных областях частного права позволяет в рамках эволюционного развития судебной практики выводить все новые и новые конкретные правила поведения, формально не закрепленные в законе, ином правовом акте, обычае или в договоре, а также уточнять, развивать и даже корректировать существующие формальные правила, вытекающие из законов, условий сделки и иных формальных элементов права. Добрая совесть — это не конкретное правило поведения с ясными

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к п. 1 ст. 10 ГК РФ — *Е.Д. Суворов, А.Г. Карапетов, А.О. Рыбалов, Д.В. Федоров*).

гипотезой и диспозицией, это инструмент легитимации попыток судов формировать такие правила при разрешении конкретных споров. Каждый участник гражданского оборота должен постоянно проверять свое поведение на предмет его соответствия не только писаным или иным позитивно-правовым предписаниям и условиям сделок, но и принципу добросовестности, имея в виду в том числе уже сложившуюся практику применения принципа концепции доброй совести, а также ожидания в отношении того, какие правила суды посчитают уместным вывести из этого каучукового принципа в будущем в целом или при разрешении возможного спора между сторонами в частности.

Применение принципа добросовестности требует от суда учета всех обстоятельств дела, цели и существа договора, сложившейся практики деловых отношений, но прежде всего соображений справедливости и разумности. Так, например, по общему правилу доставка товара на склад покупателя в пределах срока поставки, но в ночное время, как правило, является явно недобросовестной. Но если речь идет о поставке товара в круглосуточно работающий магазин и такая практика представляется коммерчески оправданной или имела место у сторон ранее, оценка судом данного поведения может измениться.

Суд должен стараться сформулировать на основании толкования принципа добросовестности то правило, которое разумные и честные стороны согласовали бы, будь у них такая возможность, либо уточнить, развить или скорректировать то или иное существующее формальное правило. Это формируемое судами за счет применения доброй совести правило должно претендовать на ясные границы своей гипотезы и четкую диспозицию. Расплывчатость принципа доброй совести не страшна, так как его цель легитимировать судебное правотворчество, но реализация этой правотворческой компетенции судом должна выливаться в формирование более или менее ясного правила, которое суд был бы готов применить в аналогичной ситуации.

Как суду определить, что конкретно вытекает из принципа добросовестности? В п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 указывается следующее: «Оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, *ожидаемого от любого участника гражданского оборота*, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации».

Ключевой вопрос здесь возникает в отношении толкования фразы «ожидаемого от любого участника гражданского оборота». Иногда утверждается, что при оценке поведения стороны на предмет добросовестности суд должен ориентироваться на то, какое поведение является

типичным и чаще всего встречается в обороте. Иначе говоря, добросовестно делать то, что делает большинство, и недобросовестно вести себя в отступление от того, что делает большинство. Этот объективный позитивный подход к оценке добросовестности опирается на оценку судом некоей социальной реальности, практики деловых отношений и исключает его субъективную моральную оценку соответствующей практики.

Насколько точен этот посыл? Безусловно, суд при оценке добросовестности может и должен опираться на сложившуюся практику, пусть даже та и не приобретает статуса правового обычая как источника права. Более того, он, видимо, должен с такого анализа начинать. Но ограничить анализ добросовестности только фиксацией соответствия или несоответствия поведения лица этому сложившемуся в обороте «социологическому» стандарту поведения невозможно, так как в обороте нередко принято многое из того, что представляется абсолютно социально неприемлемым. Например, чуть ли не доминирующей практикой при продаже подержанных автомобилей в России является утаивание продавцом информации об их скрытых дефектах и иных пороках. Это ни в коем случае не делает такое поведение продавца добросовестным, так как это поведение абсолютно нечестно, а его распространение в обороте экономически нецелесообразно. Как известно, из сущего должное не выводится. То, что есть в социальной реальности, не является непререкаемым мерилom должного поведения. Поэтому под ожидаемым от любого добросовестного участника оборота надо понимать поведение, которое будет соответствовать нравственным и иным нормативным представлениям о справедливости и разумности. Если сложившаяся практика аморальна и экономически нецелесообразна, суд может признать поведение лица, строго соответствующее этой порочной практике, недобросовестным.

Кроме того, сами социальные стандарты поведения могут сложиться так или иначе под воздействием того, какие правила устанавливают суды. Если меняются правила, то может поменяться и социальный стандарт поведения. По этой причине брать социальный стандарт за мерилo правового также концептуально неверно. Что уж говорить о том, что сами социальные стандарты поведения трудно обнаружимы без серьезных научных исследований и могут самими людьми восприниматься как нечто неадекватное.

Если же мы к тому же отвергаем и фикцию существования априорного естественного права в качестве «нависающей с небес вездесущности», которую судье необходимо открыть и верно прочесть при применении концепции доброй совести, то остается единственный

вывод: суд на самом деле *не применяет* принцип доброй совести как некую норму, а под прикрытием этого принципа *творит* правовую норму *ad hoc*, т.е. норму, применимую к конкретному спору, и опровергает ее на отношения сторон ретроактивно.

Иначе говоря, закрепление в законе принципа доброй совести означает легализацию судебного ретроспективного *ad hoc* правотворчества, т.е. выработку судом новых, не отраженных в законе или договоре правил (формальных элементов права), конкретизацию, прояснение, развитие и корректировку существующих формальных элементов права, а также ограничение прав, вытекающих из таких элементов, во имя разумности и справедливости. Это правотворчество приводит к формированию судом соответствующих предписаний и запретов и их применению к фактам конкретного спора, с тем последствием, что поведение одной из сторон, отклоняющееся от этого выводимого судом стандарта поведения, будет считаться неправомерным и, в частности, влечь фиксацию правонарушения, привлечение лица к ответственности или блокировку тех или иных прав.

Постепенное накопление такой судебной практики и ее фиксация на уровне правовых позиций высших судов позволяют постепенно формировать массив «прецедентного» права. Фиксация конкретных правил поведения, выведенных судом из принципа добросовестности, на уровне правовых позиций ВС РФ на будущее формирует действующее и известное сторонам заранее правило, которое впоследствии нижестоящие суды будут применять относительно формально, как если бы это правило было закреплено в самом договоре, законе, ином правовом акте или обычае. Иначе говоря, такое правило само станет очередным формальным элементом права.

В ходе накопления судебной практики эти выводимые из принципа добросовестности правила могут постепенно при помощи правовой науки разбиваться на группы и категории, позволяющие впоследствии несколько структурировать применение принципа добросовестности судами и сделать его более предсказуемым. Примерно так принцип добросовестности работает во многих европейских странах, и нет особых причин не предвидеть такое же его функционирование и в контексте российского права.

Впрочем, следует иметь в виду, что в данной области легализованного судебного *ad hoc* ретроактивного правотворчества возникает множество вопросов. Что означает презумпция добросовестности по п. 5 ст. 10 ГК РФ? Может ли суд выводить из доброй совести те или иные правила и ограничения по собственной инициативе, *ex officio*? Все эти и другие вопросы здесь нет смысла разбирать, так как судебное

правотворчество в области обязательственного права принципиально не отличается от судебного правотворчества в иных областях частного права, а общая же методология применения принципа доброй совести в частном праве разобрана подробно в рамках комментария к п. 3 ст. 1 и ст. 10 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

Дополнительная литература

Общая литература по теории обязательственного права

Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. 2. М., 2012.

Акифьева А.А. Обязательства по приложению усилий и по достижению результата // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М., 2018. С. 12–75.

Анненков К. Система русского гражданского права. Т. 3. Права обязательственные. СПб., 1901.

Белов В.А. Обязательственное право: Учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М., 2018.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2000.

Братусь С.Н. Юридическая ответственность и законность (Очерк теории). М., 1976.

Виндшейд Б. Об обязательствах по римскому праву / Пер. с нем. А.Б. Думашевского. СПб., 1875.

Голевинский В.И. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1892.

Дернбург Г. Пандекты. Т. II: Обязательственное право / Пер. под рук. и ред. П. Соколовского. 3-е изд. М., 1911.

Дождев Д.В. Римское частное право: Учебник. М., 2019.

Егоров А.В. Совместная собственность супругов: на перепутье // Гражданское право социального государства: Сборник статей, посвященный 90-летию со дня рождения профессора А.Л. Маковского

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к п. 3 ст. 1 ГК РФ – А.Г. Карапетов; к ст. 10 ГК РФ – Е.Д. Суворов, А.Г. Карапетов, А.О. Рыбалов, Д.В. Федоров).

(1930–2020) / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М., 2020. С. 232–295.

Егоров А.В. Структура обязательственного отношения: наработки германской доктрины и их применимость в России // Вестник гражданского права. 2011. № 3. С. 241–274.

Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975.

Исаченко В.Л. Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Комментарий на IV книгу 1 ч. X т. Свода законов: В 2 т. Т. 1: Общая часть. СПб., 1914.

Крашенинников Е.А. Регулятивные и охранительные субъективные гражданские права // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 14. Ярославль, 2007. С. 5–16.

Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции. Т. 2 / Пер. с фр. Е.А. Флейшиц. М., 1960.

Новицкий И.Б., Луцк Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950.

Пассек Е.В. Неимущественный интерес в обязательстве // Неимущественный интерес и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 2003.

Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Ч. I: Теория об обязательствах / Пер. с фр. В.Ю. Гартмана. Петроков, 1911.

Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Петроград, 1917.

Савиньи Ф.К. Обязательственное право. М., 1876.

Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020.

Толстой В.С. Исполнение обязательств. М., 1973.

Толстой В.С. Понятие обязательства по советскому гражданскому праву // Ученые записки ВЮЗИ. Вып. 19. М. 1971. С. 102–121.

Трепицын И.Н. Гражданское право губерний Царства Польского и Русское в связи с Проектом Гражданского Уложения. Общая часть обязательственного права. Варшава, 1914

Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. 2007. № 3. С. 242–260.

Шорстова (Абдрахманова) К.С. Негативные обязательства: сравнительно-правовой анализ // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М., 2018. С. 301–336.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 786–1813.

Pothier R.J. A Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I & II / Trans. by W.D. Evans. London, 1806.

Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 2001.

Натуральные обязательства

Мертвищев А.В. Натуральные обязательства в российском гражданском праве: Монография. М., 2015.

Федотов А.Г. **Натуральные обязательства** // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 79–131.

Хвостов В.М. **Натуральные обязательства по римскому праву.** М., 1898.

Соотношение обязательственных и абсолютных (в том числе вещных) прав. Реальные обязательства

Бабаев А.Б. Система вещных прав: Монография. М., 2007.

Белов В.А. Очерки вещного права. Научно-популярные заметки: Учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М., 2014.

Брагинский М.И. К вопросу о соотношении вещных и обязательственных правоотношений // Гражданский кодекс России: проблемы, теория, практика: Сборник памяти С.А. Хохлова. М., 1998. С. 113–126.

Германов А.В. От пользования к владению и вещному праву. М., 2009.

Ем В.С., Суханов Е.А. **О видах субъективных гражданских прав и о пределах их осуществления** // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19. № 4. С. 7–21.

Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву // *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории хозяйственного права. 3-е изд., испр. М., 2009.

Краснова Т.С. **Сервитутные типы ограничений (обременений) прав на недвижимость: зарубежный опыт и новеллы российского законодательства** // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 1. С. 142–160.

Пономарева Э.С. **Obbligatio propter rem: проявление несвободы** // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 11. С. 57–100.

Райхер В.К. **Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву** // Вестник гражданского права. 2007. Т. 17. № 2. С. 144–204.

Рыбалов А.О. Абсолютные и относительные права // *Gaudeamus igitur!*: Сборник статей к 55-летию А.А. Иванова / Сост. В.А. Багаев. М., 2020. С. 310–338.

Рыбалов А.О. **Некоторые вопросы вещных обязательств** // Вестник ВАС РФ. 2013. № 12. С. 62–70.

Рыбалов А.О. **Ограниченные вещные права: проблемы определения** // Закон. 2007. № 2. С. 115–124.

Синицын С.А. **Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав** // Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 1. С. 7–44.

Синицын С.А. Общие положения о вещном праве: сравнительно-правовое исследование. М., 2019.

Суханов Е.А. Вещное право. Научно-познавательный очерк. М., 2017.

Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law / Ed. by B. Akkermans, S. van Erp. Oxford; Portland, 2012.

Demeyere S. Real Obligations at the Edge of Contract and Property. Cambridge; Antwerp; Chicago, 2020.

Reid K.G.C. Real Rights and Real Obligations // Contents of Real Rights / Edited by J. Milo, S. Bartels. Nijmegen, 2004. P. 25–46.

Sagaert V. Real Rights and Real Obligation in Belgian and French Law // Contents of Real Rights / Ed. by J. Milo, S. Bartels. Nijmegen, 2004. P. 47–70.

Towards a Unified System of Land Burdens? / Ed. by B. Akkermans, S. van Erp. Antwerpen; Oxford, 2006.

Yiannopoulos A.N. Real Rights in Louisiana and Comparative Law: **Part I** // Louisiana Law Review. 1963. Vol. 23. No. 2. P. 161–238; **Part II** // Louisiana Law Review. 1963. Vol. 23. No. 3. P. 518–551.

Секундарные права

Бабаев А.Б. Проблема секундарных прав в российской цивилистике: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

Зеккель Э. **Секундарные права в гражданском праве** // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 205–252.

Лассен Т. **Преобразовательные права (*Gestaltungsrechte*) по немецкому праву** // Вестник гражданского права. 2018. № 5. С. 139–168.

Третьяков С.В. **Формирование концепции секундарных прав в германской цивилистической доктрине (К публикации русского перевода работы Э. Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве»)** // Вестник гражданского права. 2007. № 2. С. 253–270.

Добросовестность при исполнении обязательств

Архипова А.Г. Обязанность предоставить информацию по п. 3 ст. 307 ГК РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 2. С. 60–94.

Дождев Д.В. Принцип добросовестности в гражданском праве // Принцип формального равенства и взаимное признание права: Коллективная монография / Под общ. ред. В.В. Лапаевой, А.В. Полякова, В.В. Денисенко. М., 2016. С. 147–162.

Егоров А.В. Принцип добросовестности в Гражданском кодексе РФ: первые шаги реформы // Legal Insight. 2013. № 2. С. 4–10.

Карапетов А.Г. Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

Нам К.В. Принцип добросовестности: развитие, система, проблемы теории и практики. М., 2019.

Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 124–281.

Основные положения гражданского права: Постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2020. С. 154–263 (автор п. 3 и 4 комментария к ст. 1 – *А.Г. Карапетов*).

Фогельсон Ю.Б. Принцип добросовестности в российской судебной практике // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 9. С. 103–116.

Хесселинк М.В. Принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 8. С. 157–187.

Ширвиндт А.М. Принцип добросовестности в ГК РФ и сравнительное правоприменение // Aequum ius. От друзей и коллег к 50-летию профессора Д.В. Дождева / Под ред. А.М. Ширвиндта. М., 2014. С. 203–242.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 101–157 (автор раздела – *J.P. Schmidt*).

Good Faith in European Contract Law / Ed. by R. Zimmermann, S. Whittaker. Cambridge, 2008.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 241–243 (Treu und Glauben). Berlin, 2019. § 241–242.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 311, 311a–c (Vertragsschluss). Berlin, 2018. § 311.

Mackaay E. Good Faith in Civil Law Systems. A Legal-Economic Analysis // Revista Chilena de Derecho Privado. 2012. N° 18. P. 149–177.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I (§ 241–310). 8. Aufl. München, 2019. Einleitung (Rn. 1–81), § 241–242.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II (§ 311–432). 8. Aufl. München, 2019. § 311.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. Paris, 2019. P. 387–557, 1329–1337.

Wieacker F. A History of Private Law in Europe / Trans. by T. Weir. Oxford, 2003. P. 409–416.

Статья 307.1. Применение общих положений об обязательствах

1. К обязательствам, возникшим из договора (договорным обязательствам), общие положения об обязательствах (настоящий подраздел) применяются, если иное не предусмотрено правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем Кодексе и иных законах, а при отсутствии таких специальных правил – общими положениями о договоре (подраздел 2 раздела III).

2. К обязательствам вследствие причинения вреда и к обязательствам вследствие неосновательного обогащения общие положения об обязательствах (настоящий подраздел) применяются, если иное не предусмотрено соответственно правилами глав 59 и 60 настоящего Кодекса или не вытекает из существа соответствующих отношений.

3. Поскольку иное не установлено настоящим Кодексом, иными законами или не вытекает из существа соответствующих отношений, общие положения об обязательствах (настоящий подраздел) применяются к требованиям:

- 1) возникшим из корпоративных отношений (глава 4);
- 2) связанным с применением последствий недействительности сделки (параграф 2 главы 9).

Комментарий

1. Применение общих положений об обязательствах к договорным правоотношениям

Пункт 1 ст. 307.1 ГК РФ закрепляет идею, которая всегда была очевидной в российском праве и вытекает из действия общеправового принципа *lex specialis derogat generali*. Общие положения ГК РФ об обязательствах могут отменяться, уточняться или изменяться специальными нормами ГК РФ об отдельных видах договоров, урегулированных в ГК РФ.

Куда более важно другое. Из буквального прочтения нормы п. 1 ст. 307.1 ГК РФ следует, что иные федеральные законы, регулирующие

конкретные виды договоров (например, потребительские, договоры оказания услуг связи, лизинга, транспортной экспедиции, перевозки груза морским транспортом и т.п.), могут также предусматривать регулирование, отличное от того, которое следует из общих положений об обязательствах.

Этот вывод несколько не вписывается в положение п. 3 ст. 420 ГК РФ, согласно которому «к обязательствам, возникшим из договора, применяются общие положения об обязательствах (статьи 307–419), если иное не предусмотрено правилами настоящей главы и правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в настоящем Кодексе». Как мы видим, в п. 3 ст. 420 ГК РФ нет указания на то, что применение общих положений об обязательствах может быть заблокировано специальными положениями об отдельных видах договоров, установленными не в ГК РФ, а другими федеральными законами. С учетом того, что положение п. 1 ст. 307.1 ГК РФ является более новым, видимо, логично исходить из того, что коллизия этой нормы и нормы п. 3 ст. 420 ГК РФ должна разрешаться в пользу первой, и, соответственно, должна признаваться возможность исключения применения общих норм ГК РФ об обязательствах за счет специальных норм других федеральных законов об отдельных видах договоров. В принципе, нелогичность буквального прочтения п. 3 ст. 420 ГК РФ и возможность его отвержения *de lege lata* были очевидны и до появления в Кодексе комментируемой нормы.

В принципе, большая часть общих норм обязательственного права содержит специальную оговорку о том, что иное может следовать из положений других законов. Но существует достаточно много общих норм обязательственного права, которые такую оговорку не содержат. Из п. 1 ст. 307.1 ГК РФ следует, что даже если соответствующее общее положение не содержит такой оговорки, при «горизонтальной коллизии» этого общего положения об обязательстве и специальной нормы об отдельном виде договора, закрепленной в ином федеральном законе, приоритет имеет последняя.

Важность этого вопроса связана с тем, что в абзаце втором п. 2 ст. 3 ГК РФ содержится положение о том, что «нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу», которое наводит некоторых юристов на мысль о том, что ГК РФ является законом более высокого уровня, чем иные федеральные законы, и при коллизии норм должен одерживать верх, даже если другой закон был принят позднее или является более специальным. Долгое время по поводу этой нормы в российской науке и судебной практике были разночтения, которые в некоторой степени сохраня-

ются и поныне. На этом фоне применительно к обязательственным отношениям новая норма, закрепленная в 2015 г. в п. 1 ст. 307.1 ГК РФ, дает искомую определенность. Эта определенность достигается за счет того, что ГК РФ однозначно признает приоритет норм специальных законов, регулирующих отдельные виды договорных обязательств, перед общими положениями обязательственного права. В принципе, если принять то понимание абзаца второго п. 2 ст. 3 ГК РФ, которое отражено в одном из томов серии #Глосса, тот же вывод мы должны были бы сделать и при отсутствии комментируемой нормы, ибо абзац второй п. 2 ст. 3 ГК РФ не должен толковаться как исключающий применение принципа *lex specialis* (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 3 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Соответственно, в силу указанного выше прочтения комментируемой нормы, не противоречащего норме абзаца второго п. 2 ст. 3 ГК РФ при верной интерпретации последней, приоритет специальных законов, регулирующих отдельные договорные обязательства, перед общими нормами ГК РФ об обязательствах теперь не должен вызывать сомнений. Это касается, во-первых, тех случаев, когда норма такого специального закона принята позже конфликтующей с нею общей нормы обязательственного права. Тут правила *lex specialis* и *lex posterior* приводят к одному и тому же результату.

Во-вторых, это же касается и тех случаев, когда более новой является общая норма обязательственного права ГК РФ, а более старой является норма некоего специального закона. Эта проблема стала особенно острой после реформы норм обязательственного права ГК РФ летом 2015 г., которая нередко не сопровождалась внесением корреспондирующих правок во множество федеральных законов об отдельных видах договоров. Иначе говоря, здесь коллизионные правила *lex specialis* и *lex posterior* начинают между собой конфликтовать, но в силу комментируемой нормы правило *lex specialis* побеждает и в этом случае. Иначе говоря, когда бы ни была принята специальная норма иного федерального закона, регулирующая обязательственные отношения в контексте какого-то вида договоров, она должна сохранять приоритет перед общими нормами обязательственного права.

Этот подход соответствует также и позиции КС РФ по поводу конфликта *lex specialis* и *lex posterior*. КС РФ в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П в отношении данной коллизии указал сле-

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 3 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

дующее: «В отношении федеральных законов как актов одинаковой юридической силы применяется правило *«lex posterior derogat priori»* («последующий закон отменяет предыдущие»), означающее, что даже если в последующем законе отсутствует специальное предписание об отмене ранее принятых законоположений, в случае коллизии между ними действует последующий закон; вместе с тем независимо от времени принятия приоритетными признаются нормы того закона, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений». Последний пассаж свидетельствует в пользу приоритета принципа *lex specialis* перед принципом *lex posterior* при их конфликте.

1.1. Возможны ли исключения?

Исключение из описанного правила, которое может обсуждаться, проявляется тогда, когда более старая специальная норма закона в свое время просто дублировала действовавшую в тот период общую норму ГК РФ: в такой ситуации есть определенные аргументы в пользу того, чтобы в отступление от принципа, закрепленного в комментируемом положении и следующего из позиции КС РФ о соотношении коллизионных правил *lex specialis* и *lex posterior*, при изменении впоследствии общей нормы ГК РФ применять именно последнюю. Законодатель может годами игнорировать необходимость приведения сотен специальных норм в соответствие с изменением общего правового решения в отношении того же вопроса. Если при этом неочевидны политико-правовые резоны проводить дифференциацию регулирования и телеологическое толкование приводит к выводу о том, что законодатель неминуемо привел бы специальную норму в соответствие с общей нормой, если бы обратил внимание на возникшую коллизию, иногда предлагается отдать в такой ситуации приоритет правилу *lex posterior*, а не *lex specialis*.

Иначе говоря, предлагается применять исключение в тех случаях, когда соображения телеологического толкования к тому подталкивают, нет разумных сомнений в том, что в современных условиях подразумеваемая воля законодателя, изменившего общую норму, состояла в том, чтобы изменить регулирование комплексно, и нет никакой логики в том, чтобы старое общее правило, случайно когда-то продублированное в специальном законе, на фоне последующего прогресса общих норм сохраняло свое локальное действие в контексте регулирования отдельного вида договорных обязательств.

Вопрос о целесообразности такого исключения достаточно спорен, так как, по сути, речь идет о возможности толкования закона *contra legem*.

Как бы мы ни решали эту важную проблему, не стоит пренебрегать возможностями устранить противоречие путем толкования там, где это возможно. Если текст старой специальной нормы в устоявшейся его интерпретации приходит в противоречие с более новой общей нормой и текст старой нормы допускает иные варианты толкования, одно из которых устраняет или минимизирует противоречие, следует изменить толкование специальной нормы в свете новой общей нормы, дабы исключить или сгладить противоречие и обеспечить системную согласованность позитивного права (конформное толкование). Если можно путем нового толкования старой специальной нормы устранить или сгладить противоречие, эта опция кажется предпочтительной, но, естественно, при условии, что по результатам телеологического толкования не обнаруживается причин сохранить отличное решение для данного конкретного договорного обязательства.

1.2. Подзаконные правовые акты

Может ли действие общих положений об обязательствах быть заблокировано или изменено подзаконными нормативными правовыми актами, принятыми Правительством РФ, иными федеральными органами исполнительной власти или ЦБ РФ на основании делегированной федеральным законом компетенции? Толкование п. 5 и 7 ст. 3 ГК РФ в системном единстве с положениями п. 1 ст. 307.1 ГК РФ подталкивает к выводу, что это невозможно, если только в самой общей норме обязательственного права не указано на возможность ее изменения на уровне не только федеральных законов, но и иных правовых актов.

Но представим, что законодатель принимает специальный закон, посвященный регулированию того или иного вида обязательств, и делегирует Правительству РФ, конкретному министерству или ведомству или ЦБ РФ компетенцию по принятию нормативных правовых актов, более подробно регулирующих те или иные аспекты таких обязательств. Если мы признаем приоритет специальных норм закона об отдельных видах обязательства, не логично ли распространить данный приоритет и на нормы, принятые на уровне иных правовых актов в рамках реализации компетенции, которую соответствующему органу специально для регулирования данного обязательства делегировал специальный закон? Столь уж принципиальна разница между закреплением специальной нормы непосредственно в специальном законе и принятием той же нормы Правительством РФ или, скажем, ЦБ РФ на основе нормы специального закона, делегирующей Правительству *ad hoc* такую компетенцию?

С одной стороны, может показаться, что законодателя следует стимулировать фиксировать нормы, отступающие от общей части

обязательственного права при регулировании отдельных видов обязательств, непосредственно в специальном законе. Ведь иначе мы можем спровоцировать злоупотребление делегированием правотворчества: любая общая норма ГК РФ об обязательствах может быть опровергнута на уровне подзаконного нормативного правового акта, достаточно будет законодателю принять абсолютно бланкетный закон, единственной нормой которого будет указание на право, скажем, Правительства РФ принять постановление, регулирующее соответствующее обязательство. Миграция частнопроводного регулирования обязательств на уровень подзаконных актов — явление достаточно опасное.

С другой стороны, действительно ли данные риски серьезны? Неужели мир перевернется, если законодатель в специальном законе, посвященном регулированию отдельного вида обязательств, делегирует Правительству РФ компетенцию принять постановление по тем или иным нюансам регулирования данного обязательства, и Правительство РФ установит специальное правило, отличающееся от общей нормы с учетом специфики регулируемого обязательства? Законодательный процесс долг и дорог, и делегирование правотворческой компетенции в ситуации необходимости регулирования множества деталей отношений по каким-то специфичным договорам Правительству РФ иногда оказывается достаточно удобным решением. Например, установление детальных правил оказания услуг по демонстрации фильмов в кинотеатрах на уровне акта Правительства РФ (см. Постановление Правительства РФ от 16 августа 2021 г. № 1338) может выглядеть вполне разумным решением.

Этот вопрос носит не схоластический характер. Правительство РФ приняло значительное число постановлений, детально регулирующих обязательственные отношения по отдельным видам договоров (поставка газа урегулирована Постановлением Правительства РФ от 21 июля 2008 г. № 549, транспортировка нефти по магистральным трубопроводам — Постановлением Правительства РФ от 29 марта 2011 г. № 218, услуги по реализации «туристского продукта» — Постановлением Правительства РФ от 18 ноября 2020 г. № 1852, гостиничные услуги — Постановлением Правительства РФ от 18 ноября 2020 г. № 1853 и мн. др.). В этих постановлениях множество специальных норм обязательственного права, многие из которых отступают от общих правил обязательственного права ГК РФ и заменяют их на правило, отражающее специфику конкретного договора. Если такие нормы имеют силу только в тех случаях, когда общая норма ГК РФ прямо оговаривает, что отступление от такой общей нормы возможно на уровне подзаконного

нормативного акта, большая часть положений таких постановлений окажется «обессиленной».

Как представляется, стоит допустить опровержение общей нормы ГК РФ об обязательстве за счет специальной нормы, установленной Постановлением Правительства РФ, ЦБ РФ и даже конкретным министерством или ведомством в рамках делегированной данному органу законодателем в специальном законе компетенции по установлению специального регулирования того или иного отдельного вида обязательств. И здесь не имеет значения, указано ли в самой общей норме ГК РФ на возможность отступления от нее для специальных случаев на уровне подзаконного акта. Достаточно того, что Правительству РФ такую компетенцию делегировал в специальном законе законодатель, который сам имел компетенцию принять специальную норму и опровергнуть в отношении отдельного вида обязательств общее правило об обязательствах ГК РФ.

Но, видимо, не стоит идти столь же далеко в тех случаях, когда речь идет о попытке на уровне акта Правительства РФ, принятого в рамках делегированной законом правотворческой компетенции, не сформулировать специальное правило для отдельного вида обязательств, а тотально заменить общую императивную норму ГК РФ об обязательствах. Например, если в ГК РФ для договора проката установлена определенная норма, содержащая оговорку о возможности установления иного на уровне иных законов, подзаконный акт, принятый в рамках делегированного правотворчества, может установить отличное правило для проката отдельных видов вещей, но не может полностью опровергнуть общее правило ГК РФ о прокате тотально.

Как бы мы ни решили этот важный вопрос, не изменение или исключение, а дополнение и конкретизация общих норм обязательственного права на уровне таких постановлений Правительства РФ и нормативных правовых актов министерств и ведомств (а также ЦБ РФ), регулирующих тот или иной отдельный вид обязательства, вполне возможны на основе делегированной законодателем правотворческой компетенции.

1.3. Возможность не применить общие положения об обязательствах в отношении отдельных видов договорных обязательств при отсутствии прямой коллизии норм

В целом следует исходить из того, что общие правила об обязательствах по своей природе могут не применяться судом в результате телеологической редукции их гипотез к любым отдельным видам договорных или тем более внедоговорных обязательств, если их специфика, существо говорят нам о том, что применение общих норм неадекватно,

порождает результат, который будет явно несправедлив или неразумен. Например, многие общие нормы об обязательствах не могут применяться к обязательствам воздержаться от определенных действий, к обязанностям предоставить информацию, договорным обязательствам, опосредующим безвозмездное предоставление, совершаемое по мотивам щедрости, благорасположения и дружбы, к обязательству возместить убытки, уплатить неустойку или проценты годовые и мн. др. Например, как представляется, правило п. 2 ст. 393 ГК РФ о том, что при взыскании убытков в случае нарушения обязательства речь идет о возмещении в составе убытков суммы, защищающей позитивный договорный интерес, неприменимо к случаю неисполнения дарителем своего обязательства предоставить дар по консенсуальному договору дарения. Правила о зачете же неприменимы к взаимным негативным обязательствам сторон соглашения о конфиденциальности. Таких примеров множество.

Очень часто законодатель, осознавая ограниченность своих возможностей в установлении общих норм обязательственного права, которые могли бы бесспорно применяться к любым обязательствам в принципе, сопровождает саму общую норму оговоркой о том, что она применяется, если иное не следует не только из норм специальных законов, договора или обычаев, но и из существа обязательства. Тем самым законодатель прямо говорит о том, что установленная им общая норма представляет собой опровержимую презумпцию, и при очевидной ее неадекватности в контексте применения к особым видам обязательств суд наделяется компетенцией просто отвергнуть ее применение, объявить телеологический пробел в позитивном праве и решить вопрос на основе аналогии закона, аналогии права или требований доброй совести и других принципов права (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Но даже там, где законодатель общую норму такой оговоркой не сопроводил, ничего, по сути, не меняется. Телеологическую редакцию как метод толкования, применение принципа доброй совести и иные формы легитимации судебного правотворчества никто не отменял и отменить не может.

По сути, можно исходить из того, что любая норма общей части обязательственного права подлежит применению, если необходимость ее уточнения, модификации или редукции не вытекает со всей очевидности из существа конкретного обязательства, отношений сторон и соображений разумности и справедливости. Суды по мере развития судебной практики постоянно уточняют гипотезы и диспозиции законодательных норм, при необходимости блокируют их применение за счет принципа доброй совести или в отдельных случаях вопиющей

неадекватности просто толкуют их *contra legem, de facto* дезавуируя. Наиболее откровенно эта идея, реализуемая во всех континентально-европейских станах, выражена в ГК Нидерландов, в котором прямо указано, что любые нормы обязательственного права не применяются к сторонам обязательственного правоотношения в той степени, в которой это будет с учетом специфики конкретных обстоятельств противоречить разумности и справедливости (п. 2 ст. 6:2, п. 2 ст. 6:248).

2. Применение общих правил обязательственного права к деликтным и кондикционным обязательствам

Норма п. 2 ст. 307.1 ГК РФ фиксирует очевидную и без такого указания возможность отступления от общих правил об обязательствах за счет специальных норм, включенных в гл. 59 и 60 ГК РФ, об обязательствах, возникающих из деликтов и неосновательного обогащения (действие принципа *lex specialis derogat generali*).

Очевидно также, что специальные нормы о деликтах или обязательствах из неосновательного обогащения могут быть установлены на уровне не только норм гл. 59 и гл. 60 ГК РФ, но и специальных законов.

Кроме того, комментируемая норма указывает на то, что суд вправе в контексте деликтных и кондикционных обязательств отступить от общих правил об обязательствах, если это вытекает из существа соответствующих отношений. Несмотря на безусловную обязательственную природу деликтных и кондикционных правоотношений, такие обязательства обладают значительной спецификой. Общие правила об обязательствах индуцировались на протяжении веков европейскими правоведами, судами и законодателем на основе обобщения частных споров и казусов, в основном возникающих в сфере договорных обязательств, и нередко несут на себе эту неизгладимую договорную печать. Соответственно, даже если отступление от общих правил об обязательствах в контексте таких особых видов обязательств прямо не легализовано нормами гл. 59 и 60 ГК РФ, суд наделен компетенцией отказаться применять эти общие нормы, констатировать телеологический пробел в законе и разрешить спор на основании аналогии закона или права или посредством применения принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ) или уточнить применение общих положений об обязательствах с учетом специфики таких отношений. Например, суды считают, что проценты годовые на основании ст. 395 ГК РФ начисляются на сумму причиненных в результате деликта убытков не с момента возникновения такого денежного обязательства и впадения должника в просрочку по нему, как

это следует из общих правил обязательственного права, а с момента вступления в силу решения суда о взыскании убытков, если стороны ранее не заключили соглашение о возмещении таких убытков (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

3. Применение общих правил обязательственного права к реституционным и корпоративным обязательствам

Пункт 3 интересен тем, что он предписывает применение общих правил об обязательствах к требованиям, вытекающим из корпоративных отношений, и реституции по недействительной сделке. При этом, как и в случае с кондикционными и деликтными обязательствами, законодатель оговаривает, что суд вправе не применять к таким требованиям общие нормы об обязательствах, если этого требует существо соответствующих корпоративных или реституционных правоотношений.

Обращает на себя внимание, что в этой норме законодатель воздержался от прямого упоминания о том, что требования, вытекающие из корпоративных отношений и последствий признания сделки недействительной, формируют полноценное обязательство. На контрасте с положением п. 2 это может выглядеть как намек на то, что такие требования обязательственными в точном смысле этого слова не являются, а их подчинение общим правилам об обязательствах — традиционный для ГК РФ юридико-технический прием, посредством которого законодатель переносит регулирование, установленное в Кодексе в отношении одного института, на другой, схожий институт. Вопрос о наличии у таких требований поистине обязательственной природы в научном плане ранее иногда вызывал дискуссии. Комментируемая норма закона не препятствует выводу о том, что такие требования хотя и обладают определенной спецификой, но все же являются элементами обязательства. Именно такой подход и поддержан в судебной практике и является верным с доктринальной точки зрения.

3.1. Реституция по недействительной сделке

В российском праве давно велись споры о правовой природе реституции по недействительной сделке. Одни рассматривают такой институт как абсолютно самостоятельный способ защиты права, к которому нормы о неосновательном обогащении применяются лишь субсидиарно на основании прямо предписанной аналогии закона (ст. 1103 ГК РФ), другие видят в нем особую форму кондикционного притязания в контексте возврата по реституции уплаченных денег или денежного эквивалента полученного, либо виндикации — в контексте

те требования о возврате по реституции переданной вещи, третьи — в сценарии с возвратом вещи вместо виндикации предлагают видеть в реституции вещи кондикцию владения.

Как бы мы ни решали эту важную проблему, очевидно, что само правоотношение носит обязательственный характер, оно связывает конкретных лиц таким образом, что один должен осуществить предоставление в пользу другого, а последний наделен правом требовать такого предоставления, будь это возврат вещи, уплаченной суммы или денежного эквивалента полученного по недействительной сделке предоставления.

Поэтому не удивительно, что в практике ВАС РФ обычно не ставилось под сомнение, что реституционное требование носит обязательственную природу (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). О том же говорит и ВС РФ (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Норма п. 3 ст. 329 ГК РФ допускает использование способов обеспечения исполнения обязательства в целях обеспечения исполнения обязанностей, вытекающих из реституции («при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству»).

Обязательственная природа реституции особенно очевидна в контексте ситуаций, когда реституции подлежат полученные по ничтожной или эффективно оспоренной сделке денежные средства, либо речь идет о компенсационной реституции, т.е. возврате денежного эквивалента, полученного при невозможности вернуть полученное по недействительной сделке.

Но и в тех случаях, когда реституции подлежит индивидуально-определенная вещь, налицо обязательство. Вопрос о квалификации требования о возврате вещи в рамках реституции в качестве особого способа защиты, кондикции владения или виндикации спорен. Но так как виндикация, судя по всему, также представляет собой, по сути, охранительное обязательственное правоотношение, связывающее конкретных лиц (подробнее см. комментарий к ст. 307 ГК РФ), то даже при такой квалификации реституции вещи налицо обязательственная природа притязания. Кондикционное же обоснование вовсе снимает все вопросы об обязательственной природе такого требования.

Впрочем, здесь возникает множество нюансов. Реституционное обязательство может обладать определенной спецификой, как, впрочем, и многие другие обязательства. Например, в российском праве

суд в определенных ситуациях может присудить одну из сторон спора к реституции, даже если другая сторона этого не требовала (см. подробнее комментарий к ст. 328 ГК РФ).

Можно задать и некоторые иные спорные вопросы.

Так, реституционное требование, будучи обязательственным по своей природе, может уступаться по правилам ГК РФ о цессии. Это подтверждалось ранее в практике ВАС РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2000 г. № 1066/99) и признается в практике ВС РФ (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Этот вывод бесспорен в тех случаях, когда уступается требование о возврате денег. Но что, если речь идет об уступке реституционного требования о возврате индивидуально-определенной вещи? Здесь может возникнуть целый ряд вопросов, в частности, о возможности сепаратной уступки реституционного притязания с сохранением права на саму вещь за исходной стороной договора, в пользу которой реституция причиталась изначально.

Другой пример: поскольку реституция – это обязательство, долг из такого требования может быть прощен, прекращен новацией или передачей отступного (п. 2 и 24 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). Обязательство вернуть полученное по недействительной сделке может быть прекращено и зачетом. Когда речь идет о денежной реституции, все это относительно бесспорно. Но в контексте реституции индивидуально-определенного имущества могут возникать определенные вопросы. Представим, что собственник простил стороне по недействительной сделке реституционный долг по возврату акций или недвижимости, или стороны договорились о новации такого обязательства в обязательство по выплате некоей суммы или передаче иного имущества, или реституционное обязательство вернуть имущество было погашено передачей в качестве отступного иного имущества или денег: что в таком случае происходит с правом собственности на имущество, возврат которого входил в предмет реституционного обязательства? Равнозначно ли такое прекращение реституционного долга волеизъявлению на повторный перенос титула? Что, если кредитор по реституционному притязанию не был собственником и не имел распорядительной власти?

Как мы видим, несмотря на обязательственную природу реституции как правоотношения, в контексте ситуации с возвратом индивидуально-определенного имущества могут возникать непростые вопросы в отношении механики применения некоторых общих норм обязательственного права.

Впрочем, следует уточнить, что эти и подобные спорные вопросы, касающиеся применимости общих правил обязательственного права (включая правила об уступке и прекращении обязательств путем прощения долга, передачи отступного или новации) к требованиям о возврате индивидуально-определенного имущества, абсолютное право на которое продолжает принадлежать кредитору, не специфичны для реституции. Те же вопросы возникнут и в отношении обычного договорного обязательства вернуть полученное во временное владение или на хранение от контрагента. Например, никто не будет спорить с тем, что обязанность хранителя вернуть вещь, сданную ранее ему на хранение, — это элемент обязательства хранителя; то же касается и обязательства арендатора вернуть сданную ему в аренду вещь, подрядчика — вернуть вещь, переданную ему заказчиком в ремонт, и т.п. Но в таких ситуациях возникнут те же вопросы касательно возможности изолированной уступки требования о возврате вещи без переноса на цессионария собственности или иной абсолютной позиции в отношении вещи, а также в отношении вещных последствий прекращения обязательства должника путем прощения долга, новацией и по иным, указанным выше, основаниям.

3.2. Корпоративные обязательства

Как уже отмечалось в комментарии к п. 2 ст. 307 ГК РФ, если в связи с участием в корпорации на основании устава, регламента корпорации, корпоративного договора, закона, обычая или принципа доброй совести, либо в результате принятого решения корпоративного собрания возникает правоотношение, в рамках которого одно лицо обязано что-либо делать или не делать в пользу другого лица, а последнее вправе требовать такого поведения, налицо возникновение обязательственного правоотношения.

Комментируемая норма подтверждает этот тезис, указывая на применимость общих правил обязательственного права к таким правоотношениям, если иное не следует из закона или специфики корпоративных обязательств. Так, например, нет препятствий к тому, чтобы корпоративное право требования выплаты действительной стоимости доли при исключении или выходе участника из ООО, либо требование о выплате объявленных дивидендов могло бы быть уступлено, обеспечено, прекращено прощением долга, новацией или предоставлением отступного, либо при просрочке в исполнении таких обязанностей начислялись мораторные проценты по ст. 395 ГК РФ. Но вот уступка участником права на получение информации вызывает большие сомнения, здесь, видимо, налицо неразрывная связь такого обязательства с личностью кредитора (ст. 383 ГК РФ).

Случаи, когда в силу корпоративной природы обязательств те или иные общие нормы обязательственного права не могут применяться, вполне возможны и могут эволюционно обнаруживаться в ходе развития судебной практики и науки.

Иногда утверждается, что оговорка в п. 2 ст. 307.1 ГК РФ о применимости норм об обязательствах к корпоративным обязанностям и корреспондирующим им правам требования, если иное не следует из существа отношений, намекает на то, что это не обязательства, а особый правовой феномен, а применение норм об обязательствах — просто юридико-технический прием, легитимирующий аналогию закона. На это следует заметить, что такая же оговорка об «ином существе» сделана и в отношении деликтных или кондикционных требований, которые, безусловно, являются обязательственными. Так что нет особых оснований наличию в норме п. 3 ст. 307.1 ГК РФ оговорки про «иное существо» придавать столь принципиальное значение. Такая оговорка должна в принципе сопровождать любую общую норму обязательственного права: они все применяются к отдельным видам обязательств, если иное не вытекает из их существа и существа отношений.

Впрочем, вопрос особого значения не имеет, факт остается фактом, и нормы обязательственного права по общему правилу применимы к правам и обязанностям, которые связывают участников корпоративных отношений и соответствуют определению обязательства по смыслу ст. 307 ГК РФ, если иное не вытекает из специфики регулируемых отношений. Как это назвать — «оптовым» опровержимо презюмируемым применением общих положений об обязательстве к якобы необязательственным по своей природе корпоративным правоотношениям по аналогии закона или опять же опровержимо презюмируемым дедуктивным применением общих правил об обязательстве к особой разновидности обязательственного правоотношения, в практическом плане не столь важно.

Естественно, далеко не все корпоративные правоотношения носят обязательственный характер. Например, право участника общества оспорить сделку общества от имени последнего или правомочие участника на голосование по вопросам управления общества и породить те или иные правовые последствия для общества к обязательственному праву прямого отношения не имеют. Но если в рамках отношений внутри корпорации — между участниками, между участником и корпорацией, либо между корпорацией и членами органов управления — в силу закона, устава, обычаев или принципов права возникают те или иные правоотношения, в рамках которых одно лицо обязано к тому

или иному поведению, а другое вправе требовать такого поведения, налицо возникновение обязательства.

Например, участники вправе требовать от общества предоставления информации, выплаты объявленных дивидендов, выплаты действительной стоимости доли при исключении участника или выходе его из общества, принятия надлежащих мер, направленных на ведение реестра акционеров и своевременное отражение в нем данных о смене обладателей акций, и т.п. Общество же может требовать от участников при накоплении соответствующего фактического состава внесения оговоренных вкладов в уставный капитал, вкладов в имущество, не увеличивающих уставный капитал, участия в принятии ключевых решений, воздержания от голосования за решения, невыгодные для общества и способные причинить обществу убытки, и т.п. Такие отношения, связывающие общество и участников, можно назвать «вертикальными корпоративными обязательствами»: должником в них может оказаться либо само общество, либо участник.

Вряд ли кому-то придет в голову отрицать обязательственную природу требования участника о выплате ему действительной стоимости доли при выходе из общества или объявленных дивидендов, либо требования общества к участнику о внесении вклада в уставный капитал или вклада в имущество общества после принятия соответствующих корпоративных решений, поскольку, как только юристы видят денежный долг, вывод об обязательстве делается практически неминуемо. Но на самом деле нет никаких причин дифференцированно относиться к разным иным видам обязанностей и корреспондирующих им прав, возникающих на почве корпоративных правоотношений. Обязательства являются не только отношения, связанные с выплатой денег, но и иные отношения, в рамках которых одно конкретное лицо должно что-то делать или не делать в пользу другого, а последнее вправе требовать такого поведения. Поэтому обязанность, скажем, мажоритария принимать решения, которые не будут причинять ущерб обществу, либо обязанность общества обеспечить участников необходимой информацией или обеспечить корректное ведение реестра акционеров формируют такие же обязательства, как и обязанность участника внести вклад в имущество общества или обязанность общества выплатить объявленные дивиденды. То, что требование участника о предоставлении информации носит обязательственный характер, подтверждается, в частности, в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 18 января 2011 г. № 144.

На обязательственную природу требований акционеров к обществу, которые удостоверяются принадлежащими акционерам акциями, ука-

зывает и Конституционный Суд РФ (Постановление КС РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П).

Связаны обязательственными отношениями и сами участники общества («горизонтальные корпоративные обязательства»). Если мажоритарий неправомерно притесняет миноритария, в частности, злоупотребляя своими корпоративными правами, и тем самым причиняет миноритарии убытки (не являющиеся производными от убытков, возникающими по тому же основанию у самого общества), миноритарий вправе потребовать от мажоритария возмещения убытков в связи с нарушением обязательства. Например, если мажоритарий проголосовал за реорганизацию общества путем присоединения к другому обществу, на балансе которой имелись значительные убытки, тем самым обесценивая инвестиции миноритариев и сталкивая их со вскоре впоследствии наступившим банкротством организации-правопреемника, или выводит прибыль из общества неправомерным способом, лишая миноритария справедливой доли в прибыли, миноритарий вправе требовать возмещения убытков. Такие прямые иски участника к участнику о возмещении убытков в связи с нарушением выводимых из закона, устава или принципа доброй совести «горизонтальных» корпоративных обязательств (в том числе в связи с притеснением миноритариев) в российских реалиях пока практически не встречаются, но правовые основания для них имеются. В конечном итоге, как справедливо заметил ВС РФ, в основе отношений участников непубличной корпорации лежит товарищеское соглашение (Определение СКЭС ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 306-ЭС19-24912). И поэтому так же, как и в рамках договора простого товарищества, между участниками возникают горизонтальные обязательственные отношения. Они в отличие от товарищества выражены менее ярко, так как в корпорации на первый план выходят обязательственные связи между участниками и самой корпорацией, но тем не менее имеются. Потерпевший участник вправе требовать возмещения убытков при формально незаконном или недобросовестном поведении одного из участников, причиняющего убытки не обществу, а другому участнику, и эта ответственность должна считаться не деликтной, а основанной на договорных обязательствах, вытекающих из того самого «товарищеского соглашения».

Применение общего правового режима обязательств к отношениям между участниками и к отношениям между участником и обществом может влечь серьезные практические последствия. Например, речь может идти о понуждении к исполнению обязательства и установлении астрента на случай неисполнения судебного акта о понуждении к исполнению обязательства (ст. 308.3 ГК РФ), о прекращении обяза-

тельств зачетом (например, зачет долга общества о выплате действительной стоимости доли и долга выходящего участника о возмещении убытков, причиненных им обществу), о прощении долга и многом другом.

Убытки же, причиненные нарушением соответствующих корпоративных обязательств, связывающих участников между собой и с обществом, должны возмещаться по правилам гл. 25 ГК РФ, а не по правилам гл. 59 ГК РФ о деликтах. Безусловно, тут при взыскании убытков с участника в пользу общества или иного участника можно в ряде случаев сослаться на п. 4 ст. 10 ГК РФ о праве на взыскание убытков при злоупотреблении правом, но эта норма не дает ответа на вопрос о том, какой массив правил применять к ответственности – нормы гл. 25 или гл. 59 ГК РФ. Правильный ответ состоит в том, что, злоупотребляя корпоративными правами, участник нарушает подразумеваемое в силу закона, устава, обычаев и принципов права обязательство осуществлять свои корпоративные права добросовестно, не нарушая права общества или других участников (по своей квалификации такое же, как и фидуциарное обязательство доверительного управляющего по договору доверительного управления или товарища, ведущего дела от имени других сторон договора простого товарищества), а следовательно, речь идет об ответственности за нарушение обязательства и применении гл. 25 ГК РФ.

Выбор в пользу гл. 25 ГК РФ для правового режима корпоративной ответственности может иметь далеко идущие последствия. Из этого, в частности, вытекает, что лицо, осуществляющее коммерческую деятельность опосредованно через управление значимой, неминоритарной долей участия, должно отвечать перед корпорацией за причиненные им убытки в связи с тем или иным неправомерным поведением независимо от вины, как он отвечал бы за нарушение иного связанного с его коммерческой деятельностью обязательства (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Например, представим, что гражданин, являющийся мажоритарным участником, не смог принять участие в ключевых собраниях участников ООО, на которых было необходимо принять жизненно важные для общества решения, и тем самым причинил обществу значительные убытки, но при этом нарушение этого стандарта поведения произошло по причине того, что мажоритарий оказался в СИЗО. Вряд ли здесь мыслимо говорить о непреодолимой силе, но в ряде случаев вины участника в таком нарушении может не быть. Если ответственность участника строится по правилам гл. 25 ГК РФ, то отсутствие вины не защитит участника от ответственности перед обществом, так как она носит строгий и не зависящий от вины характер, так же как тот

же должник, попавший в СИЗО, отвечал бы за нарушение обычного договора простого товарищества, если тот заключен в связи с осуществлением коммерческой деятельности. Правила же возмещения убытков, вызванных деликтом, помогли бы такому ответчику освободиться от ответственности (ст. 1064 ГК РФ), но они здесь вряд ли уместны. Как представляется, раз уж наше право установило для коммерсантов режим строгой безвиновной ответственности, то нет причин привлекать коммерсанта к ответственности за нарушение договорных обязательств без вины и почему-то решать этот вопрос иначе в ситуации, когда он нарушил свои обязательства перед партнерами или самим хозяйственным обществом, связанные с его добровольным участием в данном обществе. Если бы партнеры не создали ООО, а структурировали бы свой бизнес путем заключения договора простого товарищества, мы бы, без сомнения, применяли бы режим строгой ответственности. Выбор в пользу корпоративной формы ведения совместного бизнеса не может оправдать отличное решение. Раз создание коммерческой корпорации представляет собой особую разновидность товарищеского договора, а сами корпоративные отношения носят договорную природу (Определение СКЭС ВС РФ от 6 марта 2020 г. № 306-ЭС19-24912), и сейчас практика ВС РФ склонна к применению по аналогии к корпоративным отношениям ряда норм гражданского законодательства об обязательствах, вытекающих из договора простого товарищества (Определение СКЭС ВС РФ от 14 июля 2020 г. № 309-ЭС18-12370), видимо, есть все основания и для применения правил п. 3 ст. 401 ГК РФ. Виновная ответственность участников перед хозяйственным обществом была бы системно не согласованной с этим трендом, как минимум если речь идет об участнике, обладающем значимым корпоративным контролем.

Также есть основания применять к ответственности участников правила строгой ответственности должника за действия привлеченных им для исполнения обязательств третьих лиц по правилам ст. 403 ГК РФ, а не правил более мягкой деликтной ответственности за третьих лиц (ст. 1068 ГК РФ). Так, например, если убытки обществу или другому участнику причинило неправомерное поведение доверительного управляющего, осуществляющего корпоративные полномочия участника ООО, то это будет означать, что вина доверительного управляющего будет вменяться участнику по правилам ст. 403 ГК РФ, и иск об убытках может быть предъявлен непосредственно к участнику, который привлек к осуществлению своих полномочий и исполнению своих корпоративных обязанностей такое третье лицо, даже если нет собственной вины участника в выборе небрежного или недобросовестного управляющего или в участии в самом

неправомерном поведении в форме соответствующих инструкций или попустительства. Деликтное право дало бы нам иное решение, так как согласно ст. 1068 ГК РФ лицо отвечает за причиняющее вред поведение своих штатных сотрудников, но не отвечает за поведение тех лиц, которых оно привлекло по гражданско-правовому договору и при этом полностью не контролирует (например, грузоотправитель не отвечает перед потерпевшим за наезд, совершенный привлеченным по договору перевозки грузооперевозчиком).

Обязательственными являются и правоотношения, связывающие лицо, выступающее в качестве единоличного исполнительного органа или члена иных органов управления общества, с одной стороны, и само общество – с другой. Директор вправе требовать выплаты вознаграждения за свой труд, а сам обременен обязательством надлежащим образом осуществлять свои полномочия в интересах общества. Так, например, лишенный полномочий директор общества обязан передать соответствующую документацию новому директору или арбитражному управляющему, а общество в лице нового директора или управляющего вправе требовать передачи таких документов: нет никаких сомнений, что речь идет о классическом обязательстве. Судебная практика ВС РФ так же смотрит на эти правоотношения, говоря об обязательстве и возможности принуждения к исполнению обязательства и установлению астрента на случай неисполнения судебного решения о понуждении к передаче документации (Определение СКЭС ВС РФ от 11 июля 2017 г. № 307-ЭС16-21419).

Из обязательственной природы обязанностей директора перед обществом следует, например, что нарушение директором общества своих обязанностей по надлежащему управлению обществом влечет не деликтную ответственность, а ответственность за нарушение обязательства с применением правил гл. 25 ГК РФ. Ответственность директора, для которого отправление управленческих обязанностей является не способом ведения его предпринимательской деятельности, а является работой по найму, строится на началах вины (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ). Так что здесь отличие от режима деликтной ответственности непринципиально. Но, если, например, свои обязанности нарушила управляющая компания, выполняющая по договору функции единоличного исполнительного органа в качестве своего коммерческого промысла, мы имеем все основания применять правила строгой ответственности. Соответственно, если установлен элемент объективной неправомерности в виде нарушения стандартов поведения, вытекающих из расплывчатого критерия разумности или добросовестности поведения директора (с учетом *business judgment rule*, закрепленного

в п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62), то ссылки такого ответчика на отсутствие субъективной вины (например, на то, что принять своевременно те или иные управленческие решения не удалось в связи с незаконным арестом директора управляющей компании) защитить ответчика от ответственности не должны.

Впрочем, тезис об очевидно договорной природе ответственности директоров иногда оспаривают, ссылаясь на то, что пусть договорная квалификация ответственности директора и является логичной и соответствующей природе отношений, но в практическом плане она может создать проблемы в свете того, что в обороте востребовано страхование ответственности директоров, а ГК РФ по какой-то очевидной ошибке запрещает по общему правилу страхование должником своей договорной ответственности (п. 1 ст. 932 ГК РФ). В этом плане бегство в деликтную квалификацию позволяет обойти этот странный и нелепый запрет. На это следует заметить, что решать столь фундаментальный вопрос о квалификации правоотношения ради решения локальной проблемы, вызванной очевидной ошибкой законодателя в регулировании страхования, концептуально неверно. Куда логичнее просто истолковать п. 1 ст. 932 ГК РФ ограничительно *de lege lata* и устранить из текста Кодекса *de lege ferenda*.

В той степени, в которой верны эти замечания, говорить о корпоративных деликтах в контексте споров между участниками, между участником и обществом, а также между обществом и его директорами некорректно; внутри корпорации по всем указанным трем направлениям развиваются обязательственные отношения, а ответственность за нарушение этих обязательств строится по правилам гл. 25 ГК РФ.

Все вышесказанное применимо к любым корпоративным организациям, как коммерческим (ООО, АО, полные и командитные товарищества, производственные кооперативы), так и с необходимыми адаптациями некоммерческим (например, ассоциации, товарищества собственников недвижимости, потребительские кооперативы и т.п.). Например, согласно ч. 6 ст. 11 Федерального закона от 29 июля 2017 г. № 217-ФЗ «О ведении гражданами садоводства и огородничества для собственных нужд и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» наряду с обязанностями, предусмотренными гражданским законодательством для членов некоммерческой корпоративной организации, член садоводческого товарищества обязан: 1) не нарушать права других членов товарищества и лиц, осуществляющих ведение садоводства или огородничества на земельных участках, расположенных в границах территории садоводства или огородничества, без участия в товариществе; 2) своевременно

уплачивать взносы, предусмотренные настоящим Федеральным законом; 3) исполнять решения, принятые председателем товарищества и правлением товарищества, в рамках полномочий, установленных настоящим Федеральным законом или возложенных на них общим собранием членов товарищества; 4) соблюдать иные обязанности, связанные с осуществлением деятельности в границах территории садоводства или огородничества, установленные законодательством Российской Федерации и уставом товарищества. Очевидно, что этим обязанностям противостоят корреспондирующие права самого товарищества и других членов товарищества. Есть все основания говорить в этом отношении об обязательственном правоотношении.

Нарушение таких обязанностей по отношению к товариществу или другим его членам, причиняющее убытки, повлечет ответственность по правилам гл. 25 ГК РФ, а не по правилам гл. 59 ГК РФ. Естественно, степень интенсивности фидуциарных обязанностей директоров и членов НКО может принципиально отличаться от тех стандартов, которые мы готовы применять к директорам и участникам АО или ООО, но это не меняет коренным образом природу самих отношений,

Также сделанные выводы об обязательственной природе отношений уместны применительно к отношениям между лицами, выступающими в качестве органов управления унитарных организаций, и самими такими организациями (например, фонд, учреждение, государственные или муниципальные унитарные предприятия и т.п.). Так, если директор благотворительного фонда при осуществлении своих договорных обязанностей будет нецелевым образом их расходовать, он совершает не деликт, а нарушение обязательств, принятых на себя при принятии полномочий.

Безусловно, как то следует из п. 3 ст. 307.1 ГК РФ, корпоративная специфика отношений между участниками корпоративной организации, между ними и такой организацией или между такой организацией и лицами, осуществляющими полномочия членов органов управления, а также специфика отношений между унитарными организациями и членами органов управления таких организаций могут накладывать свой отпечаток на применение общих положений обязательственного права, и далеко не все такие общие положения применимы к таким обязательствам и многие нормы требуют необходимых адаптаций.

Например, если речь идет о нарушении обществом своих обязательств перед участником и пострадавшее лицо остается участником общества, оно, конечно же, может предъявлять иск о понуждении к исполнению такого обязательства к обществу (например, о передаче информации), но вопрос о взыскании убытков за нарушение обяза-

тельства за счет имущества общества требует некоторых пояснений. Если убытки возникли у участника в связи с нарушением директором общества своих фидуциарных обязанностей перед обществом и являются рефлексивным отражением финансового ущерба, первично причиненного самому обществу (т.е. убытки в виде снижения стоимости доли участия из-за причинения ущерба обществу), участники не могут требовать возмещения убытков ни с общества, ни с директора в свою пользу. Вместо этого участники наделены правомочием искать с директоров убытки в пользу общества. Напомним, что Российская Федерация относится к странам, в которых допускаются деривативные, косвенные иски участников о привлечении директоров к ответственности с присуждением убытков в пользу общества (ст. 53.1, 65.2 ГК РФ).

Но в ряде случаев неправомерное поведение директоров от имени общества причиняет убытки не обществу (и только опосредованно, рефлексивно участникам), а напрямую и только конкретному участнику (например, при предоставлении обществом участнику недостоверной информации о финансовом состоянии общества, в результате чего сорвалась сделка продажи участником своей доли третьему лицу). Может ли участник требовать возмещения таких убытков от общества?

Если допустить такое взыскание убытков в пользу участников с общества, нарушившего права участников и причинившего участникам *прямые убытки* (т.е. убытки, не являющиеся следствием причинения убытков самому обществу), получится, что убытки одного конкретного участника, спровоцированные неправомерным поведением менеджмента общества, будут возмещены за счет средств общества, а значит, косвенно за счет самого пострадавшего участника пропорционально его доле участия (что парадоксально) и в оставшейся доле косвенно за счет других участников, которые никакого отношения к нарушению прав истца, вероятно, не имеют (что несправедливо). Нет никаких гарантий, что впоследствии общество, возместив такие убытки, сможет добиться возмещения в регрессном порядке за счет самого директора, чье неправомерное поведение привело к нарушению прав участника.

В этой связи, возможно, логично исходить из того, что в подобного рода случаях пострадавший участник, чье обязательственное требование к обществу было нарушено в результате неправомерных действий менеджмента, вправе требовать возмещения убытков исключительно от самих виновных директоров общества (либо солидарно еще и с тех участников, чьи незаконные инструкции директор исполнял), но не

с самого общества. Это решение не совсем обычно для классического обязательственного права, в рамках которого кредитор вправе требовать от нарушившего его право должника как исполнения обязательства в натуре, так и возмещения убытков. Здесь же в корпоративном контексте получается, что участник (кредитор) вправе требовать исполнения обязательства в натуре от общества, а возмещения убытков — только от менеджмента, чье неправомерное поведение и спровоцировало нарушение прав участника.

В принципе, что-то подобное можно обнаружить и за рамками корпоративного права. Например, если стороной договора является лицо, лишенное дееспособности или малолетний гражданин, кредитор может потребовать исполнения обязательства от такого должника, в частности, погашения долга или передачи имущества, если такие обязательства были приняты этим лицом на основании законной сделки (например, совершенной им до лишения дееспособности или совершенной законным представителем с согласия органа опеки и попечительства), но в случае нарушения такого обязательства в результате неправомерного бездействия родителей, усыновителей или опекунов возникшие у кредитора убытки он вправе предъявить к возмещению не самому недееспособному должнику, а только непосредственно его законному представителю, которые отвечают перед кредитором за виновное поведение, повлекшее нарушение обязательства опекаемого за счет сугубо своего личного имущества (п. 3 ст. 28 ГК РФ, ч. 1 ст. 26 Закона об опеке и попечительстве). Так что чего-то уникального в таком расщеплении нет; для случаев законного представительства это решение характерно.

Но в целом вопрос крайне спорен. Более того, следует сказать, что суды достаточно часто взыскивают убытки за счет ТСЖ в пользу членов ТСЖ, не видя проблему в том, что подобное взыскание просто перераспределяет ущерб одного члена ТСЖ, возможно выбравшего данное руководство этого товарищества, между всеми членами товарищества, включая, возможно, тех, кто голосовал против назначения такого руководства. Это может показаться не вполне справедливым.

Если мы допускаем иск участников к директорам о возмещении убытков в свою пользу, необходимо ответить на вопрос, будет ли эта ответственность директоров перед участниками деликтной или связанной с нарушением обязательства. Для этого надо понять, можно ли говорить о том, что обязательственные пути связывают не только участников между собой, участников и общество, а также общество и директоров, но в определенных ограниченных пределах создают прямую связь между директорами и участниками. На первый

взгляд кажется, что подобная ответственность должна строиться по правилам гл. 25 ГК РФ. Впрочем, вопрос в российском праве плохо проработан. Объяснить данный феномен можно теоретически за счет концепции договора с охранительным эффектом в отношении третьих лиц, но данная концепция в российском праве пока не реализована (подробнее о данной концепции см. комментарий к п. 3 ст. 308 ГК РФ).

Дополнительная литература

Правовая природа реституции

Байбак В.В. Реституционные, кондикционные и виндикационные требования в гражданском обороте // Объекты гражданского оборота: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007. С. 179–196.

Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к ст. 153–208 ГК РФ [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 166 и 167 ГК РФ – *Д.О. Тузов*).

Синицын С.А. Виндикация, реституция и кондикция: проблемы соотношения // Законодательство. 2003. № 8. С. 18–27.

Скловский К.И. *Некоторые проблемы реституции* // Вестник ВАС РФ. 2002. № 8. С. 108–122.

Смирнова М.А. Соотношение обязательственных требований в российском гражданском праве // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. М., 2003. Вып. 7. С. 185–208.

Тузов Д.О. Реституция и реституционные правоотношения в гражданском праве России // Цивилистические исследования. Сборник научных трудов памяти профессора И.Н. Федорова. М., 2004. Вып. 1. С. 213–245.

Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007.

Туктаров Ю.Е. Требование о возврате полученного по недействительной сделке // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2006. С. 144–173.

Обязательства, вытекающие из корпоративных правоотношений

Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М., 2008.

Степанов Д.И. *От субъекта ответственности к природе корпоративных отношений* // Вестник ВАС РФ. 2009. № 1. С. 20–75.

Статья 308. Стороны обязательства

1. В обязательстве в качестве каждой из его сторон — кредитора или должника — могут участвовать одно или одновременно несколько лиц.

Недействительность требований кредитора к одному из лиц, участвующих в обязательстве на стороне должника, равно как и истечение срока исковой давности по требованию к такому лицу, сами по себе не затрагивают его требований к остальным этим лицам.

2. Если каждая из сторон по договору несет обязанность в пользу другой стороны, она считается должником другой стороны в том, что обязана сделать в ее пользу, и одновременно ее кредитором в том, что имеет право от нее требовать.

3. Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц).

В случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или соглашением сторон, обязательство может создавать для третьих лиц права в отношении одной или обеих сторон обязательства.

Комментарий

1. Субъектный состав обязательственного правоотношения

Как уже отмечалось в комментарии к ст. 307 ГК РФ, стороны обязательства по тексту ГК РФ, иных законов, в судебной практике и научной литературе именуется должником и кредитором. В дореволюционном праве кредитор именовался верителем, но этот термин сейчас практически не используется. Должника же сейчас иногда именуют дебитором, но эта практика не очень распространена. Обычно термин «дебитор» появляется тогда, когда по тексту речь идет о должнике, который имеет долг перед должником некоего кредитора: здесь для отграничения фигур в этой трехзвенной модели должника, обязанного перед должником кредитора, начинают часто именовать дебитором. В целом несколько парадоксально, что эволюционно для обозначения обладателя обязательственного требования не прижился русский термин «веритель» и мы почему-то перешли на использование латинизма «кредитор», а для обозначения обязанной стороны все произошло ровно наоборот.

Согласно комментируемому пункту помимо ситуации, когда в качестве должника или кредитора выступает одно лицо, могут возникать обязательства со множественностью лиц на стороне должника или кредитора. В такого рода случаях несколько лиц выступают в качестве содолжников или сокредиторов по единому обязательственному правоотношению.

Как будет далее показано, в реальности такие ситуации, когда в одном обязательственном правоотношении на стороне должника или кредитора оказываются несколько лиц, достаточно редки. Это случаи, когда речь идет о совместной множественности на стороне должника, предполагающей, что соответствующее предоставление должны осуществить только два содолжника совместно и только их совместное предоставление способно выступить надлежащим исполнением (например, обязательства соавторов по написанию книги, обязательство участников танцевальной пары выступить на танцевальном фестивале или двух агентов представлять принципала и совершать сделки от его имени исключительно совместно) либо на стороне кредитора (например, обязательство тренера танцевальной пары по проведению тренировок с обоими ее участниками с целью подготовки пары к соревнованию).

В тех же многочисленных случаях, когда мы говорим о солидарной или долевым «множественности лиц в обязательстве», на самом деле речь идет о нескольких параллельно существующих обязательствах, в каждом из которых один должник и один кредитор. Отличие совместных обязательств от солидарных и долевым подчеркивается, в частности, в п. 3 ст. III.—4:102 Модельных правил европейского частного права. Разбор этой проблематики см. комментариев к ст. 321—326 ГК РФ.

1.1. Независимость судьбы требования кредитора к разным лицам, выступающим на стороне должника в обязательстве

В абзаце втором п. 1 комментируемой статьи указывается на то, что истечение срока исковой давности по требованию к одному из лиц, «выступающих на стороне должника», само по себе не затрагивает требований кредитора к остальным таким лицам. Так, например, если одно из лиц, «участвующих в обязательстве на стороне должника», признало долг, это прервет срок давности только по требованию к этому лицу; по требованию к другому обязанному лицу срок давности истечет. Соответственно, по мысли законодателя, может случиться так, что требование к одному из лиц, участвующих в обязательстве на стороне должника, будет задавнено, но это не будет препятствием к удовлетворению требования к другому обязанному по обязательству лицу.

Также согласно комментируемому пункту недействительность требования к одному из лиц, «участвующих в обязательстве на стороне должника», сама по себе не затрагивает требований кредитора к остальным обязанным лицам. Видимо, имеется в виду недействительность сделки, порождающей обязательство, в части включения в обязательственную связь лишь одного из нескольких содолжников.

Так, например, если одно из «участствующих в обязательстве» на стороне должника лиц к моменту заключения договора было признано недееспособным, сделка в части, затрагивающей «участие этого лица в обязательстве», окажется ничтожной по п. 1 ст. 171 ГК РФ только в отношении этого недееспособного лица, в то время как требование кредитора к другому, дееспособному, обязанному лицу останется действительным. То же касается и оспаривания договора по банкротным или корпоративным основаниям в части обязательственной связи с одним из содолжников. Впрочем, справедливость такого исхода может быть поставлена под сомнение. Выпадение одного из содолжников может серьезно подорвать разумные ожидания кредитора, а также иногда и другого содолжника, остающегося в обязательственной связи с кредитором в одиночестве. В ряде случаев было бы логично либо, применяя здесь ст. 180 ГК РФ о недействительности части сделки, констатировать, что порок, затрагивающий участие в сделке одного лица, влечет недействительность всей сделки в целом, либо дать остающемуся в обязательственной связи должнику или кредитору возможность оспорить сделку «в оставшейся ее части» по правилам ст. 178 ГК РФ в связи с заблуждением. Этот вопрос может быть предметом дискуссий.

Обе эти нормы абзаца второго п. 1 ст. 308 ГК РФ являются сильным аргументом в пользу того, что, хотя в комментируемом пункте законодатель говорит о пассивной множественности лиц в обязательстве, на самом деле в случае классических солидарных или долевых обязательств некорректно говорить об участии нескольких лиц на стороне должника в одном обязательстве, и логичнее исходить из того, что у кредитора с каждым из содолжников существует свое собственное обязательственное правоотношение. При долевой пассивной множественности имеется несколько обязательств разных должников с одним кредитором, размер которых определяется соответствующей пропорцией, а при солидарной множественности имеет место несколько обязательств разных должников с одним и тем же кредитором, объединенных единством погашающего эффекта (платеж по одному из таких обязательств уменьшает размер долга и по второму обязательству). Наличие фактора единства погашающего эффекта означает, что, несмотря на то что у кредитора к нескольким солидарным должникам существуют отдельные обязательственные требования, которые могут развиваться по самостоятельным юридическим сценариям (например, по ним может по-разному течь исковая давность, требование к одному из содолжников может быть прощено, кредитор может взыскать всю сумму с одного из содолжников

по своему усмотрению и т.п.), в экономическом плане актив в руках кредитора измеряется не совокупностью всех этих требований, а наибольшим из размеров таких солидарных требований (подробнее см. комментарий к ст. 321–326 ГК РФ).

Но, несмотря на текст данной нормы, она распространяется не на случаи множественности лиц *в одном обязательстве*, а на случаи, когда налицо солидарные или долевые обязательства. К случаям совместной множественности лиц в обязательстве, в рамках которой, действительно, несколько лиц участвуют в едином обязательстве на стороне должника или кредитора, эта норма отношения не имеет.

Но как данные вопросы будут решаться в контексте совместной множественности лиц в обязательстве?

1.1.1. Течение исковой давности и вопросы недействительности участия одного из содолжников (сокредиторов) в совместном обязательстве

В рамках обязательства с пассивной совместной множественностью лиц один из содолжников просто не может совершить единолично действия, входящие в предмет обязательства, и тем самым прекратить обязательство, а кредитор не может требовать исполнения лишь от одного из содолжников. В рамках случаев с активной совместной множественностью должник не может осуществить предоставление лишь одному произвольному выбранному сокредитору, и ни один из сокредиторов не может требовать осуществления предоставления исключительно в свою пользу. В отношении случаев, когда двое авторов обязались перед издательством написать в соавторстве книгу, трио музыкантов обязалось выступить с концертом либо тренер обязался тренировать танцевальную пару, применимость комментируемых правил логически исключена. Так, не может по требованию о написании книги соавторами для каждого из них отдельно течь исковая давность, ибо кредитор не может требовать исполнения лишь от одного из содолжников.

В то же время следует учесть, что в случае нарушения совместно-го обязательства и возникновения у содолжников охранительного денежного обязательства (например, о взыскании убытков, уплате неустойки) или обязательства по возврату уплаченной цены возникают классические солидарные или долевые обязательства, т.е. несколько параллельно существующих обязательств по числу содолжников (о такой «трансформации» совместного обязательства в солидарное на охранительной стадии см. ст. III.—4:105 Модельных правил европейского частного права). И на этом этапе возможность применения как минимум нормы о раздельном течении исковой давности открывается. Если музыканты, выступающие в формате трио, взяв аванс, не смогли

выступить на концерте классической музыки, заказчик может отказаться от договора и потребовать от музыкантов возврата уплаченного аванса и возмещения убытков; музыканты обязаны к возврату аванса и возмещению убытков солидарно, заказчик может потребовать возврата денег как от всех музыкантов солидарно, так и от любого из них, и на этом этапе давность по требованию о возврате аванса может начать течь раздельно. Например, если один из музыкантов признает долг, давность прервется по требованию к этому музыканту, но продолжит течь в изначальном режиме по требованию к другому.

Что же касается нормы о последствиях недействительности обязательственной связи с одним из содолжников, то при совместном обязательстве выпадение одного из содолжников делает изначально невозможным исполнение обязательства другим. Здесь можно теоретически исходить из того, что недействительность сделки в части участия в обязательстве одного из совместных должников всегда, по правилам ст. 180 ГК РФ, приводит к ничтожности сделки в целом. В этом случае один из содолжников, чье участие в сделке не является недействительным, может оказаться ответственным перед кредитором за убытки в размере негативного договорного интереса по правилам ст. 434.1 ГК РФ, если будет установлено, что он знал или должен был знать об основаниях недействительности сделки в части участия в ней другого содолжника, но не сообщил о них субъективно-добросовестному кредитору.

Впрочем, можно обсуждать и альтернативное решение: при недействительности сделки в части участия в ней одного из совместных содолжников она остается действительной в отношении другого содолжника, но пораженной изначальной невозможностью исполнения. В рамках данной интерпретации такое обязательство просто не возникает или возникает и через логическую секунду прекращается, и вместо этого у содолжника, чье участие в долге не является недействительным, может возникнуть охранительное обязательство возместить позитивный договорный интерес кредитора, если такой содолжник был субъективно недобросовестен и знал либо должен был знать, что другой содолжник просто не может принять на себя соответствующее обязательство. Разница между двумя этими подходами состоит в объеме ответственности содолжника, чье участие в совместном обязательстве не является недействительным.

В целом расположение этих комментируемых положений в ст. 308 ГК РФ, а не в ст. 321–326 ГК РФ наряду с другими нормами о множественности лиц в обязательственных правоотношениях кажется странным и не вполне удачным.

2. Двусторонне обязывающий договор

Пункт 2 достаточно четко указывает на то, что двусторонне обязывающий договор не равнозначен обязательству. Обязательство — это элементарная правовая связь между должником и кредитором. Поэтому договор, который возлагает взаимные обязанности на обе его стороны, устанавливает несколько взаимных обязательств, в рамках которых каждая из сторон договора выступает либо в качестве должника, либо в качестве кредитора.

Договоры, возлагающие обязательства на обе стороны, могут иметь разную природу.

Так, например, для оборота очень характерны синаллагматические договоры, порождающие взаимные обязательства, опосредующие обмен встречными экономическими предоставлениями (например, обязательство покупателя по оплате и обязательство продавца по передаче вещи в собственность). Это своего рода архетип договора, который встречается в обороте чаще всего (подробнее о таких договорах см. комментарий к ст. 328 ГК РФ).

Также встречаются и такие договоры, которые возлагают обязательства на все стороны договора, но при этом не опосредуют экономический обмен. Так, например, по консенсуальному договору ссуды обязательства возлагаются как на ссудодателя (прежде всего передать вещь во временное владение и пользование), так и на ссудополучателя (пользоваться вещью в соответствии с ее назначением и вернуть ее по окончании установленного срока). Другой пример: согласно п. 2 ст. 975 ГК РФ по договору поручения, не предусматривающему оплату услуг поверенного, доверитель все же обязан возместить поверенному понесенные им расходы. Это обязательство доверителя может так и не созреть, если расходы не будут понесены. Но если оно и созреет, это не делает такой договор синаллагматическим, так как возмещение расходов не является тем встречным предоставлением, в обмен на которое поверенный оказывает свои услуги.

Кроме того, не стоит забывать и о том, что могут заключаться договоры, которые возлагают на их стороны обязательства, исполнение которых служит достижению некой общей цели за счет объединения вкладов и усилий сторон или координации поведения в некоем сообществе (например, договор об учреждении ООО или создании АО, корпоративный договор, договор простого товарищества, соглашение о порядке использования объекта общей долевой собственности и т.п.). Впрочем, вопрос о том, корректно ли противопоставлять такие кооперативные договоры синаллагматическим, может вызывать споры (подробнее см. комментарий к ст. 328 ГК РФ).

Во всех подобных случаях комплекс договорных правоотношений намного шире элементарного обязательства, входящего в структуру этого «обязательственного мультиплекса».

Такие договоры, возлагающие обязательства на все стороны договора, следует отличать от односторонне обязывающих договоров, по которым стороной, обязанной к осуществлению договорного предоставления, является лишь один контрагент (например, договор поручительства или консенсуальный договор дарения). Иногда считается, что здесь программа договорных правоотношений, по сути, сводится к элементарному обязательству, и одна из сторон по определению выступает в качестве кредитора, а другая – в качестве должника. В то же время односторонне обязывающий договор отличается от двусторонне обязывающего тем, что лишь на одной из сторон лежит долг по осуществлению договорного предоставления, удовлетворяющего ту или иную экономическую потребность кредитора; это не исключает, что тот же договор не может возлагать на кредитора определенные договорные обязанности (например, по добросовестному сотрудничеству, информированию, кредиторские обязанности и т.п.). Так что и здесь правовой эффект договора может оказаться и, как правило, оказывается шире элементарного обязательства. Например, консенсуальный договор дарения носит односторонне обязывающий характер, так как договорное предоставление осуществляет лишь одна из сторон, но это не отменяет того факта, что одаряемый по заключенному консенсуальному договору дарения обязан принять обещанную ему вещь, а в случае уклонения от принятия может оказаться ответственным перед дарителем за убытки (например, расходы дарителя по доставке вещи одаряемому).

Кроме того, не следует забывать, что существуют договоры, которые направлены на прекращение ранее возникших обязательств (например, соглашение о расторжении договора, прощение долга и т.п.), перенос права собственности или непосредственное отчуждение имущественного права (например, реальный договор дарения), предоставление производного абсолютного права (например, соглашение о сервитуте или соглашение, разрешающее использовать имя гражданина в коммерческой деятельности), предоставление секундарного права (например, опцион), или влекут иной необязательственный правовой эффект (например, соглашение об уступке залогового старшинства, соглашение о выборе применимого права, соглашение о предоставлении права использования чужого имени и др.). При этом в рамках подобных соглашений могут спорадически появляться те или иные дополнительные обязательства, восполняющие основной необязатель-

ственный эффект соглашений. Но как бы то ни было, очевидно, что все богатство гражданско-правовых эффектов, которые стороны могут породить своим соглашением, не сводится к созданию обязательств.

3. Относительность обязательственной связи и исключения из данного правила

Пункт 3 комментируемой статьи закрепляет идею относительности обязательственной связи: обязательство по общему правилу требует того или иного поведения исключительно от должника и не создает обязанности для лиц, в обязательстве не участвующих.

Обязательственное правоотношение не возлагает на третьих лиц обязанность, входящую в предмет обязательства, поскольку если бы последнее было связано такой обязанностью, то оно было бы стороной обязательственного правоотношения. Соответственно, цель нормы не в постулировании этой тавтологии, а в указании на то, что в связи с обязательством, связывающим его стороны, третьи лица не обременяются какими-либо обязанностями по отношению к сторонам обязательства. Если обязательство требует от подрядчика выполнить строительные работы, это *само по себе* не возлагает на сотрудников подрядчика обязанность воздерживаться от увольнения до окончания строительства, на поставщиков материалов — обязанность снабжать подрядчика материалами для строительства, а на банк — обязанность финансировать подрядчика.

Тесно связанный с этим аспект — это относительность правового эффекта договора. По общему правилу заключение договора не может возложить на третьих лиц, не участвующих в заключении договора, те или иные обязанности, прекратить права третьих лиц или иным образом напрямую затронуть правовое положение третьих лиц. Запрет на волюнтаристское вторжение сторон договора в сферу правовой автономии не участвующих в договоре лиц вытекает из общего принципа гражданского права, согласно которому не допускается вмешательство в частные дела (п. 1 ст. 1 ГК РФ).

Из комментируемой нормы и отраженной в ней идеи относительности обязательственной правовой связи арбитражная практика вывела общий вывод о невозможности возложения соглашением сторон на не участвующих в соглашении третьих лиц не только обязательств или каких-либо иных обязанностей, но и любого иного бремени, риска и иных стеснений сферы их прав и интересов (см.: абзац пятый п. 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73; Постановление Президиума ВАС РФ от 8 февраля 2011 г. № 13534/10; п. 18 и 29 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45).

Согласно п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, так как обязательство не создает прав и обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон, стороны обязательства не могут выдвигать в отношении третьих лиц возражения, основанные на обязательстве между собой, равно как и третьи лица не могут выдвигать возражения, вытекающие из обязательства, в котором они не участвуют. Первое и второе утверждения вполне корректны, но указывают лишь на общее правило, из которого могут быть установлены исключения. Например, в условиях независимой гарантии начало исполнения обязательства бенефициара перед принципалом может быть указано в качестве условия для начала действия гарантии (п. 3 Обзора судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г.)), а в силу правил о поручительстве (ст. 364 ГК РФ) поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, доступные основному должнику по его обеспеченному обязательству перед кредитором.

Далее из этих общих посылок ВС РФ в п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 вывел позицию о том, что при переходе прав кредитора к другому лицу по договору об уступке требования должник в качестве возражения против требований нового кредитора не вправе ссылаться на неисполнение цессионарием обязательств по оплате права требования перед cedentом. Эта позиция также корректна как общее правило: если требование действительно перешло цессионарию, должник не может пытаться возражать против взыскания с него долга, ссылаясь на то, что цессионарий еще не заплатил cedенту. Но могут быть ситуации, когда сам переход требования привязан к уплате цессионарием cedенту цены выкупаемого права, и в таких ситуациях должник может поставить вопрос об исполнении цессионарием своих обязательств перед cedентом, ибо с таким исполнением связан сам распорядительный эффект цессии. Впрочем, вопрос о том, может ли в таком случае должник возражать против иска предполагаемого цессионария со ссылкой на отсутствие распорядительного эффекта цессии, если должник получил уведомление о переходе права от самого cedента, может вызывать споры.

Кроме того, в практике высших судов неоднократно поддерживалась позиция, что наличие уже заключенного договора купли-продажи не может по общему правилу привести к недействительности иного договора, направленного на отчуждение того же самого объекта (см, например, абзац шестой п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54). Аналогичный подход был поддержан и применительно к аренде

(см.: п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73; Определение ВС РФ от 4 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-12573) (об исключениях см. п. 3.9 комментария к настоящей статье).

Проявлением принципа относительности выступает и п. 3 ст. 706 ГК РФ, устанавливающий по общему правилу ответственность генерального подрядчика перед заказчиком за действия субподрядчика и невозможность предъявления прямого иска заказчика к субподрядчику в связи с дефектами, а последнего к заказчику в связи с неоплатой. Принцип относительности также имеет большое значение в отношениях между грузоотправителем, экспедитором, перевозчиком и грузополучателем. Так, в силу п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 26 лицом, отвечающим перед фактическим перевозчиком за оплату перевозки, является лицо, заключившее договор перевозки. Если договор перевозки заключен экспедитором от своего имени, перевозчик не вправе требовать провозную плату с клиента экспедитора. Это, в принципе, характерно для любых договорных цепочек и случаев привлечения должником третьих лиц к исполнению обязательства (об исключениях см. п. 3.6—3.8 комментария к настоящей статье).

Таких примеров очень много. Перечислить их все в тексте комментария невозможно.

3.1. Императивность

Данное правило носит императивный характер в плане невозможности согласования сторонами обязательства условия о возложении обязанностей на третье лицо, так как это вытекает из его телеологического толкования и направленности на защиту не участвующих в договоре лиц. Стороны не могут договориться не только о том, что их соглашение эффективно возложит обязательство на не участвующее в договоре третье лицо, но также о том, что оно прекратит право требования такого третьего лица без исполнения или изменит его¹. Условия договора, противоречащие этому запрету, должны считаться ничтожными по п. 2 ст. 168 ГК РФ, как нарушающие императивную норму закона и при этом попирающие интересы лиц, в договоре не участвующих. Так, например, п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103 указывает на то, что условие соглашения о новации, заключенное между залогодержателем и основным должником, в котором предусмотрено сохранение связан-

¹ Естественно, речь не идет о запрете на представительство, так как в случае заключения обязательственной сделки представителем, имеющим необходимые полномочия, стороной сделки будет являться не представитель, а представляемый.

ных с первоначальным обязательством дополнительных обязательств залогодателя, не являющегося должником, ничтожно.

3.2. Исключения из принципа относительности: вводные замечания

В реально действующем праве все простые антиномии неминуемо обречены на усложнение и размывание за счет исключений. Жизнь оказывается намного богаче, чем любые простые схемы. Поиск справедливого и разумного разрешения коллизий на фоне меняющихся социальных, экономических, технологических условий жизни и эволюции этики и науки постоянно разрушает, казалось бы, построенные на века по четким османовским чертежам ровные фасады правовых доктрин и покрывает граффити, казалось бы, совершенные в своей цивилистической геометрии триумфальные арки. Мы постоянно вынуждены уточнять, а иногда и отвергать самые азбучные догматические суждения и выстраивать новые и более сложные элементы правовой догматики. Развитие частного права — это перманентное и неостановимое «созидательное разрушение». Задача ученых, судов и законодателя — удержать этот динамический диалектический процесс в определенных рамках, дабы не превратить нормальное эволюционное цивилистическое градостроительство в нарастающую неконтролируемую энтропию, а бульвары и площади в хаос фавел.

В таких условиях роль того или иного догматического принципа состоит в том, чтобы помочь предотвратить хаос, возложив на сторонников формирования тех или иных исключений бремя аргументации. Принцип не отвергает возможность исключений, но позволяет избежать слишком смелого хаотического экспериментирования с трудно предсказуемыми последствиями без серьезных оснований. Его роль — организующая и дисциплинирующая. Догматический принцип — не оковы, навечно блокирующие всякую динамику. Возможно, на каком-то этапе исключений станет так много, что сам принцип канет в Лету, и его заменит некая иная организующая максима как центр гравитации правовых решений. Но пока он не потерял свой вес, его организующая роль должна уважаться.

В области концепции относительности обязательства мы наблюдаем ту же картину. Казалось бы, относительность обязательственной связи — эта некая догма, без которой невозможно понять основное разделение правоотношений и суть обязательственного права. Но постепенно начинает нарастать все большее число исключений, которые предлагают ученые, признают суды и принимают законодатели. Пока это не колеблет сам принцип как некое абстрактное общее правило, но требует повышенного внимания к приводящимся аргументам в пользу таких

исключений. В целом можно прогнозировать, что по мере усложнения рыночного оборота количество исключений будет все возрастать.

Иногда юристы выводят из принципа относительности идею о непротивопоставимости обязательственных правоотношений третьим лицам и изолированности правовой связи должника и кредитора, ее полной независимости от поведения третьих лиц и т.п. Как мы далее увидим, это заблуждение. Принцип относительности обязательственной связи не значит, что третьи лица *никогда* не могут воздействовать на обязательственную связь, не могут приобрести некоторые права в связи с динамикой обязательственного правоотношения и что им это обязательственное правоотношение не может в той или иной степени противопоставляться. Третьи лица могут в определенных ситуациях воздействовать на динамику обязательственного правоотношения, могут привлекаться к деликтной ответственности за вторжение в отношения сторон обязательства, не могут безнаказанно пытаться присвоить себе позицию кредитора в обязательстве, иногда могут приобретать права требования к должнику в связи с теми или иными фактами в рамках развития динамики обязательственного правоотношения и т.п. Каждый такой случай требует серьезного анализа. В каком-то широком смысле все такие внешние эффекты обязательства нарушают идеальную модель обязательства как сугубо личной связи. Поэтому здесь требуется внимательный разбор всех аргументов *pro* и *contra*.

Далее мы постараемся описать случаи, когда а) третьи лица получают возможность непосредственно воздействовать на динамику обязательственного правоотношения, б) определенные юридические факты в рамках развития динамики обязательственного правоотношения в силу тех или иных догматических «присадок» управомочивают третьих лиц на иск к должнику или предоставляют им иные права в отношении должника либо в) кредитор получает возможность противопоставить права из данного обязательства третьим лицам. Все ли из указанных примеров можно отнести к категории исключений из принципа относительности обязательственной связи – вопрос спорный. В любом случае без учета таких ситуаций понимание обязательственной связи и динамики ее развития будет упрощенным и скрывающим важные аспекты отражения этой связи на правах и обязанностях третьих лиц, внешних правовых эффектов обязательственной связи.

3.3. Непосредственное возложение договорной обязанности на третье лицо, не участвующее в договоре

В силу принципа относительности обязательственной связи стороны договора не могут договориться о том, чтобы обременить соглашением не участвующее в договоре третье лицо. Но может ли

закон установить в специальной норме исключение из этого правила? Норма п. 3 комментируемой статьи на такую возможность не указывает. Само по себе формально отсутствие фразы «если иное не установлено в законе» вряд ли может исключать саму возможность появления в специальных нормах ГК РФ или иных законов подобных норм. Но конституционность такого рода специальных норм, устанавливающих допустимость возложения по договору между двумя лицами обязательств на третьих лиц, не участвующих в договоре, должна быть предметом серьезного анализа. Часто системное и конформное толкование подобных норм (толкование, примиряющее содержание нормы с общими принципами права или конституционными принципами) должно исключать такое прочтение, которое приведет к непосредственному допущению обременения третьих лиц волеизъявлением сторон договора.

В качестве примера можно привести положения ст. 36 УЖТ РФ, ст. 79 КВВТ РФ, ст. 15 УАТиГНЭТ, ст. 111 Воздушного кодекса РФ, которые возлагают на грузополучателя обязанность приемки прибывшего к нему груза. Такая обязанность, безусловно, есть, если она возложена на грузополучателя заключенным им договором с грузоотправителем (при этом эта кредиторская обязанность именно перед грузоотправителем, а не перед перевозчиком) или договором, самостоятельно заключенным грузополучателем с перевозчиком. Но если в адрес лица прибывает груз, по поводу которого у него нет кредиторской обязанности по приемке, вытекающей из какого-либо договора с грузоотправителем, и при этом грузополучатель не связан договором с перевозчиком, возлагающим на первого обязанность принять груз, ни о какой обязанности принять груз лица, указанного грузоотправителем в соглашении с перевозчиком в качестве грузополучателя, речь идти не может. Иначе пришлось бы допустить, что договор перевозки, заключенный грузоотправителем и перевозчиком, сам по себе возлагает на лицо, которое грузоотправитель почему-то (например, по ошибке) указал в соответствующем транспортном документе в качестве грузополучателя, некую обязанность по приемке и хранению прибывшего незаказанного груза и сопряженные с этим расходы. Это грубо противоречило бы п. 3 ст. 308 ГК РФ и было бы явно неконституционно. Поэтому положения соответствующих транспортных законов, возлагающие на грузополучателя обязанность по приемке груза, следует толковать ограничительно и не распространять на случаи, когда лицу доставляется груз в отсутствие какого-либо договора этого лица с грузоотправителем или перевозчиком, возлагающего на него такую кредиторскую обязанность.

3.4. Воздействие на обязательство со стороны третьих лиц

Третьи лица в силу закона в ряде случаев наделены правом оказать то или иное воздействие на обязательственное отношение. Право требования, связывающее лишь должника и кредитора, может подвергаться прекращению, содержательному изменению или переходу по инициативе третьих лиц помимо воли самих сторон обязательства. Третье лицо может исполнить необходимый фактический состав гипотезы нормы, приводящий к прекращению или изменению этой правовой связи.

Тут можно привести несколько примеров возможного воздействия третьего лица на обязательство.

Третье лицо, за рядом исключений, может приобрести у кредитора его право требования к должнику без согласия последнего. Новый кредитор, приобретая право требования, навязывает себя должнику по ранее возникшему обязательству (см. подробнее гл. 24 ГК РФ). Вхождение третьего лица в обязательственное правоотношение без согласия должника меняет субъектный состав обязательственной связи. В римском праве такая модель считалась неприемлемой в силу противоречия концепции сугубо относительной, личной обязательственной связи должника и кредитора, но сейчас признается повсеместно в силу того, что обязательственное право все больше рассматривается как объект оборота.

Другой пример: п. 2 и п. 5 ст. 313 ГК РФ предоставляют третьему лицу возможность «перехватить» просроченное денежное требование кредитора, заплатив ему за должника без возложения со стороны должника и даже без согласия кредитора: при таком платеже происходит суброгация.

Значительные коррективы в действие принципа относительности вносит институт акцессорности обеспечительных обязательств. То, какие действия совершает кредитор или должник по обеспеченному обязательству, может сказаться на динамике обязательственной связи по обеспечительному акцессорному обязательству (прежде всего поручительству). Например, если должник по обеспеченному обязательству погасит долг или заключит с кредитором соглашение о прощении долга, это прекратит и право требования кредитора к поручителю.

Наконец, в рамках исполнительного производства или в порядке принятия судом обеспечительных мер может быть наложен арест на права требования ответчика по отношению к третьим лицам, что может в силу ст. 83 Закона об исполнительном производстве заблокировать свободу кредитора и должника в осуществлении ряда прав

по обязательству (например, возможность заключить соглашение о прощении долга).

Примеры можно продолжать достаточно долго.

3.5. Права третьих лиц в связи с обязательством: договор в пользу третьего лица

Как указано в комментируемом пункте, закон, иной правовой акт или соглашение сторон могут установить, что обязательство будет предоставлять третьему лицу, формально не являющемуся стороной обязательства, определенные права. Так как речь идет не об обременении третьих лиц обязанностями, а о наделении их правами, такая опция в ряде случаев вполне обоснована. О чем идет речь?

Самый простой пример — это договор в пользу третьего лица, т.е. договор, который предоставляет обязательственное право требования к должнику третьему лицу, которое в самом договоре не участвовало (ст. 430 ГК РФ). Например, производитель оборудования может обязаться в договоре, заключенном с дистрибьютором, осуществлять гарантийный ремонт как перед самим дистрибьютором, так и перед любым третьим лицом, которому дистрибьютор перепродает оборудование, и последующими приобретателями. В таком случае прямое требование к поставщику может предъявить не только непосредственный покупатель, но и последующие приобретатели оборудования. Другие примеры: вклад в пользу третьего лица или страхование ответственности (где выгодоприобретателем по страховке оказывается потерпевший) или страхование жизни (выгодоприобретатели в данном случае — это те лица, которые в силу условий полиса уполномочены на получение страхового возмещения на случай смерти страхователя или застрахованного лица).

В то же время здесь возникает вопрос о том, может ли воля двух сторон навязать третьему лицу полноценное обязательственное требование к одной из сторон помимо воли такого третьего лица, либо речь может идти лишь о предоставлении третьему лицу вторичного права на вступление в обязательственную связь с должником на стороне кредитора, которое трансформируется в полноценное обязательственное право после того, как третье лицо выразит согласие вступить в данную обязательственную связь. В разных странах реализованы различные решения. При этом в тех странах, в которых у третьего лица возникает сразу же обязательственное право к должнику, третье лицо наделено правомочием отказаться от такого права с ретроактивным эффектом (т.е. обязательственное право будет считаться никогда не принадлежавшим такому третьему лицу). В тех же странах, в которых реализована модель появления обязательственного

требования у третьего лица только после выражения им своей воли на вступление в обязательство, обычно считается, что третье лицо, выразив волю на вступление в обязательственную правовую связь, вступает в обязательство опять же с ретроактивным эффектом. То, какое решение реализовано в российском праве по данному вопросу, является предметом дискуссий.

Подробнее о конструкции договора в пользу третьего лица см. комментарий к ст. 430 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

3.6. Ответственность должника, нарушившего обязательство, перед третьим лицом: общие замечания о цепочке контрактов

Нередко случается, что в связи с нарушением должником своего обязательства убытки возникают не только или не столько у кредитора по обязательству, сколько у третьего лица. Третье лицо может пострадать, в частности, потому что:

- нарушение обязательства должника перед кредитором спровоцировало нарушение последним своего обязательства перед третьим лицом;
- нарушение должником своего обязательства спровоцировало деликт кредитора по отношению к третьему лицу;
- нарушение должником обязательства само по себе является одновременно самостоятельным деликтом в отношении третьего лица.

При этом во всех этих случаях речь может идти как о причинении вреда объектам абсолютных прав третьего лица (прежде всего вред личности или имуществу) и возникновении у третьего лица убытков в связи с этим, так иногда и о причинении третьему лицу чистых экономических убытков (т.е. убытков, не являющихся следствием посягательства на его абсолютное право).

Возможны ли в таких случаях прямые иски третьего лица к нарушителю обязательства в связи с таким нарушением? И при каких условиях такие иски могут удовлетворяться? Эта область права носит очень сложный и запутанный характер не только в России, но и во многих зарубежных странах. Судебная практика многих стран постоянно уточняет и корректирует решения конкретных коллизий подобного типа. Бурные споры в науке и поиск справедливых и разумных решений судами и законодателями можно обнаружить в праве многих стран (Франции, Германии, английском праве и т.п.). Не исключением является и российское право.

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 430 ГК РФ – А.Г. Карапетов, Е.В. Суховольская).

Наиболее остро эта проблема стоит в контексте цепочки контрактов. Современная экономика немыслима без сложнейших контрактных взаимосвязей, позволяющих агрегировать ресурсы, инвестиции, информацию, труд и навыки миллиардов людей таким образом, что это позволяет без помощи Госплана или иного планирующего органа или учреждения координировать экономическое поведение свободных граждан, производить и доставлять на рынок самые востребованные товары — от джинсов до электромобилей; обеспечивать оказание самых желанных услуг — от банальных тренингов и курсов йоги до сложных технологических услуг в области телекоммуникаций; возводить в кратчайшие сроки жилые комплексы и целые новые города; обеспечивать циркуляцию ценной информации и т.п. Весь этот сложнейший рыночный оборот не превращается в хаос, а формируется на основе самоорганизации экономических агентов, «спонтанного порядка», построенного прежде всего на длинных и сложных цепочках контрактов, заключаемых свободными участниками оборота исходя из стремления к максимально эффективной реализации своих целей (как эгоистических, так и альтруистических) на основе доступной им информации. Цепочки свободно заключаемых контрактов опутывают практически всех жителей Земли и регулируют те или иные аспекты их поведения, координируя его. Например, при строительстве жилого дома выстраиваются сотни таких разнонаправленных и частично пересекающихся контрактных цепей, среди которых самая примитивная выглядит так: производитель материалов — субподрядчик — генподрядчик — заказчик — покупатель квартиры. Естественно, нарушение обязательства на одном из предшествующих отрезков цепи часто провоцирует череду нарушений по всем последующим отрезкам («эффект домино»). Если, например, поставщик материалов не поставит их субподрядчику, субподрядчик, вполне вероятно, сорвет сроки по своему этапу работ, это очень часто вынуждает генподрядчика пропустить срок сдачи объекта, и в результате заказчик, в свою очередь, вероятно, будет вынужден нарушить срок передачи квартир конкретным покупателям.

Такие же контрактные цепи разной длины и сложности выстраиваются повсюду в области рыночной экономики (например, «автор — издательство — книготорговая сеть — читатель»; «лектор — образовательная организация — слушатель»; «энергоснабжающие организации — завод-производитель — дистрибьютор — дилер — конечный покупатель», «арендодатель — арендатор — субарендатор», «лицензиар — лицензиат — сублицензиат», «принципал — агент — субагент» и мн. др.). В эти контрактные цепи и сложные сети, объединяющие личные вклады участников оборота во имя реализации тех или иных проектов, впле-

таются не только коммерческие компании и иные предприниматели, но и потребители, работники, некоммерческие организации, а иногда даже публичные образования.

В стандартной ситуации в силу принципа относительности убытки, возникающие у последующего звена цепи в связи с нарушением его договорных прав, он взыскивает с непосредственного контрагента, т.е. предшествующего звена цепи. То же можно сказать и о требовании вернуть уплаченную цену при расторжении нарушенного договора или часть цены при реализации права на соразмерное уменьшение цены, но далее для краткости мы будем говорить об убытках. Выплатив последующему звену цепи соответствующие компенсации (реже – в преддверии такой выплаты), предшествующее звено цепи может попытаться взыскать уплаченное в квазирегрессном порядке с предыдущего звена, и так дальше, пока соответствующие убытки не будут в результате такого «снежного кома» взысканий переложены на плечи того, кто допустил исходное нарушение и запустил цепочку нарушений.

Выше было указано на квазирегрессный характер исков по цепи контрактов, так как российские суды обычно не рассматривают в качестве регрессного (т.е. нового обязательства по возмещению, возникающего с момента осуществления выплаты) требование кредитора к нарушителю договора о возмещении убытков, которые возникли у кредитора в связи с удовлетворением или предполагаемым удовлетворением кредитором требований, которые были предъявлены ему последующим звеном контрактной цепи по причине вынужденного нарушения, в свою очередь спровоцированного нарушением обязательств должником. Суды не применяют к такому требованию о перенесении выплаченных третьим лицам компенсаций на истинного «виновника» цепочки нарушений правило п. 3 ст. 200 ГК РФ об исчислении исковой давности с момента осуществления выплаты в адрес третьего лица (см.: п. 18 [Обзора](#) судебной практики по спорам, связанным с договорами перевозки груза и транспортной экспедиции (утв. Президиумом ВС РФ 20 декабря 2017 г.); определения СКЭС ВС РФ от 19 октября 2018 г. № 303-ЭС18-9781 и № 301-ЭС18-9898).

Это касается как тех случаев, когда возникшие у конечного звена цепи убытки связаны с подрывом его позитивного договорного интереса в исполнении заключенного им договора (например, если конечный покупатель нежилого помещения в ожидании просроченного исполнения нес расходы на аренду аналогичного помещения, которые ему не нужно было бы нести, если бы он вовремя получил помещение от застройщика, и взыскивает их с просрочившего сдачу

помещения застройщика), так и в тех, когда речь идет об убытках, возникших в результате причинения вреда личности или имуществу конечного звена цепи (например, если в результате допущенного субподрядчиком дефекта был причинен вред имуществу конечного покупателя, въехавшего в помещение). В обоих случаях потерпевшая сторона в силу принципа относительности обязательственных связей должна по общему правилу предъявлять требование о возмещении убытков своему непосредственному контрагенту (например, в примере с продажей помещения покупатель должен заявлять иск о возмещении убытков застройщику, с которым у покупателя был заключен договор купли-продажи и который задержал передачу помещения по договору или передал помещение ненадлежащего качества). Далее запускается «снежный ком» квазирегрессных взысканий, и в нормальной ситуации субподрядчик, спровоцировавший цепочку нарушений, не уйдет от ответственности, но он будет нести ответственность не перед конечным покупателем, а перед генподрядчиком.

Естественно, в момент, когда указанный «снежный ком» докатится до субподрядчика, иск будет рассматриваться по правилам о договорной ответственности в том суде или арбитраже, который был выбран сторонами договора субподряда, с применением выбранного сторонами применимого права, с учетом согласованных в договоре оговорок об ограничении ответственности и иных возражений, которые субподрядчик в силу договора субподряда вправе выдвинуть и выдвинет против иска генподрядчика (например, ссылки субподрядчика на оговорку об исключении ответственности на случай простой неосторожности, на совместную вину в форме некорректных инструкций назначенного генподрядчиком в качестве надзирающего за процессом выполнения работ инженера и т.п.). Так что вполне мыслимы ситуации, когда «снежный ком» в процессе скатывания на плечи субподрядчика потеряет часть своего «веса» и с субподрядчика будет взыскано меньше, чем покупатель при первоначальном столкновении этого «снежного кома» взыскал с застройщика, или вообще ничего, и вся тяжесть удара ляжет на плечи либо самого застройщика, либо генподрядчика. Но также может случиться, что «снежный ком» лишь наберет вес в процессе скатывания, так как каждое из промежуточных звеньев цепи, заявляя убытки к предыдущему звену, будет добавлять помимо того, что оно выплатило или должно будет выплатить предшествующему звену, еще и те или иные свои собственные убытки (например, понесенные судебные расходы).

Выше была описана нормальная ситуация, вытекающая из принципа относительности обязательственных связей. Но могут ли быть до-

пушены исключения, в рамках которых конечное звено цепи (в нашем условном примере — покупатель помещения) получит возможность заявить прямой иск к тому, кто запустил цепочку нарушений (в нашем примере — к субподрядчику), «перепрыгнув через головы» заказчика-застройщика и генподрядчика? Как мы далее покажем, случаи, когда ответ на данный вопрос положительный, известны российскому праву. Далее мы такие иски будем именовать исками «через голову».

3.7. Причинение вреда абсолютным правам третьего лица при исполнении обязательства

В ряде случаев такой прямой иск «через голову» возможен в контексте ситуации, когда нарушение должником обязательства приводит к причинению вреда объектам абсолютных прав третьих лиц.

3.7.1. Строгая деликтная ответственность по правилам ст. 1095—1098 ГК РФ

В первую очередь речь идет о правилах ст. 1095—1098 ГК РФ, а также ст. 14 Закона о защите прав потребителей. Эти нормы объявляют возможным заявление и удовлетворение прямых исков о взыскании убытков к производителю или продавцу товаров, а также к лицу, выполнявшему работу или оказавшему услуги, в ситуации вывода ими на рынок некачественного товара, выполнения дефектных работ или услуг, если это привело к причинению вреда личности или имуществу потребителя, независимо от того, являлся ли он непосредственным контрагентом ответчика или располагался далее по цепи контрактов. Норма ст. 1095 ГК РФ дает потерпевшему звену контрактной цепи право заявить иск «через голову» промежуточных звеньев цепи, разделяющих потерпевшего и сторону, чье нарушение спровоцировало посягательство на абсолютное право. Норма также допускает взыскание убытков в ситуации, когда посягательство на личность или имущество потребителя произошло в результате предоставления неполной или недостоверной информации о товаре, работе или услуге. Наконец, аналогичной возможностью перескочить через головы промежуточных звеньев контрактной цепи и заявить прямой деликтный иск об убытках обладает и организация, которая приобретала товары, заказывала работы или услуги вне связи с коммерческой деятельностью, но столкнулась с причинением вреда ее имуществу по описанным выше основаниям.

При этом такой деликтный иск согласно закону удовлетворяется независимо от вины ответчика. Это пример строгой, безвиновной деликтной ответственности.

Согласно ст. 1095 и 1096 ГК РФ к ответственности перед конечным потребителем, чьим личности или имуществу был причинен вред в результате дефекта, привлекаются в случае продажи товаров — про-

изводитель (изготовитель) товара либо продавец; в случае оказания услуг или выполнения работ – исполнитель или подрядчик; в случае непредоставления полной или достоверной информации – любые из указанных лиц. По смыслу данных норм речь идет о ситуациях, когда ответчиком является лицо, допустившее дефект в своем договорном предоставлении или нарушившее информационные обязанности в связи с осуществлением предпринимательской деятельности.

Например, если фармацевтическая компания выпустила на рынок дефектную вакцину, которая причинила вред здоровью граждан, потерпевшие граждане могут по своему выбору заявить соответствующие иски о возмещении убытков как непосредственному продавцу или клинике, которые продали или ввели потерпевшим данную вакцину, так и напрямую к фармацевтической компании, которая произвела данную вакцину. Все эти лица отвечают перед потерпевшим солидарно. Другой пример: пассажир, пострадавший в результате аварии самолета, которая, в свою очередь, произошла из-за неисправности той или иной детали, может заявить иск не только к авиакомпании, но и к производителю данной бракованной детали.

Другой пример: из-за дефекта в разработанном ИТ-компанией программном продукте, лицензии на который была предоставлена некоему банку, произошел сбой в обработке персональных данных клиентов банка и соответствующая персональная информация клиента оказалась опубликована, что повлекло нарушение абсолютного права клиентов на тайну своей частной жизни. В такой ситуации потерпевшие клиенты-потребители могут заявить как иск к самому банку на основании заключенного с ним договора, так и деликтный иск к разработчику на основании ст. 1095–1098 ГК РФ, либо предъявить им обоим требование о привлечении к солидарной ответственности.

Данная ответственность (в том числе в форме прямого иска «через голову» промежуточного звена цепи) должна возлагаться не только на производителя, подрядчика или исполнителя, но и на арендодателя, как минимум если для него сдача своего имущества в аренду является элементом профессиональной коммерческой деятельности. Если арендодатель передал арендатору в аренду дефектный автомобиль, а тот было передан в краткосрочную субаренду потребителю, и далее в результате дефекта был причинен вред личности или имуществу такого потребителя-субарендатора, потребитель должен иметь прямой иск к арендодателю по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ. Упоминание услуг в ст. 1095 ГК РФ, видимо, следует толковать расширительно.

По сути, речь идет о российском аналоге *product liability* – института, который зародился в американском праве, был реципирован европей-

скими и многими другими правопорядками и в последние десятилетия бурно развивается практически во всех странах мира. В ЕС этой проблематике посвящена прежде всего Директива ЕС № 85/374/ЕЕС от 25 июля 1985 г.; в рамках ее имплементации все страны приняли соответствующие законы, которые, в свою очередь, сформировали мощную правовую основу защиты потребителей от ущерба, причиненного дефектами в реализуемых им товарах. При этом в отличие от указанной выше Директивы ЕС, согласно ст. 1095 ГК РФ вопрос не сводится только к ответственности производителя перед конечными потребителями, купившими произведенный товар. Закон допускает такие иски и к подрядчикам или исполнителям. Классический пример: жильцом многоквартирного дома может быть заявлен иск к подрядчику, привлеченному управляющей компанией к обслуживанию общедомового лифта, если из-за упущений в работе такой компании произошло причинение вреда жизни или здоровью жильца (Определение СКГД ВС РФ от 15 апреля 2014 г. № 25-КГ13-5).

Если в процессе выполнения работ или услуг участвовали несколько лиц (например, подрядчик привлекал субподрядчика), судя по ст. 1095 и 1096 ГК РФ, перед последующим звеном цепи, чьим имуществу или личности был причинен вред в результате скрытого дефекта (например, перед заказчиком), будут отвечать как непосредственный контрагент (подрядчик), так и субподрядчик, который и допустил дефект в порученных ему объемах работ. Если заказчик, по заказу которого создавалась вещь, далее выпустил ее в оборот и вред был причинен покупателю (например, при продаже квартиры в построенном по заданию застройщика генподрядчиком и привлеченными им субподрядчиками), покупатель сможет требовать в солидарном порядке возмещения убытков от продавца (застройщика), генподрядчика и того из субподрядчиков, который непосредственно допустил дефект. О солидаритете при наличии оснований для привлечения к ответственности нескольких лиц говорит и Директива ЕС № 85/374/ЕЕС (ст. 5).

В случае с куплей-продажей импортированного товара было бы логично также привлекать к ответственности прямым иском не только производителя и непосредственного продавца, но и импортера, который ввез товар в Россию. Вышеуказанная европейская директива устанавливает именно такое решение (ст. 3). Это важно, так как судиться против иностранного производителя, находящегося за рубежом, крайне проблематично, а непосредственный продавец легко может исчезнуть, пополнив бесчисленное число ликвидированных или просто брошенных компаний. Появление возможности заявить иск к импортеру увеличит шансы покупателя на получение возмещения.

Более того, из толкования ст. 1095 ГК РФ можно попытаться сделать вывод о том, что перед пострадавшим конечным потребителем будет отвечать не только производитель (или импортер) и непосредственный продавец, но и любые промежуточные звенья цепи дистрибуции (например, дистрибьютор), если они участвовали в этой цепи в рамках своей предпринимательской деятельности. В рамках такой интерпретации все эти лица, которые довели дефектный товар от производителя до конечного потребителя, действуя в качестве коммерсантов, должны независимо от вины отвечать солидарно за вред личности или имуществу потребителя, причиненный в результате дефекта. Впрочем, ясности по вопросу о столь расширительном толковании ст. 1095 и 1096 ГК РФ пока нет.

В этой области возникает и целый ряд иных важных вопросов. Например, производитель в договоре с дистрибьютором или строительная компания в договоре с заказчиком могут попытаться ограничить свою ответственность в связи с выявленными дефектами в осуществленном ими предоставлении, и это условие (за рамками случаев ограничения ответственности на случай умысла) будет иметь юридическую силу в контексте споров с непосредственным контрагентом. Будет ли такое условие работать при предъявлении деликтного иска третьим лицом, чье здоровье или имущество пострадали в результате обнаруженного дефекта? Очевиден отрицательный ответ на этот вопрос. Деликтная природа иска подталкивает к нему. Причем такой ответ уместен даже в тех случаях, когда в договоре прямо оговорены ограничения ответственности по искам третьих лиц, и обоснование здесь будет лежать в плоскости все той же нормы п. 3 ст. 308 ГК РФ об относительной природе договоренностей сторон договора. Такое же решение см. ст. 12 Директивы ЕС № 85/374/ЕЕС.

Еще один вопрос: будет ли нести строгую ответственность производитель, если он выпускал товар в оборот, не подозревая, что он может впоследствии оказаться в руках гражданина, и рассчитывая на его дальнейший оборот исключительно в предпринимательских целях. Например, производителем продан строительной компании строительный кран, который затем при банкротстве компании продан с торгов некоему экстравагантному гражданину, решившему использовать кран для прыжков с импровизированной тарзанки в своем загородном поместье. Затем при «эксплуатации» проявил себя заводской дефект крана, причинивший вред личности или иному имуществу гражданина: может ли потерпевший заявить прямой деликтный иск к заводу-изготовителю и рассчитывать на строгую, безвиновную ответственность последнего за дефект? Может ли завод извинить то обстоятельство, что он не ожи-

дал такого необычного поворота цепи контрактов, при котором кран окажется в руках потребителя, и возникнут основания для привлечения завода к строгой ответственности по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ? Вопрос может быть предметом дискуссий.

Но ключевой вопрос в том, что понимать под дефектом в контексте комментируемой статьи? Ведь в договорном праве дефектность или надлежащее качество осуществленного предоставления — это характеристики относительные, они определяются прежде всего исходя из условий договора и только при отсутствии таких условий — с опорой на объективные общепринятые представления о нормальном качестве. Если договор предусматривает, что производитель поставяет покупателю с большой скидкой товар, который многие посчитали бы бракованным (например, партию продукта, непригодного в силу рецептурного сбоя для потребления в пищу), раскрывая реальное качество товара, нарушения обязательства в отношениях между сторонами договора как такового нет. Производитель мог быть проинформирован покупателем, что товар нужен покупателю в каких-то иных целях (например, что дефектная продукция пойдет на корм скота) и покупатель не собирается его далее перепродавать потребителям. Но что, если далее покупатель не устоял перед соблазном и вывел купленный товар на потребительский рынок, скрывая реальное качество товара и пытаясь заработать значительную маржу, а потребитель, купив товар, сталкивается с ущербом здоровью, возникшим по причине данного недостатка? Справедливо ли давать потребителю право на прямой иск к производителю в таком случае? Очевидно, нет. И дело не в том, что производитель, поставив такой товар первому покупателю по цепи, не нарушил свои обязательства, а в том, что его поведение объективно правомерно и не создавало реальную угрозу абсолютным правам потребителя. Именно и только тот, кто решил перепродать товар потребителям, выдав его за товар иного качества, ведет себя неправомерно и будет отвечать перед потребителем. Но если в описанном примере производитель был в сговоре с посредником или как минимум знал, что тот собирается приобретаемый брак продавать под видом качественного товара потребителям, то его не должны защитить от деликтных исков потребителей аргументы о том, что формально он не допустил дефект в своем предоставлении в рамках договора, осуществив ровно то предоставление, которое было оговорено в договоре.

Возникает также и следующий вопрос: так как дефектность товара, работ или услуг определяется относительно тех качественных характеристик, которые согласованы сторонами, вполне может сложиться и такая ситуация, когда несоответствие отгруженного потребителю

товара условиям потребительского договора являлось следствием установления дилером в таком договоре более высоких качественных характеристик, чем те, которые были оговорены производителем. Например, производитель оборудования оговаривает в договоре с первым покупателем в цепи, что оборудование работает с определенной мощностью, а тот при перепродаже вводит потребителя в заблуждение, указывая, что оборудование имеет большую мощность. В результате происходит несчастный случай, причиняющий вред здоровью потребителя. Нарушение условия о качестве товара в потребительском договоре налицо, но обвинить производителя в выпуске дефектной продукции в оборот нельзя. Очевидно, что производитель за такой дефект перед конечным потребителем отвечать также не должен. Исключение, которое может обсуждаться, – это ситуация, когда посредник, виновный в выводе товара на потребительский рынок с недостоверной информацией о его качестве, был официальным дилером производителя. В такого рода случаях кажется справедливым перенести риск недобросовестности дилера на сотрудничающего с ним напрямую или через официального дистрибьютора производителя. Впрочем, этот вопрос может быть спорен.

В целом деликтная ответственность производителя, подрядчика или исполнителя перед третьими лицами, с которыми он не состоит в прямых договорных правоотношениях, не является производной от нарушения им условий обязательства, связывающего его со следующим звеном контрактной цепи. Эта ответственность относительно автономна от содержания этого договора и обусловлена либо сознательным выпуском на потребительский рынок продукции (результата выполненных работ и т.п.) с характеристиками, создающими в случае допущения скрытого дефекта риск причинения вреда абсолютным правам потребителя, либо предоставлением «рынку» недостоверной или неполной информации о товаре, результате работ или услугах. Это, по сути, самостоятельный деликт. Могут быть случаи, когда производитель будет отвечать перед потребителем независимо от того, что он формально нарушения обязательства по договору со своим непосредственным контрагентом не совершал (например, он продавал дилеру товар, о реальной дефектности которого дилер прекрасно знал, и при этом производитель осознавал, что товар далее будет перепродан потребителям). То же и с работами: если заказчик поручил подрядчику использовать объективно некачественные материалы в ходе строительства либо это происходило по согласованию с ним и формально нарушение обязательства нет, подрядчик будет нести деликтную ответственность перед конечным потребителем, чья личность или иму-

щество пострадали из-за дефектности результата работ. Коммерческий производитель, выпуская в оборот объективно дефектную продукцию, либо коммерческие подрядчик или исполнитель, осуществляющие свое договорное предоставление с объективным дефектом, должны проявлять должную заботу об интересах и правах не только своего непосредственного контрагента, но и об абсолютных правах конечных потребителей. Поэтому если они этот стандарт нарушили, выпустив на рынок дефектную продукцию, выполнив работы с дефектом и т.п., и это в итоге спровоцировало ущерб личности или иному имуществу потребителя, налицо самостоятельный деликт указанных лиц в отношении потребителей, за который наступает строгая ответственность.

Более подробно сложную проблематику деликтной ответственности по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ здесь обсуждать нет смысла.

3.7.2. Дефектное предоставление по договору, которое причиняет ущерб имуществу одного из последующих звеньев сугубо коммерческой цепи контрактов

В ст. 1095–1098 ГК РФ речь идет о деликтной защите абсолютных прав граждан и организаций, если они заказывали товары, работы или услуги в целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Если, например, потерпевшим лицом является коммерческая организация, которая заказывала товары, работы или услуги в целях осуществления предпринимательской деятельности, вред иному имуществу, который был причинен в результате дефекта в приобретенном товаре, ненадлежащего качества оказанных услуг или выполненных работ (например, гибель всего принадлежащего скотоводческому предприятию поголовья скота, зараженного больной скотиной, которую в нарушение договора поставил поставщик), по задумке законодателя возмещается не по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ. Данные правила направлены в первую очередь на защиту потребителей. Это ограничение опять же соответствует Директиве ЕС № 85/374/ЕЕС.

Что же предлагается делать коммерческому покупателю (заказчику)? Российская судебная практика предлагает ему обращаться с договорным иском о взыскании убытков, вызванных соответствующим дефектом к своему непосредственному контрагенту. Если потерпевшая сторона находилась в прямых договорных отношениях с тем, кто допустил такую неисправность, она подает к этой стороне обычный договорный иск и взыскивает убытки, компенсирующие возникший ущерб имуществу, по правилам гл. 25 ГК РФ включающим в себя и норму о строгой ответственности за нарушение коммерсантом своих договорных обязательств (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Но что, если между, скажем, выпустившим оборудование с заводским дефектом производителем и потерпевшим покупателем, покупавшем оборудование для осуществления предпринимательской деятельности, находится одно или несколько звеньев цепи контрактов? Ограничена ли потерпевшая сторона возможностью взыскать убытки лишь со своего непосредственного контрагента, запустив тем самым цепочку квазирегрессных взысканий? Или она все-таки может вместо этого заявить прямой деликтный иск «через голову» промежуточных звеньев цепи к производителю, но уже на основании общих правил о деликтной ответственности (ст. 1064 ГК РФ), т.е. по правилам о виновной ответственности? Так, если в результате заводского дефекта в приобретенном компанией оборудовании случился пожар в офисе компании и пострадало ее имущество, при такой интерпретации будет допускаться прямой иск компании к производителю данного дефектного оборудования, даже если их разделяет цепь контрактов в лице дистрибьютора и дилера, при наличии вины завода в выпуске на рынок дефектного оборудования, т.е. на основании ст. 1064 ГК РФ. Если согласиться с таким подходом, получается, что положение ст. 1095 ГК РФ об исключении применения данной статьи к случаям приобретения товаров в непотребительских целях будет означать не запрет на прямой деликтный иск к заводу «через голову», а исключение применения режима строгой, безвиновной ответственности, установленного в ст. 1095–1098 ГК РФ в таких случаях.

Этот вопрос не вполне прояснен в российском праве, но возможность заявления прямого деликтного иска в такой ситуации должна быть поддержана. Потерпевший должен иметь право на солидарное взыскание убытков как с непосредственного продавца оборудования (договорная ответственность за продажу дефектного оборудования), так и с производителя (деликтная ответственность). Первое – независимо от вины, если продавец действовал как коммерсант (п. 3 ст. 401 ГК РФ), а второе – в ситуации, когда в выпуске дефектного оборудования на коммерческий рынок имеется вина производителя.

3.7.3. Вопрос о применимости правил ст. 1095 ГК РФ в ситуации, когда дефектное предоставление (нарушение информационных обязанностей) провоцирует «внедоговорный деликт» в отношении личности или имущества третьего лица

Иногда выпуск на рынок дефектной продукции, некачественное выполнение работ или оказание услуг (либо предоставление недостоверной или неполной информации) со стороны коммерсанта-профессионала провоцирует одно из последующих звеньев цепи контрактов на самый обычный деликт в форме посягательства

на абсолютные права постороннего лица, не являющегося звеном той же цепи. Мыслимо ли здесь предоставление потерпевшему третьему лицу права на прямой деликтный иск «через голову» непосредственного делинквента?

Как представляется, это вполне возможно.

Например, если завод выпустил в продажу объективно бракованный автомобиль, продав его дистрибьютору, он, возможно, нарушил свои обязательства перед дистрибьютором (хотя это и не предопределено, если дистрибьютор знал о дефекте), но, если в результате брака тормозной системы конечный покупатель произвел наезд на пешехода, то последний вправе потребовать от завода возмещения убытков. Если из-за залива в самолет некачественного топлива в аэропорту самолет потерпел крушение, в результате чего пострадали наземные дачные постройки, собственники таких построек могут заявить прямой деликтный иск как к авиакомпании, так и к заправщику.

В таких ситуациях вполне применимы правила ст. 1095–1098 ГК РФ. Причем ответственность будет носить строгий, не зависящий от вины характер.

Обладают ли таким правом только граждане или некоммерческие организации либо указанный прямой иск может предъявить и коммерсант, имуществу которого был причинен вред в результате дефектного предоставления? Например, представим, что в примере с некачественным топливом и авиакатастрофой пострадал не дачник, а коммерческая корпорация, чья недвижимость была повреждена в результате крушения самолета. Может ли такая корпорация рассчитывать на взыскание убытков деликтным иском не только с авиакомпании, чей самолет обрушился на объект недвижимости корпорации, но и с сервисной компании, заправившей в баки самолета некачественное топливо и спровоцировавшей авиакатастрофу? Можно предложить положительный ответ на этот вопрос. Но здесь возникает сложный вопрос о том, будет ли в подобной ситуации применим режим строгой ответственности по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ, либо речь должна идти о стандартной виновной ответственности.

При этом, как бы ни был решен этот вопрос, речь идет о самостоятельном деликте, и ответственность производителя перед потерпевшим не зависит от того, допущено ли ответчиком нарушение обязательства перед своим непосредственным кредитором. Ответчик отвечает за свой собственный деликт, состоящий в осуществлении предоставления, которое было объективно дефектно, и создает риск причинения вреда абсолютным правам широкого круга третьих лиц, который впоследствии материализовался. Получается, что и допустивший дефект произ-

водитель (подрядчик, исполнитель), и непосредственный причинитель вреда отвечают перед потерпевшим солидарно.

3.7.4. Договорный иск о взыскании перенесенных убытков, вызванных причинением вреда имуществу

Могут иметь место ситуации, когда в ходе исполнения обязательства должник причиняет ущерб вверенному / переданному ему по договору для перевозки, хранения или ремонта и т.п. имуществу, которое принадлежит не кредитору, а третьему лицу, или утрачивает это имущество, и при этом риск гибели, утери или порчи данного имущества согласно договору между грузоотправителем, поклажедателем или заказчиком, с одной стороны, и собственником – с другой, несет последний. Если бы это имущество принадлежало самому поклажедателю, грузоотправителю или заказчику, возникшие в связи с причинением вреда имуществу убытки легли бы на его плечи, и он бы смог их взыскать с хранителя, перевозчика или подрядчика на основании стандартного договорного иска. Но когда это имущество принадлежит третьему лицу, несущему риск случайной гибели, утери или порчи вещи, убытки у кредитора нарушителя не возникают, так как вред причиняется не его имуществу, а собственник с него взыскать убытки не сможет, ибо несет риск. Остается только допустить прямой иск собственника к хранителю, перевозчику или подрядчику. Это возможно, как минимум если иск со стороны такого третьего лица не подрывает разумные ожидания должника, так как он мог ожидать возникновения тех же убытков у самого кредитора, если бы риск убытков в связи с нарушением не был бы перенесен кредитором на третье лицо.

Какова природа такого иска? Казалось бы, это означает, что подобная ситуация будет разрешена стандартным деликтным иском собственника к лицу, чье поведение привело к утере, порче или гибели вещи. Но это не вполне логично. Кажется, более уместно вручить в руки собственника прямой договорный иск к нарушителю.

Договорная квалификация позволит, с одной стороны, сохранить для должника все те возражения, которые он имел против непосредственного кредитора, выбор применимого права, форума, согласованные или установленные законом ограничения договорной ответственности, а с другой – обосновать его строгую, безвиновную ответственность в случаях, когда должник нарушил обязательство, принятое им в рамках своей коммерческой деятельности (п. 3 ст. 401 ГК РФ), а также строгую ответственность за действия и упущения привлеченных третьих лиц (ст. 403 ГК РФ). Это кажется логичным, ибо ситуация для должника в описанном сценарии перенесенного убытка не должна

меняться по сравнению с базовой моделью, в которой убытки возникают у непосредственного кредитора.

Представим, что поклажедатель отдает на возмездной основе на хранение вещь (например, автомобиль), право собственности на которую принадлежит третьему лицу (например, автомобиль взят на прокат), но вещь была украдена у хранителя. Здесь налицо нарушение обязательства хранителя перед поклажедателем, но убытки локализируются в основном в имущественной массе третьего лица (арендодателя), так как риск случайной утраты арендованной вещи по договору аренды несет арендодатель как собственник. Может ли арендодатель атаковать хранителя иском об убытках? Кажется, что да. При этом напрашивается квалификация иска в качестве договорного, вытекающего из отношений хранения. То обстоятельство, что вещь оказалась принадлежащей не поклажедателю, а третьему лицу и убытки будут причинены в случае утраты вещи именно этому третьему лицу, не может повлиять на положение хранителя. Он рассчитывает на возможность противопоставить поклажедателю определенные договорные возражения, основанные на заключенном договоре (о компетентном суде, применимом праве, ограничении ответственности и т.п.), и эти разумные ожидания было бы несправедливо подрывать. По сути, было бы справедливо, чтобы положение хранителя никак не менялось в зависимости от того, кому принадлежит сданная ему на хранение вещь, а это возможно только в том случае, если иск собственника к хранителю будет носить не деликтную, а договорную природу и основан на содержании договора хранителя с поклажедателем. Более того, договорная квалификация позволяет рассчитывать на привлечение профессионального хранителя в указанном примере к строгой безвиновной ответственности по правилам п. 3 ст. 401 и п. 1 ст. 901 ГК РФ, а не по правилам о виновной деликтной ответственности (ст. 1064 ГК РФ). То, что хранитель утратил в силу случая вещь не самого поклажедателя, а третьего лица, не должно менять стандарт его ответственности. Его положение в результате данного обстоятельства не должно ни ухудшаться, ни улучшаться по сравнению со сценарием утраты вещи, принадлежащей его непосредственному контрагенту.

Как обосновать такое договорное решение, вопрос интересный. Вариант с суброгацией или обязанностью к уступке договорного требования, которое в нашем примере поклажедатель имеет к хранителю, в пользу собственника не решает проблему, так как при переходе требования о взыскании убытков правопреемник может требовать взыскания тех убытков, которые возникли у правопреемника, но в нашей ситуации у последнего убытки не возникают. Возможно,

здесь стоит обсудить введение какой-то особой *sui generis* доктрины проекции договорной ответственности нарушителя договора перед кредитором на ответственность того же нарушителя перед третьим лицом, на которого убытки оказались перенесены в силу специфики договорных отношений между третьим лицом и кредитором. В любом случае деликтная модель кажется неверной. Речь должна идти об ответственности должника на основе правил, регулирующих правоотношения по тому договору, который был им нарушен. Нарушитель договора мог не знать о фигуре истинного собственника, но исполнение его обязанности заботы о вещи не должно было зависеть от того, чья эта вещь конкретно. Впрочем, вопрос догматического обоснования такого решения пока открыт.

3.8. Ответственность должника перед третьим лицом при отсутствии посягательства на абсолютные права третьего лица

Случаи, когда должник может отвечать перед третьим лицом за нарушение обязательства или в связи с иным поведением в ходе исполнения обязательства, не ограничены посягательством на абсолютные права третьего лица. Далее рассмотрим случаи, когда должник может быть привлечен к договорной ответственности перед третьим лицом, с которым не состоит в прямом договорном правоотношении, либо привлечен к деликтной ответственности в форме возмещения чистых экономических убытков.

3.8.1. Цепочка контрактов: договорные иски «через голову» в целях защиты потребителя

Как мы показали выше, ГК РФ допускает возмещение за счет иска «через голову» убытков, возникших в связи с тем, что дефект в осуществленном предоставлении причиняет ущерб личности или имуществу некоего конечного звена цепи или потерпевшего в результате спровоцированного дефектом деликта, т.е. налицо посягательство на абсолютное право истца. Но Закон о защите прав потребителей дает возможность потребителю применить некоторые сугубо договорные средства защиты, направленные не на восстановление попорченного *status quo* и защиту своих абсолютных прав, а на защиту позитивного договорного интереса. Это касается прежде всего ситуации продажи потребителю дефектного товара. Даже если дефект не повлек ущерб имуществу или здоровью потребителя, последний в силу закона вправе предъявить ряд упомянутых в законе сугубо договорных исков не только к непосредственному продавцу или «уполномоченной» им организации (индивидуальному предпринимателю), которая по договору с продавцом обязана заниматься удовлетворением таких требований потребителей, но и к некоторым указанным в законе предыдущим зве-

ням цепи (производителю или импортеру). Согласно п. 3 ст. 18 Закона о защите прав потребителей покупатель-потребитель может потребовать возмещения расходов на устранение обнаруженных дефектов, безвозмездного устранения дефектов в натуре или замены дефектного товара на качественный товар той же марки (модели и т.п.) не только от непосредственного продавца, но и от изготовителя или импортера. Кроме того, он может вернуть дефектный товар изготовителю, импортеру или уполномоченной организации (индивидуальному предпринимателю) и потребовать возврата уплаченной за него продавцу цены.

Такие иски часто заявляются и удовлетворяются (см. определения СКГД ВС РФ от 29 июня 2021 г. № 66-КГ21-7-К8, от 4 августа 2020 г. № 9-КГ20-11-К1 и № 18-КГ20-46, от 4 февраля 2020 г. № 18-КГ19-157, от 28 января 2020 г. № 18-КГ19-139, от 29 июня 2021 г. № 66-КГ21-7-К8 и мн. др.).

Эти нормы дают потребителю право защитить свой договорный интерес путем обращения с иском не только к непосредственному продавцу, но и к производителю или импортеру («через голову» продавца, а возможно, и ряда иных промежуточных звеньев контрактной цепи), т.е. идут намного дальше, чем допускает обсуждавшаяся выше доктрина строгой деликтной ответственности производителя, направленная прежде всего на возмещение убытков, спровоцированных причинением в результате дефекта вреда жизни, здоровью или имуществу потребителя. Надо признать, что предоставление покупателю-потребителю права на прямой договорный иск к производителю не уникально и известно многим европейским правовым порядкам. В большинстве стран потребитель, как и в российском праве, может заявить такой прямой иск сразу же; не требуется предварительно пытаться добиться защиты путем обращения к непосредственному продавцу. Закон пытается защитить договорный интерес потребителя более интенсивно, осознавая, что производители, как правило, более платежеспособны, чем продавцы.

Также стоит обратить внимание, что, в отличие от правил ст. 1095–1098 ГК РФ, установленных на случай причинения дефектом ущерба личности или имуществу потребителя, по правилам ст. 18 Закона о защите прав потребителей правом на защиту своего договорного интереса путем предъявления прямого иска «через голову» промежуточных звеньев наделен только потребитель. Организации, включая некоммерческие, таким правом не обладают.

В отличие от деликтной ответственности за дефекты, которая наступает при причинении вреда личности или имуществу по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ, в контексте обсуждаемой модели защиты дого-

ворного интереса потребителя речь идет об ответственности договорной. Уместно говорить о том, что производитель, выпускающий товар, который может впоследствии оказаться во владении потребителей, или импортер, ввозящий произведенный за рубежом товар, императивным образом считаются принявшими на себя обязательства в отношении качественных характеристик товара в пользу любых потребителей, которым этот товар может впоследствии по цепочке дистрибуции попасть. Такие обязательства в пользу потребителей в силу закона императивно вменяются указанным в законе лицам. Причем объем таких обязательств определяется условиями потребительского договора, стороной которого производитель или импортер не являются.

Иначе говоря, между производителем или импортером, с одной стороны, и потребителем — с другой, выстраивается прямая обязательственная связь, существующая параллельно со связью потребителя и непосредственно продавшего ему товар продавца, и факт нарушения обязательств продавцом в виде передачи некачественного товара является условием права, которое приводит к созреванию оговоренных в законе прав покупателя в отношении производителя или импортера. Покупатель получает право на иск как к продавцу, так и к производителю или импортеру по своему выбору.

Если потребитель выбирает такой способ защиты как требование о возмещении расходов на ремонт, он по логике должен иметь возможность предъявить такое требование производителю и продавцу (а также импортеру при его наличии в цепи) как к солидарным должникам. Для всех таких должников ответственность будет подчиняться правилам гл. 25 ГК РФ.

То же касается и случая, когда потребитель хочет вернуть дефектную вещь и получить назад уплаченную цену: было бы логично, чтобы потребитель мог вернуть вещь по своему выбору либо производителю, либо импортеру, либо непосредственно продавцу, а требование о возврате уплаченной цены заявить ко всем данным лицам солидарно. Это крайне важно, так как некоторые из таких потенциальных ответчиков могут впасть в банкротство, а заставлять потребителя в начале месяца судиться с одним из них, чтобы потом столкнуться с его банкротством, а затем заявлять новый иск к другому ответчику, рискуя пропустить срок давности, несправедливо и экономически неэффективно.

Как мы видим, согласно ст. 18 Закона о защите прав потребителей в рамках прямого иска «через голову» потребителю предоставляется возможность предъявить далеко не все те требования, которые он может предъявить своему непосредственному контрагенту — продавцу. Например, закон не упоминает права потребителя потребовать от про-

изводителя или импортера возврата части уплаченной продавцу цены в связи с реализацией потребителем права на соразмерное уменьшение цен или права на взыскание убытков, отличных от расходов на устранение дефекта. Это кажется не вполне последовательным. Если потребитель вправе в связи с дефектом в проданном товаре потребовать от производителя или импортера напрямую возврата всей цены, которую потребитель ранее уплатил продавцу, понять, почему он согласно букве данной нормы не может потребовать возврата лишь части цены в рамках реализации права на соразмерное уменьшение цены, сложно. Равно как не вполне понятно, почему потребитель может потребовать возмещения прямым иском к производителю и импортеру расходов на устранение дефекта, но не может потребовать возмещения иных убытков (например, расходов, которые были понесены на аренду транспортного средства в период невозможности эксплуатации купленного автомобиля по причине его дефектности). Иначе говоря, здесь налицо некоторая непоследовательность законодательного регулирования. Было бы разумно эти нормы толковать расширительно.

Согласно букве закона, если между производителем и потребителем в качестве промежуточных звеньев фигурируют импортер, дистрибьютор и дилер, и потребитель купил товар у дилера, он может заявить иск об устранении дефекта или замене товара в натуре, а также о возмещении своих расходов на ремонт либо к дилеру как своему непосредственному контрагенту, либо к производителю, либо к импортеру, но не может заявить такой иск к дистрибьютору. Логичность такого решения может вызывать дискуссии. В некоторых странах потребитель может заявить подобные иски к любым промежуточным звеньям цепи контрактов. И это кажется логичным. Погружаться в этот вопрос здесь не имеет смысла, но представляется логичным закон в этой части толковать расширительно.

Также стоит отметить, что в ситуации, когда предмет требования не связан с возмещением вреда личности или имуществу, Закон о защите прав потребителей дает потребителю право на иск «через голову» своего непосредственного контрагента только в тех случаях, когда речь идет о нарушении потребительского *договора купли-продажи*. Потребитель, столкнувшийся с дефектом в выполняемых для него работах или услугах, не наделен Законом о защите прав потребителей правом на предъявление прямого иска «через голову» о взыскании, скажем, своих расходов на устранение дефекта к субподрядчику или субисполнителю, либо поставщику дефектных материалов, с которыми у потребителя нет прямого договорного правоотношения. Последовательность такого дифференцированного решения также может вызы-

вать вопросы. Кажется, что и здесь стоит обсуждать расширительное толкование.

Некоторые примеры расширения защиты прав потребителя в этом аспекте можно обнаружить в практике ВС РФ. Так, если заключивший с потребителем договор контрагент выступает в роли комиссионера или агента, действующего от своего имени, но в интересах и за счет некоего коммерсанта, который фактически и осуществляет в адрес потребителя предоставление, входящее в предмет потребительского договора, за нарушение договорных прав потребителей отвечает как непосредственный контрагент, допустивший нарушение договора, так и тот стоящий за его спиной принципал (комитент), чье поведение и должно было обеспечивать фактически удовлетворение обязательственного требования потребителя. Эта идея не соответствует общим правилам о комиссии и агентском договоре, заключенном по модели комиссии: так как по общему правилу сделка совершена комиссионером / агентом от своего имени, то именно он отвечает перед контрагентом за исполнение, которое фактически будет учинять комитент / принципал; прямого иска к комитенту / принципалу у контрагента нет (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85). Но в контексте ситуации, когда контрагентом оказывается потребитель, суды приходят к иному выводу и дают потребителю право на прямой иск «через голову» комиссионера / агента. Этот подход отражен на уровне законодательства о туристской деятельности, согласно которому туроператор отвечает за нарушение прав потребителя, допущенные турагентом, наравне с турагентом, даже в тех случаях, когда турагент заключал с туристом договор от своего имени (ст. 9 Закона об основах туристской деятельности, п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17, Определение СКГД ВС РФ от 8 декабря 2020 г. № 78-КГ20-43-К3), но общего положения на сей счет потребительское законодательство не содержит. В то же время это не остановило ВС РФ, который в п. 48 Постановления Пленума от 28 июня 2012 г. № 17 закрепил следующие универсальные разъяснения: «Разрешая дела по искам о защите прав потребителей, необходимо иметь в виду, что по общему правилу изготовитель (исполнитель, продавец, уполномоченная организация или уполномоченный индивидуальный предприниматель, импортер) является субъектом ответственности вне зависимости от участия в отношениях по сделкам с потребителями третьих лиц (агентов). По сделкам с участием граждан-потребителей агент (посредник) может рассматриваться самостоятельным субъектом ответственности в силу статьи 37 Закона о защите прав потребителей, пункта 1 статьи 1005 ГК РФ, если расчеты

по такой сделке совершаются им от своего имени. При этом размер ответственности посредника ограничивается величиной агентского вознаграждения, что не исключает права потребителя требовать возмещения убытков с основного исполнителя (принципала). В случае возникновения споров о предоставлении услуг посредниками уплачиваемое им потребителями комиссионное вознаграждение, исходя из вышеназванных статей и статьи 15 ГК РФ, может рассматриваться как убыток потребителя, отнесенный на основного исполнителя (изготовителя, продавца, уполномоченную организацию или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера)».

В этой области правового режима прямых исков потребителей возникает множество других интересных и сложных вопросов, разбирать которые в рамках комментария к п. 3 ст. 308 ГК РФ было бы неоправданно.

Обратим лишь внимание на то, что согласно подп. «а» п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «правами, предоставленными потребителю Законом и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами, а также правами стороны в обязательстве в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации пользуется не только гражданин, который имеет намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий товары (работы, услуги), но и гражданин, который использует приобретенные (заказанные) вследствие таких отношений товары (работы, услуги) на законном основании (наследник, а также лицо, которому вещь была отчуждена впоследствии, и т.п.)». В результате судебная практика исходит из того, что в ситуации, когда потребитель перепродал или подарил купленную вещь третьему лицу, который приобретал ее для использования в личных целях, конечный приобретатель вправе предъявить прямой иск к продавцу (изготовителю, импортеру), на который был управомочен первый потребитель в цепочке, включая требование о расторжении договора, возврате уплаченной цены и возмещении убытков в виде разницы между ценой договора и рыночной ценой на момент удовлетворения иска по правилам ст. 24 Закона о защите прав потребителей (определения СКГД ВС РФ от 25 октября 2016 г. № 24-КГ16-13 и от 15 декабря 2020 г. № 1-КГ20-9-К3). При этом в последнем из указанных определений Суд указывает на то, что к последующему приобретателю права первого потребителя на возврат цены и взыскание убытков именно *переходят*. По сути, Суд в режиме судебного правотворчества ввел еще один пример реального обязательства — обязательства, следующего за правом собственности на вещь (подробнее см. комментарий к ст. 307 ГК РФ). При этом данный вывод озвучен несмотря на то, что в цепочке перепродаж,

которая привела к истцу, располагалась коммерческая фирма, которая купила автомобиль у потребителя, а затем перепродала конечному потребителю. Это несколько не вяжется с классической догматикой правопреемства, ибо получается, что особенные потребительские права, принадлежащие первому потребителю в цепочке, были утрачены при прохождении вещи через имущественную массу коммерческой фирмы (которая просто не могла иметь потребительских прав), но затем все-таки от этой фирмы перешли к последующему приобретателю, имеющему потребительский статус, что, казалось бы, нарушает принцип *nemo plus iuris ad alterum transferre potest, quam ipse habet* («никто не может передать прав больше, чем у него имеется»). В то же время следует указать, что такое отступление от базового принципа правопреемства допускается на уровне практики ВС РФ (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54).

Эта интересная конструкция может вызывать определенные спорные вопросы, в том числе о том, какую цену истец вправе требовать от ответчика вернуть. Суд в указанных определениях говорит о том, что цена исходной сделки с первым потребителем в цепочке должна быть учтена при определении размера абстрактных убытков по ст. 393.1 ГК РФ и ст. 24 Закона о защите прав потребителей, но возврат уплаченной цены не является убытками, и не вполне ясно, управомочен ли истец требовать возврата ему всей цены исходного договора, которая может быть намного выше той цены, которую он сам уплатил при покупке автомобиля на вторичном рынке. Судя по всему, ВС РФ имеет в виду именно это. Если так, то речь идет не столько о взыскании конечным потребителем своих убытков, сколько о переходе по цепочке перепродаж требований первого потребителя в цепочке. В целом этот специфический механизм защиты прав потребителей заслуживает отдельного обсуждения.

3.8.2. Цепочка контрактов: договорные иски «через голову» в ситуации перенесенных убытков

Хотя закон это прямо не предусматривает, в некоторых случаях имело бы смысл дать конечному звену цепи контрактов право на взыскание договорных убытков «через голову» промежуточного звена в тех случаях, когда нарушение обязательства должником налицо, но убытки материализуются не у кредитора данного нарушителя, а у последующего звена контрактной цепи, и при этом кредитор не отвечает перед последним в силу специфики их договорного правоотношения, и поэтому сценарий запуска «снежного кома» квазирегрессных взысканий заблокирован. Это возможно, как минимум если иск со стороны такого третьего лица не подрывает разумные ожидания должника, так как он

мог ожидать возникновения тех же убытков у самого кредитора, если бы сам кредитор извлекал пользу из предоставления и риск убытков в связи с нарушением не был бы перенесен кредитором на третье лицо. Выше в п. 3.7.4 комментария к настоящей статье мы уже обсуждали аналогичную проблему в контексте ситуации, когда нарушение обязательства причинило вред имуществу, принадлежащему не контрагенту, а третьему лицу, которое и несет риск случайной гибели, порчи или утраты вещи. Было предложено не деликтное, а договорное обоснование такого иска. Здесь же мы обсудим аналогичную проблему в контексте причинения чистых экономических убытков, т.е. убытков, не связанных с посягательством на абсолютное право.

Например, если из-за перерыва в подаче электрической, тепловой энергии или газа на принадлежащий лицу объект недвижимости убытки в виде необходимости несения повышенных расходов на альтернативный способ отопления или освещения возникли не у непосредственного контрагента нарушителя (т.е. собственника, с которым был заключен нарушенный договор), а у лица, занимающего данный объект по договору ссуды, видимо, возможен прямой иск такого третьего лица к энергоснабжающей или газоснабжающей организации, несмотря на отсутствие между ними прямых договорных отношений. Если речь идет о ссуде, вряд ли стороны такого договора имели в виду, что ссудодатель-собственник будет отвечать за подобные перебои и возмещать ссудополучателю убытки. Но если он за это не отвечает перед ссудополучателем, то выходит, что последний не взыщет свои убытки с него, а тот не переложит данные убытки на нарушившую договор энергоснабжающую или газоснабжающую организацию, а сам собственник как непосредственный кредитор последней убытки в связи с данным нарушением не несет, так как не использует сданный в ссуду объект недвижимости. Получается, что, если не делать никаких поправок к принципу относительности обязательственных связей в таких ситуациях в силу случайного и не зависящего от энергетиков факта заключения договора ссуды, понесенные в связи с нарушением договора убытки не могут быть возмещены за счет нарушителя. Это кажется несправедливым. Было бы логично в таких ситуациях, когда в силу специфики договорного правоотношения между кредитором и третьим лицом риск убытков в связи с нарушением обязательства должником лежит не на кредиторе, а на третьем лице, говорить о праве третьего лица на предъявление прямого иска к нарушителю договора. Это кажется возможным, как минимум если очевидно, что примерно такие же убытки могли возникнуть непосредственно у кредитора, если бы не его договор с третьим лицом. В похожей ситуации ВС РФ

признал возможным удовлетворение прямого иска к газоснабжающей организации о возмещении убытков со стороны членов семьи потребителя, которые проживали в подключенном к газоснабжающей сети доме и были вынуждены из-за перебоя в подаче газа нести повышенные расходы, несмотря на отсутствие прямых договорных отношений между такими истцами и ответчиком (Определение СКГД ВС РФ от 2 октября 2018 г. № 18-КГ18-181, п. 9 [Обзора](#) судебной практики по делам о защите прав потребителей (утв. Президиумом ВС РФ 14 октября 2020 г.)).

Другой пример: представим, что арендодатель, сдавший арендатору помещение в торговом центре, нарушает свое обязательство обеспечивать свободный доступ посетителей в торговый центр, рекламу торгового центра, функционирование парковки и т.п. Арендатор в обычной ситуации понес бы убытки, но в заданных обстоятельствах не несет их, так как ранее сам сдал помещение с согласия арендодателя в субаренду на весь срок аренды. Убытки в виде упущенной выгоды возникают у субарендатора, но потребовать их взыскания с арендатора субарендатор не может, так как арендатор в договоре субаренды не принял на себя вышеуказанные обязательства, касающиеся функционирования всего торгового центра в целом, и не гарантировал субарендатору покрытие имущественных потерь по правилам ст. 406.1 ГК РФ на случай возникновения у субарендатора таковых по причине нарушения арендодателем своих обязательств перед арендатором. Получается, что сценарий «снежного кома» квазирегрессных исков здесь не работает, и если оставить все как есть, то арендодатель уйдет от ответственности за очевидное нарушение договора, а субарендатор, на сдачу имущества в субаренду которому арендодатель дал согласие, окажется незащищенным.

При этом было бы логично, чтобы данный иск носил не деликтную, а договорную природу, чтобы не нарушать разумные ожидания должника и не лишать его возможности ссылаться на те или иные возражения, вытекающие из его договора с кредитором (например, об ограничении ответственности), или иные условия такого договора (о выбранной подсудности, о применимом праве и т.п.).

Догматически данная модель прямых договорных исков может быть в ряде ситуаций объяснена за счет рецепции с некоторыми возможными адаптациями немецкой конструкции договора с охранительным эффектом в отношении третьего лица¹ либо иным образом (см.

¹ Институт договора с охранительным эффектом в отношении третьих лиц, разработанный в немецком праве (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*), предоставляет

подробнее п. 3.7.4 комментария к настоящей статье). В любом случае деликтная модель кажется неверной. Речь должна идти об ответственности должника на основе правил, регулирующих правоотношения по тому договору, который был им нарушен.

Договорная квалификация позволит также обосновать строгую, безвиновную ответственность должника в случаях, когда должник нарушил обязательство, принятое им в рамках своей коммерческой деятельности (п. 3 ст. 401 ГК РФ), а также строгую ответственность за действия и упущения привлеченных третьих лиц (ст. 403 ГК РФ). Это кажется логичным, ибо ситуация для должника в описанном сценарии перенесенного убытка не должна меняться по сравнению с базовой моделью, в которой убытки возникают у непосредственного кредитора.

3.8.3. Цепочка контрактов: договорные иски «через голову» при выпадении промежуточного звена цепи

Как представляется, иск через голову промежуточного звена контрактной цепи при определенных условиях возможен в тех случаях, когда базовый сценарий защиты позитивного договорного интереса путем обращения к своему непосредственному контрагенту не позволяет защитить потерпевшее звено цепи из-за а) выпадения контрагента по причине его ликвидации или б) исчерпания разумных мер по взысканию с него убытков.

Например, представим, что субподрядчик просрочил выполнение работ, в связи с этим работы были сданы с задержкой генподрядчику, а тот в результате позже срока сдал результаты работ заказчику. К моменту, когда материализовались убытки заказчика, возникшие в результате просрочки, и заказчик решил обратиться за их взысканием, генподрядчик был уже ликвидирован и тем самым выпал из цепи контрагентов. Получается несправедливая и экономически ненор-

третьим лицам право предъявить требование к должнику по договору, участниками которого они не являются, о возмещении убытков ввиду нарушения должником своих договорных обязательств перед неким кредитором, если убытки третьего лица являются следствием нарушения прав кредитора. При этом третье лицо в рамках такой конструкции не может требовать исполнения самого договорного обязательства в натуре (в отличие от конструкции договора в пользу третьего лица) и вправе лишь потребовать от должника по обязательству возмещения убытков на случай нарушения обязательства, если негативные последствия нарушения в виде убытков возникают не у кредитора, а у такого третьего лица. При этом иск третьего лица о возмещении убытков рассматривается по правилам о договорной, а не деликтной ответственности. Для обнаружения охранительного эффекта в отношении третьих лиц необходимо соблюдение ряда условий. Среди них осведомленность должника о круге лиц, которые могут потерпеть убытки в случае нарушения должником своего обязательства, наличие у кредитора интереса в защите третьего лица, отсутствие у третьего лица возможности компенсировать свои убытки путем обращения к должнику и некоторые др.

мальная ситуация, когда в силу случайного обстоятельства – выпадения генподрядчика (промежуточного звена цепи) – заказчик как потерпевшее лицо не может получить защиту и компенсировать свои убытки, а субподрядчик, чье нарушение и спровоцировало данные убытки, уходит от ответственности. Такая безответственность порождает беспечность и не формирует адекватные стимулы к соблюдению договорной дисциплины, особенно если нарушитель осознает, что между нарушением и его обнаружением или возникновением убытков и обращением конечным звеном цепи, в чьей имущественной массе могут возникнуть убытки, за защитой может пройти время, а разделяющее их промежуточное звено долго здравствовать не собирается. Ситуация становится особенно острой, если нарушение состояло в некачественном предоставлении и дефект носил скрытый характер и был обнаружен заказчиком намного позднее после получения предоставления. Чем дольше разрыв во времени между первичным нарушением и возникновением убытков у конечного звена цепи контрактов, тем выше вероятность того, что за этот период одно из промежуточных звеньев исчезнет и нарушитель в результате этого уйдет от ответственности, так как «снежный ком» квазирегрессных взысканий до него просто не докатится.

То же и с поставочной цепью контрактов. Если торговый посредник, через которого осуществляется дистрибуция произведенной продукции, меняется каждый год, у производителя исчезают как минимум правовые стимулы заботиться о качестве продукции, если товар не предназначен для потребительского рынка и угрозы заявления конечными покупателями прямых исков по правилам ст. 1095–1098 ГК РФ и ст. 18 Закона о защите прав потребителей нет. Это ненормально. Как уже отмечалось, принцип относительности обязательств не ставит непроходимый барьер на пути поиска справедливых и экономически эффективных решений. И положения ст. 18 Закона о защите прав потребителей, и целый ряд других вышеуказанных примеров показывают, что при наличии достаточных политико-правовых оснований право делает исключения, допуская иски «через голову». Так что ничего априорно невозможного в предоставлении права на прямой иск в ситуации выпадения промежуточного звена цепи нет. Отличие лишь в том, что по данному поводу нет соответствующей нормы закона. Но отсутствие нормы само по себе вряд ли это может быть абсолютным препятствием на пути поиска соответствующего решения даже в условиях действующего позитивного права.

Иногда утверждается, что обосновать такое решение может предоставление в данном примере заказчику прямого деликтного иска

к субподрядчику. Теоретически это возможно как минимум в ситуации, когда должник осознавал, что конечным потребителем (в экономическом смысле) того предоставления, которое он осуществляет при исполнении своего обязательства, будет третье лицо – последующее звено цепи, и при этом такое третье лицо не смогло восстановить свое нарушенное право путем обращения к промежуточному звену цепи. Убытки потерпевшего, возмещаемые таким прямым иском, в данном случае – это та часть его позитивного договорного интереса, которая оказалась не возмещена в рамках иска к предыдущему звену цепи в связи с ликвидацией последнего. В контексте деликтного права, построенного по модели генерального деликта и допускающего взыскание деликтным иском не только убытков, которые являются результатом первичного противоправного посягательства ответчика на абсолютное право истца, но и чистых экономических убытков истца, находящихся в достаточной и адекватной причинной связи с объективно неправомерным, виновным поведением ответчика (а российское деликтное право в последнее время явно движется к модели генерального деликта), такое решение может обсуждаться.

Более того, есть признаки того, что ВС РФ допускает такое деликтное решение. Так, в рамках одного из дел, рассмотренных ВС РФ (знаменитое «дело Бомарше»), застройщик совершил двойную продажу помещения в строящемся доме по договору купли-продажи будущей недвижимости и ожидаемо не смог перенести право собственности на помещение одному из двух покупателей (далее – посредник), спровоцировав того допустить то же нарушение в отношении конечного покупателя, с которым был заключен договор перепродажи будущей недвижимости (далее – истец). При рассмотрении споров на квартиру суды признали право собственности на квартиру не за истцом, а за другим претендентом, к которому вела альтернативная цепочка контрактов, одновременно признав всю цепочку обязательственных договоров, ведущую к истцу, недействительной. В порядке реституции истец все уплаченные посреднику средства получить не смог в связи с отсутствием у посредника достаточного имущества, и тогда он заявил иск о возмещении разницы напрямую застройщику, хотя и не был связан с ним договором. ВС РФ такой иск удовлетворил по правилам деликтной ответственности (Определение СКЭС ВС РФ от 22 мая 2017 г. № 303-ЭС16-19319). Как указал Суд, «наступление деликтной ответственности лица, совершившего противоправное действие (бездействие), в частности двойное отчуждение объекта недвижимости, не может зависеть от случайного факта (дальнейшей цепочки перепродаж)». Судя по всему, Суд вынес бы такое же решение и в том случае,

если бы цепочка контрактов, ведущая к истцу, не была бы признана недействительной. Соответственно, получилось бы, что нарушение застройщиком своего обязательства перед посредником запустило цепочку нарушений, ударившую в экономическом плане в итоге по конечному покупателю, который, уплатив цену, не получил полагающееся помещение и, возможно, понес дополнительные убытки, попытался защитить свое право, обратившись к промежуточному звену цепи, с которым он заключал договор непосредственно, но столкнулся с тем, что тот неплатежеспособен, заявил прямой иск к застройщику «через голову» промежуточного звена, и ВС РФ считает возможным такой иск удовлетворить на основе общих правил деликтной ответственности. Мысль ВС РФ очевидна: в ином случае ответчик, запустивший цепочку нарушений, ушел бы от ответственности в результате случайного фактора — удлинения «цепочки перепродаж».

Но деликтный подход не кажется лучшим решением. Если вернуться к нашему модельному кейсу про субподряд, деликтное решение позволяет обойти оговоренные в договоре между субподрядчиком и генподрядчиком условия об ограничении ответственности, выбранное применимое право, третейскую оговорку или соглашение о подсудности и другие условия договора субподряда, которые субподрядчик мог бы противопоставить генподрядчику в базовом сценарии «снежного кома» квазирегрессных исков, а также лишить субподрядчика соответствующих возражений, которые он мог бы выдвинуть против генподрядчика (например, о совместной вине). Выпадение промежуточного звена цепи не должно приводить к тому, что заказчик остается без защиты при наличии фигуры здравствующего «истинного виновника» его убытков, но и не должно приводить к ухудшению положения такого «виновника» по сравнению со сценарием скатывания на последнего «снежного кома».

Поэтому представляется, что ответственность субподрядчика в описанной модельной ситуации должна оставаться договорной. Деликтное решение можно обсуждать, когда: а) налицо случай умышленного сговора двух предыдущих звеньев контрактной цепи с целью причинения вреда одному из последующих звеньев, и должник умышленно соучаствует промежуточному звену цепи в нарушении обязательственных прав последующего звена (например, сговор сертифициатора с импортером о выдаче сертификата соответствия при отсутствии достаточных к тому оснований с целью предоставления импортеру возможности сбывать товар с рук), либо б) конечный потерпевший не находится в цепи контрактов, но у должника в отношении него есть обязанность проявлять заботу (например, нотариус допускает ошибку

при удостоверении завещания, которая лишает указанных в завещании наследников возможности получить наследство). Но в стандартной ситуации цепочки контрактов и отсутствия умысла вариант с договорной ответственностью кажется более подходящим.

Но как обосновать договорную ответственность, если стороны не связаны обязательством напрямую? Попытаемся сконструировать возможное догматическое договорное решение. Далее для простоты мы будем обсуждать упрощенную трехзвенную цепь в составе субподрядчика, допустившего первичное нарушение, генподрядчика как промежуточного звена и заказчика, испытавшего на себе последствия скрытого дефекта.

Договорное решение этой задачи возможно посредством применения доктрины перехода *зависимого квазирегрессного требования*, которое имеет выпадающее звено цепи к предыдущему звену по цепочке, непосредственно в пользу последующего звена цепи, испытавшего на себе негативные последствия нарушения. Иначе говоря, если А нарушило договор, заключенный с Б, и тем самым спровоцировало Б нарушить договор между Б и В, зависимое квазирегрессное требование Б к А, которое Б могло бы предъявить к А в случае фактического или предстоящего удовлетворения требования В, при определенных условиях переходит в руки самого В, давая ему возможность заявить прямой договорный иск к А.

Такой переход, как представляется, возможен либо а) автоматически при ликвидации промежуточного звена цепи (в нашем примере генподрядчика), либо б) ранее, но по волеизъявлению последующего потерпевшего звена цепи (в нашем примере заказчика) и при условии исчерпания этим последующим звеном разумных мер по взысканию с предыдущего звена в классическом сценарии «снежного кома».

При этом данная модель касается только *зависимого квазирегрессного требования*, т.е. такого требования, на которое промежуточное звено цепи не имело бы право, если бы не имело оснований удовлетворить первичное требование последующего звена (например, если речь идет о требовании возместить расходы, вызванные удовлетворением первичного требования последующего звена контрактной цепи). Если речь идет об автономном требовании, которое хотя и возникло по причине нарушения, запустившего цепочку нарушений, но принадлежит промежуточному звену цепи независимо от того, удовлетворил ли он и будет ли удовлетворять первичное требование последующего звена цепи, о подобном переходе требования и возникновении права на прямой иск говорить сложнее. Например, если представить себе, что заказчик не заплатил генподрядчику, а тот по этой причине не смог

расплатиться с субподрядчиком, требование генподрядчика к заказчику автономно, переход его в той или иной части в руки субподрядчика при ликвидации генподрядчика приведет к нарушению принципа равенства кредиторов в той степени, в которой у генподрядчика имеются иные кредиторы. Соответственно, нас интересует только ситуация с зависимым квазирегрессным требованием, само попадание которого в имущественную массу выпадающего промежуточного звена цепи контрактов обусловлено предстоящим удовлетворением первичного требования последующего звена цепи.

Разберем это возможное решение и условия его применения подробнее далее.

Начнем со сценария ликвидации, рассмотрев его на примере модельной истории с субподрядом. В момент ликвидации генподрядчика как промежуточного звена цепи его требование к субподрядчику в связи с допущенными последним нарушениями обязательства, которое а) производно от гипотетического удовлетворения возможного денежного требования (первичного требования) заказчика, но при этом б) не было учтено как элемент имущественной массы ликвидируемого генподрядчика (не было осуществлено путем взыскания или продажи с торгов третьим лицам), должно считаться автоматически перешедшим заказчику как последующему звену цепи в сумме, не превышающей то, что причиталось бы к выплате по первичному требованию заказчика, дабы заказчик мог предъявить прямой договорный к субподрядчику иск через отпавшую «голову» ликвидированного генподрядчика.

В качестве первичного требования могут быть рассмотрены требования о взыскании убытков, о возврате части уплаченной цены в связи с реализацией права на соразмерное уменьшение цены по причине дефектности предоставления либо о возврате всей цены в связи с реализацией потерпевшим звеном цепи права на расторжение по причине нарушения. Если в нашем примере заказчик, столкнувшись с нарушением, потребовал от генподрядчика возмещения своих расходов на устранение дефекта по правилам ст. 723 ГК РФ (первичное требование, допустим, равное 10 тыс. руб.), но генподрядчик выпал из цепи в связи с ликвидацией, производное квазирегрессное требование генподрядчика к субподрядчику, на удовлетворение которого генподрядчик вправе был бы рассчитывать, если бы до своей ликвидации удовлетворил первичное требование заказчика о возмещении тех самых 10 тыс. руб., считается по умолчанию перешедшим «в руки» самого заказчика. Соответственно, происходит своего рода смещение требования по цепи. При заявлении заказчиком субподрядчику

ко взысканию тех самых 10 тыс. руб. по перешедшему к заказчику квазирегрессному требованию и получении от субподрядчика платежа на эту сумму разорванная цепь будет соединена без ущерба для интересов всех затронутых сторон. Субподрядчик не получит нежданный подарок в виде ухода от ответственности по причине выпадения промежуточного звена и заплатит то, к чему и так был действительно обязан, а заказчик не пострадает в результате того же обстоятельства.

Речь идет о переходе квазирегрессного требования, которое имеет генподрядчик к субподрядчику, о взыскании ровно той суммы, которую генподрядчик был бы вправе взыскать в рамках сценария скатывания «снежного кома» квазирегрессных взысканий в связи с фактическим или потенциальным удовлетворением первичного требования заказчика. Должна быть обеспечена ситуация, которая воспроизводит ту, которая случилась бы в сценарии «снежного кома». Заказчик, обнаруживший нарушение и лишенный возможности защитить свое право иском к генподрядчику по причине его ликвидации, будет атаковать субподрядчика, предъявляя к нему договорный иск, основанный на договоре субподряда, с учетом тех ограничений ответственности, которые там были оговорены (за исключением случаев умышленного нарушения договора субподрядчиком), в суд (арбитраж), оговоренный в договоре субподряда, на основе норм выбранного в договоре субподряда применимого права. И взыскать таким иском заказчик сможет не более того, что было бы взыскано с субподрядчика генподрядчиком в базовом сценарии «снежного кома». При этом субподрядчик должен сохранить возможность выдвигать против такого прямого иска те возражения, которые он мог выдвинуть против генподрядчика и заявить зачет с использованием своего требования к генподрядчику (что вполне возможно в рамках модели перехода требования (см. ст. 386 и ст. 412 ГК РФ)).

Должен быть учтен также и возможный предел ответственности, включенный в договор генподряда. Прямой иск не должен позволять обойти этот предел, а субподрядчику предоставляется право выдвигать против прямого иска заказчика те возражения, которые были бы доступны генподрядчику при рассмотрении первичного иска в рамках сценария «снежного кома». При наличии оговорок об ограничении ответственности в обоих договорах этой трехзвенной цепи заказчик не может взыскать с субподрядчика больше, чем самый низкий из двух указанных порогов ответственности (как минимум при отсутствии умысла в поведении субподрядчика).

Иначе говоря, мы, насколько это возможно, воспроизводим результат, который был бы достигнут в стандартном сценарии «снежного

кома» с той лишь особенностью, что мы исключаем из цепи обратных взысканий выпавшее промежуточное звено.

Причем при выпадении промежуточного звена цепи прямой иск должен адресоваться следующему по очереди «здравствующему» звену цепи. Если между нарушителем, чье первичное нарушение запустило цепочку нарушений, и конечным потерпевшим звеном располагается лишь одно промежуточное звено, то прямой иск будет адресован потерпевшим сразу же такому «первичному» нарушителю (как в вышеописанном сценарии с субподрядом). Но между «первичным нарушителем» и конечным потерпевшим может располагаться большее число промежуточных звеньев. В таком случае при выпадении предыдущего звена и блокировании для потерпевшего звена возможности взыскать убытки, вернуть часть или всю уплаченную цену со своего непосредственного контрагента иск должен быть заявлен не напрямую к «первичному нарушителю», а к следующему по очереди после выбывшего из цепочки контрагента звену этой цепи. Например, если производитель произвел некачественное оборудование, а далее оно прошло через «юридические руки» дистрибьютора и дилера прежде, чем попало к конечному покупателю, обнаружившему скрытый дефект, и покупатель не может добиться возврата части цены при реализации прав на соразмерное снижение цены или взыскания убытков с дилера по причине его ликвидации, покупатель получает право на заявление прямого иска к дистрибьютору. Далее после удовлетворения иска покупателя восстанавливается обычный сценарий «снежного кома». Получается, что мы соединяем напрямую разорванную в связи с выпадением одного из промежуточных звеньев цепь контрактов, не более того.

Та же модель может применяться и в любых иных цепочках контрактов в тех ситуациях, когда потерпевшая сторона, испытавшая негативные последствия нарушения, спровоцированного участником цепи, с которым у потерпевшего нет прямого договорного правоотношения, обнаружила нарушение своих прав и лишена возможности защитить свой позитивный договорный интерес, запустив «снежный ком» в связи с ликвидацией своего непосредственного контрагента, выступающего в качестве промежуточного звена цепи (например, при продаже изготовителем дефектной продукции через цепочку посредников и обнаружении скрытых дефектов конечным покупателем).

Правовым основанием для такого автоматического «предсмертного» перехода квазирегрессного требования может быть применение п. 2 ст. 6 ГК РФ (требования разумности, справедливости и добросовестности).

Если промежуточное звено было ликвидировано при отсутствии признаков банкротства и не оставило непогашенных требований перед другими кредиторами, это решение кажется адекватным. Но что, если оно было ликвидировано в результате банкротства, оставив часть других своих кредиторов без удовлетворения? Здесь обнаруживается возможный аргумент против описанной выше модели прямого иска «через голову»: может показаться, что такой иск позволяет данному конкретному кредитору получить преимущественное удовлетворение по сравнению с другими кредиторами ликвидированной организации, что нарушит характерный для банкротного права принцип равенства кредиторов.

Представим, что в нашем примере заказчик предъявил к генподрядчику требование о возмещении убытков или возврате части уплаченной цены, а последний впал в банкротство, требование заказчика было бы установлено в РТК генподрядчика, а производное квазирегрессное требование генподрядчика к субподрядчику о возмещении того, что должно быть уплачено заказчику, было либо заявлено конкурсным управляющим субподрядчику, либо продано с торгов третьим лицам. Имел бы заказчик преимущественное право на удовлетворение за счет полученной в конкурсную массу суммы взысканных с субподрядчика убытков или суммы, полученной от продажи с торгов третьим лицам такого квазирегрессного требования к субподрядчику? Либо полученная любым из двух указанных способов в конкурсную массу сумма убытков должна быть распределена среди всех кредиторов генподрядчика? В последнем случае пострадавший заказчик, чье требование к генподрядчику и стало триггером для попадания в конкурсную массу квазирегрессного требования к субподрядчику, получит из полученных в конкурсную массу средств лишь малую долю. Если не давать заказчику права на преимущественное удовлетворение за счет полученного в конкурсную массу по квазирегрессному требованию, то тогда идея с прямым единоличным иском «через голову» оказывается под сомнением как влекущая преимущественное удовлетворение. Если мы блокируем преимущественное удовлетворение за счет ценности, извлеченной из производного квазирегрессного требования, в рамках банкротства, то допущение прямого иска, влекущее такое же преимущественное удовлетворение, кажется системно не согласованным.

Если согласиться с таким тезисом, в случае обнаружения скрытого дефекта после банкротной ликвидации генподрядчика единственной опцией является применение п. 5.2 ст. 64 ГК РФ о распределении обнаруженного имущества ликвидированной организации. Как указано в комментарии к ст. 307 ГК РФ и ст. 419 ГК РФ, норма п. 5.2 ст. 64

ГК РФ в интерпретации ВС РФ относит к обнаруженному имуществу и права требования ликвидированной организации к третьим лицам. Если субподрядчик нарушил свои обязательства, то у генподрядчика уже имеется требование к нему о возмещении убытков. Соответственно, на момент ликвидации генподрядчика данное требование имелось, пусть об этом генподрядчик еще и не знал, так как сам дефект был обнаружен заказчиком позднее. Если дефект был позднее обнаружен, выясняется, что субподрядчик нарушил свои обязательства и уже на момент ликвидации генподрядчика отвечал за убытки перед генподрядчиком, пусть сумма таких убытков еще и не была определена. Получается, что существовавшее требование генподрядчика к субподрядчику не было учтено при ликвидации первого и может считаться обнаруженным после ликвидации. Заказчик согласно п. 5.2. ст. 64 ГК РФ может подать в таком случае в суд иск о распределении данного обнаруженного актива ликвидированной организации, судом будет назначен арбитражный управляющий, который либо взыщет этот долг с субподрядчика, либо продаст его с торгов, а полученную сумму распределит *pro rata* среди всех тех кредиторов генподрядчика, которые остались неудовлетворенными в результате ликвидации и присоединятся к процедуре распределения. Наш заказчик получит опять же лишь часть из этой суммы (возможно, достаточно незначительную), другая уйдет иным кредиторам генподрядчика.

Насколько силен этот контраргумент о нарушении принципа равенства кредиторов при банкротстве?

Как представляется, ответ зависит от природы требования ликвидированной организации к предыдущему звену контрактной цепи. Как уже отмечалось, модель перехода квазирегрессного требования по цепи контрактов должна касаться только зависимого требования. Под зависимым квазирегрессным требованием понимается такое, которое возникало бы к предыдущему звену цепи, только если организация-кредитор сама удовлетворила или неизбежно должна будет удовлетворить последующее звено. Применительно к такому требованию аргумент о неприемлемом преимущественном удовлетворении и нарушении принципа равенства кредиторов можно отвергнуть. Логично признать, что заказчик в описанном примере вправе рассчитывать на приоритетное удовлетворение своего требования к генподрядчику из сумм квазирегрессного возмещения, полученного от субподрядчика, в той степени, в которой это возмещение обусловлено заявлением заказчиком своего требования к конкурсной массе. Здесь следует задать следующий вопрос: если бы заказчик не потребовал от генподрядчика первичного возмещения, не включил бы его в РТК

генподрядчика или простил бы долг, то попало бы в конкурсную массу генподрядчика требование к субподрядчику? Если бы и в такой ситуации основания для включения такого требования в конкурсную массу генподрядчика были, то значит, это требование не носит зависимый квазирегрессный характер, оно не зависит от первичного требования заказчика к конкурсной массе и по своей природе автономно. Если же в описанном сценарии не было бы оснований включать в конкурсную массу требование к субподрядчику по причине отказа от своих первичных требований заказчика, то налицо зависимая квазирегрессная природа требования генподрядчика к субподрядчику, его неавтономность и обусловленность первичным требованием. Получается, что в последнем случае конкурсной массе генподрядчика это возмещение причитается только в той мере, в которой первичное требование о возмещении будет заявлено заказчиком. Если бы заказчик требование к массе не заявил, то другие кредиторы массы не могли бы рассчитывать на удовлетворение за счет осуществления или продажи с торгов квазирегрессного требования, так как такой актив в массе бы просто не появился. Первичное требование заказчика к конкурсной массе (пассив массы) и производное, зависимое квазирегрессное требование массы к субподрядчику (актив массы) оказываются каузально обусловлены.

Возможно, это означает, что если требование заказчика было заявлено в РТК генподрядчика и далее «снежный ком прокатился» до субподрядчика благодаря усилиям конкурсного управляющего, который, взыскав деньги с субподрядчика по зависимому квазирегрессному требованию либо продав квазирегрессное требование к субподрядчику с торгов пополнил конкурсную массу генподрядчика, было бы справедливо предоставить заказчику приоритет в части этой полученной в конкурсную массу суммы при конкурсном распределении. Возможно, ему стоит предоставить залоговый приоритет в отношении извлеченной из данного квазирегрессного требования ценности, предоставив заказчику, как и любому залоговому кредитору, 70% от суммы, полученной за счет удовлетворения или продажи с торгов квазирегрессного требования, направив остальные 30% на удовлетворение текущих расходов и привилегированных кредиторов.

Совсем иная ситуация имела бы место, если квазирегрессное требование к субподрядчику носит автономный характер и, хотя и обусловлено цепочкой нарушений, запущенной субподрядчиком и ударившей в конечном счете по заказчику, но может быть удовлетворено, независимо от того, есть ли перспектива удовлетворения первичного требования заказчика к генподрядчику.

Если мы решаем эту проблему в сценарии удовлетворения требования заказчика через конкурсную массу посредством признания приоритета заказчика в отношении ценности зависимого квазирегрессного требования, то тогда банкротный аргумент против модели смещения такого требования вверх по цепи контрактов отпадает. Соответственно, при ликвидации промежуточного звена, оставившего иные непогашенные долги, и попытке его кредитора добиться удовлетворения своего притязания за счет «перехвата» зависимого квазирегрессного требования выпавшего звена к предыдущему звену нет необходимости в данном контексте применять п. 5.2. ст. 64 ГК РФ о распределении обнаруженного имущества. Кредитор по первичному требованию просто по умолчанию приобретает зависимое квазирегрессное требование единолично и может заявить прямой иск, не делясь с другими кредиторами ликвидированной организации, чьи требования не были погашены в результате ликвидации.

Представим, что нарушение субподрядчика, запустившего цепь нарушений, состояло в просрочке, последняя спровоцировала просрочку генподрядчика, которая, в свою очередь, причинила мораторные убытки заказчику. Очевидно, что если заказчик простил генподрядчику долг по возмещению таких убытков, то у генподрядчика нет права на взыскание с субподрядчика этих «чужих» мораторных убытков; он может потребовать возмещения только своих собственных убытков, и, если таковых нет, а убытки заказчика возмещать не придется в силу прощения долга, у генподрядчика нет права на взыскание той или иной суммы убытков с субподрядчика, несмотря на просрочку. Это значит, что налицо зависимая квазирегрессная природа требования и невозможность его осуществления при отсутствии перспектив удовлетворения первичного требования. А следовательно, может работать идея о том, что справедливым обладателем экономического интереса в таком квазирегрессном требовании является единолично заказчик, и, соответственно, он должен обладать приоритетом в части ценности такого требования в деле о банкротстве генподрядчика и правом на прямой иск к субподрядчику после ликвидации¹. То же и в ситуации,

¹ Более сложная ситуация возникает в контексте дефекта в выполненных работах. В такой ситуации генподрядчик может как заявить ко взысканию свои убытки, возникшие в результате состоявшегося или предполагаемого удовлетворения первичного требования заказчика, так и заявить о соразмерном снижении цены. Если допустить, что генподрядчик может заявить о соразмерном уменьшении цены и потребовать от субподрядчика возврата части цены по правилам ст. 723 ГК РФ даже тогда, когда заказчик простил генподрядчику долги, связанные с данным дефектом, или не стал устанавливать свое требование о возврате части цены в РТК генподрядчика, то получается, что требование генподрядчика к субподрядчику, вытекающее из соразмерного уменьшения цены, авто-

когда речь идет о выполнении субподрядчиком работ с дефектом, из-за которого заказчик был вынужден понести затраты на его устранение.

Если налицо зависимая, квазирегрессная природа требования генподрядчика к субподрядчику, может ли заказчик заявить прямой иск к субподрядчику еще до ликвидации генподрядчика? По общему правилу нет. Иное возможно, если стороны согласовали заранее а) механизм автоматического перехода квазирегрессного требования в пользу заказчика, привязанного к наступлению тех или иных отлагательных условий, или б) опцион заказчика на приобретение квазирегрессного требования генподрядчика к субподрядчику в счет долга генподрядчика перед заказчиком, влекущий переход такого требования в массу заказчика при получении генподрядчиком соответствующего волеизъявления заказчика, пожелавшего выкупить данное право (ст. 429.2 ГК РФ), в) аналогичный опцион заказчика на приобретение квазирегрессного требования в безвозмездном порядке в обеспечительных целях с условием об обязанности вернуть генподрядчику любой излишек, который может образоваться в результате удовлетворения обоих требований (опцион на обеспечительную уступку).

номно и принадлежит сообществу кредиторов генподрядчика. Соответственно, в этом случае никакого приоритета в части данного элемента конкурсной массы у заказчика, который все-таки решил установить свое требование в РТК генподрядчика, нет, а при обнаружении дефекта после ликвидации генподрядчика заказчик должен инициировать иск к субподрядчику по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, поделившись с другими кредиторами, ибо выяснится, что генподрядчик уже в момент ликвидации обладал автономным правом на возврат части уплаченной субподрядчику цены, а если оно автономно, то в случае ликвидации генподрядчика на него по справедливости могут претендовать не только конкретный заказчик, а все сообщество с кредитором генподрядчика, которое оказалось неудовлетворено в ходе ликвидации. Отсюда и необходимость обращения к п. 5.2 ст. 64 ГК РФ. Впрочем, вопрос о том, возможно ли снижение цены в ситуации, когда дефект никаких убытков самому генподрядчику не причинил и его имущественный позитивный интерес не пострадал, может вызывать дискуссии. Если прийти к выводу о том, что не только возмещение убытков, но и снижение цены по договору между субподрядчиком и генподрядчиком в сценарии отказа от претензий заказчика невозможно по причине отсутствия какого-либо ущерба интересам генподрядчика, то и требование генподрядчика к субподрядчику о снижении и возврате части цены носит зависимый квазирегрессный характер, не принадлежит имущественной массе генподрядчика при отсутствии перспектив наложения на генподрядчика взыскания в пользу заказчика, а следовательно, заказчик может претендовать на преимущественное удовлетворение за счет такого квазирегрессного требования и прямой единоличный иск после ликвидации. Все зависит от того, понимаем ли мы соразмерное снижение цены в ответ на выявление дефектности осуществленного продавцом, арендодателем или подрядчиком (исполнителем) предоставления по правилам ст. 475, 612 или 723 ГК РФ в качестве абстрактного способа компенсации убытков или в качестве абсолютно самостоятельного института, не связанного с компенсацией потерь и направленного на обеспечение эквивалентности в sinalлагме. Этот вопрос пока в российском праве в полной мере не разрешен.

Но, кажется, стоит пойти дальше, и даже при отсутствии соглашения сторон на сей счет восполнять любой договор, располагающийся в некой цепи контрактов, подразумеваемым положением о праве пострадавшего звена на приобретение зависимого квазирегрессного требования промежуточного звена к предыдущему звену с одновременным погашением долга промежуточного звена по первичному требованию из расчета рубль за рубль, при условии объявления промежуточного звена банкротом и открытия конкурсного производства. В результате происходит конвертация принадлежащего потерпевшему звену цепи первичного требования к впавшему в конкурс промежуточному звену в прямое требование к предыдущему звену цепи на ту же сумму. Преимущественного удовлетворения, уменьшения конкурсной массы и ущемления прав других кредиторов здесь не происходит, так как само зависимое квазирегрессное требование не попало бы в конкурсную массу, если бы заказчик своего требования к массе не заявит. Такое приобретение зависимого квазирегрессного требования происходит по факту заявления заказчиком о реализации подразумеваемого вторичного права на выкуп такого требования. По сути, налицо своеобразный опцион на принудительный выкуп зависимого квазирегрессного требования.

В таком случае в нашем примере при открытии конкурса в отношении генподрядчика заказчик получает возможность выбирать между установлением своего первичного зависимого квазирегрессного требования в РТК впавшего в конкурс генподрядчика (с получением залогового приоритета в части ценности, извлеченной в массу из производного квазирегрессного требования), с одной стороны, и реализацией своеобразного подразумеваемого опциона на приобретение у генподрядчика такого требования к субподрядчику и заявлением прямого иска к последнему, минуя конкурсную массу генподрядчика, с другой стороны.

Возможность предъявления прямого иска вместо установления своего требования в РТК промежуточного звена, не дожидаясь окончания конкурсных процедур и ликвидации, особенно актуальна в свете того, что конкурс может занять достаточно долгое время и возникает риск пропустить давность по прямому иску к предыдущему звену цепи.

Более того, возможно, стоит пойти еще дальше и в качестве условия для реализации подразумеваемого опциона на выкуп зависимого квазирегрессного требования установить не только признание банкротом промежуточного звена цепи и открытие конкурса, но и констатацию в рамках исполнительного производства отсутствия у промежуточного звена достаточного имущества для удовлетворения требования

последующего звена цепи? Например, в деле Бомарше промежуточное звено не смогло удовлетворить конечного потерпевшего в ходе исполнительного производства, и этого оказалось достаточно для ВС РФ, чтобы констатировать право на прямой иск (пусть и деликтный, но этот аспект сейчас оставим за скобками). Действительно, если бы условием для перехвата зависимого квазирегрессного требования являлось признание промежуточного звена банкротом, потерпевшему последующему звену пришлось бы не только судиться и получать исполнительный лист, но и возбуждать дело о банкротстве, ждать долгие месяцы истечения периода процедуры наблюдения (отмена которой пока не произошла, хотя и обсуждается на момент написания настоящего текста), доводить дело до открытия конкурса и только потом использовать подразумеваемый опцион на перехват зависимого квазирегрессного требования, отказываясь при этом от своей позиции в деле о банкротстве. Все это крайне неудобно и создает серьезную угрозу пропуска давности по прямому иску. Поэтому стоит допустить реализацию такого подразумеваемого опциона и в ситуации, когда промежуточное звено добилось вынесения решения суда против промежуточного звена цепи, но столкнулось с прекращением исполнительного производства по причине отсутствия достаточного имущества у должника.

Если согласиться со всеми этими решениями, то получается, что прямой договорный иск «через голову» может быть заявлен, если промежуточное звено уже ликвидировано (автоматический «предсмертный» переход зависимого квазирегрессного требования вверх по цепи контрактов) либо если против промежуточного звена введено конкурсное производство или прекращено исполнительное производство за отсутствием возможности исполнить вынесенное против него по первичному требованию решение о взыскании (при условии, что потерпевшее звено выразило волю на реализацию такого перехвата зависимого «квазирегрессного» требования).

В любом случае если промежуточное звено существует и потерпевшим не исчерпаны разумные меры получить удовлетворение в стандартном сценарии «снежного кома», допускать такие прямые иски, видимо, нельзя, ибо конструкция прямого иска представляет собой исключительное, а отнюдь не ординарное средство восстановления справедливости.

Решение, аналогичное тому, которое выше обсуждалось, в контексте сценария субподряда с необходимыми адаптациями применимо и в отношении иных цепочек контрактов (например, «производитель — дистрибьютор — покупатель», «арендодатель — арендатор — субаренда-

тор», «обладатель исключительного права — лицензиат — сублицензиат» и др.). Например, представим, что арендодатель блокирует арендатору доступ в арендованное помещение, а тот неминуемо нарушает свои зеркальные обязательства перед субарендатором, провоцируя у того значительные убытки. Представим, что арендатор либо ликвидирован, либо добиться погашения убытков в судебном порядке не получилось по причине безрезультатности исполнительного производства, либо арендатор объявлен банкротом. В этих случаях, согласно предлагаемому решению, субарендатор приобретает автоматически (в сценарии ликвидации) или вправе приобрести (в остальных сценариях) зависимое квазирегрессное требование арендатора к арендодателю и может заявить прямой иск к арендодателю в сумме, равной той, которая могла бы быть взыскана с арендодателя в рамках классического сценария скатывания «снежного кома» квазирегрессных взысканий.

Впрочем, следует признать, что вся данная проблематика требует серьезной проработки. Выше была предложена возможная договорная модель решения проблемы, но однозначной устойчивой практики по ее реализации пока нет. Прямые иски «через голову» промежуточных звеньев цепи контрактов — крайне сложная и не сформировавшаяся пока область права не только в России, но и во многих других странах (особенно бурно этот поиск сфер приложения прямых исков идет на протяжении последних лет во французском праве). Определения ВС РФ по «делу Бомарше» и «делу Магадан-тест» показывают, что суды начинают ощущать остроту проблемы, но предложенное ВС РФ деликтное решение, хотя и кажется простым, не оптимально.

В России актуальность данной проблематики значимо возрастает с учетом того, как часто промежуточные звенья цепи контрактов выпадают в связи с ликвидацией соответствующих организаций. Огромное число компаний, каждая из которых участвует в сотнях и тысячах контрактных цепей, банкротится и ликвидируется в добровольном и судебном порядке каждый год, а налоговые органы во внесудебном порядке массово вычеркивают организации из ЕГРЮЛ. С известной долей преувеличения можно сказать, что большинство компаний в России живут не дольше, чем бабочки. В таких условиях настаивание на строгой относительности обязательств и тезис о том, что выпадение промежуточного звена — это банальный коммерческий риск, с которым стоит просто смириться, а безответственность нарушителя — это терпимый побочный эффект, неразумно и несправедливо. Игнорирование современных реалий построения экономики приводит к крайней несправедливости и незащищенности прав. Например, производителю стоит построить модель дистрибуции своего товара

с использованием торговых посредников, которых можно как перчатки менять каждый год, и это позволит ему не нести никакой ответственности перед покупателями за дефектность выпускаемой продукции, если а) речь не идет о причинении в результате дефекта вреда личности или имуществу (здесь будут в большинстве случаев применены правила ст. 1095–1098 ГК РФ о прямой деликтной ответственности), б) неприменимы правила Закона о защите прав потребителей о прямой договорной ответственности производителей за качество товара перед потребителем и в) производитель, подрядчик или исполнитель сам не сообразовал выставить гарантию качества в отношении всех последующих приобретателей или иных последующих звеньев цепи контрактов. На выходе конечные звенья контрактных цепей, выступающие в качестве коммерсантов, оказываются не защищены при банкротстве или иной ликвидации промежуточных звеньев. С этим сложно смириться.

3.8.4. Деликтная ответственность должника по обязательству перед третьими лицами за провоцирование чистых экономических убытков

В ряде случаев речь идет не о запуске цепочки нарушений по цепи контрактов, а об автономном деликте. Последнее означает, что правомерность поведения должника мы будем оценивать не только и не столько путем сопоставления с условиями исполняемого им обязательства, сколько сравнивая с общепринятыми стандартами поведения и должной мерой заботы, которую подобный должник должен соблюдать при исполнении обязательства по отношению к третьим лицам. Содержание самого обязательства не иррелевантно, но не имеет определяющего значения. Например, должник в ряде случаев может понести ответственность перед третьими лицами, даже если кредитор разрешил ему себя так вести.

Выше в п. 3.7 комментария к настоящей статье отмечалось, что в случаях, когда деликт, допущенный должником в ходе исполнения обязательства, состоит в посягательстве на абсолютное право третьего лица, прямой деликтный иск возможен. Возможен он и в ситуации, когда деликт состоит в причинении третьему лицу чистых экономических убытков. Но здесь при определении стандарта должной заботливости и фиксации объективной неправомерности поведения ответчика стоит быть куда более осторожным, чем в случаях ущерба личности или имуществу потерпевшего. Необходимы дополнительные фильтры во избежание неадекватного разрастания рисков привлечения к деликтной ответственности, ибо наше поведение постоянно оказывает то или иное негативное влияние на имущественную сферу окружающих. Условия для деликтной ответственности должны наступать

только тогда, когда поведение должника не просто нарушает закон или условия обязательства, но противоречит стандартам должной заботы об интересах третьих лиц. Далеко не всякое нарушение прав одного лица, влекущее возникновение убытков у третьих лиц, означает, что нарушитель совершил деликт в отношении третьего лица.

В ряде ситуаций такая подразумеваемая в силу закона, доброй совести и обычаев обязанность заботы об интересах третьих лиц налицо.

Представим ситуацию, что одно лицо выступает в качестве эксперта, который предоставляет на возмездной основе в качестве способа ведения приносящей доход деятельности заключение о тех или иных обстоятельствах по заказу конкретного заказчика, но осознает, что полагаться на данное заключение будет не только и даже не столько данный заказчик, сколько третьи лица, что именно для информирования этих третьих лиц данное заключение и заказывается и что, если заключение окажется недостоверным, чистые экономические убытки возникнут у таких третьих лиц. Могут ли такие третьи лица заявить прямой иск к такому эксперту за предоставление недостоверного ответа?

Ответ, видимо, может быть положительным.

Один из таких сюжетов, связанный с сертификацией продукции, уже обсуждался в практике ВС РФ. Речь идет об Определении СКЭС ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 306-ЭС17-18368 (дело «Магадан-тест»). В данном определении Суд допустил прямой деликтный иск конечного коммерческого покупателя импортированного транспортного средства к сертифициатору, который по договору с одним из предыдущих звеньев дистрибуционной цепи контрактов выдал сертификат соответствия на данное транспортное средство без достаточных оснований. В результате выдачи сертификата автомобиль был запущен в оборот и по цепочке контрактов был приобретен конечным коммерческим покупателем. После этого ошибка была обнаружена и сертификат отозван, что лишило конечного покупателя возможности эксплуатировать данное транспортное средство. Несмотря на то что сертифициатор не состоял в договоре с покупателем и по небрежности ненадлежащим образом оказал услугу предыдущему звену контрактной цепи, финансовые потери в виде обесценивания купленного оборудования в связи с этим возникли у покупателя, и Суд на этом основании посчитал возможным удовлетворение прямого деликтного иска покупателя к сертифициатору о возмещении убытков в виде уплаченной за автомобиль цены. Суд принял во внимание а) специфику деятельности сертифициатора, который не мог не осознавать, что его услуги запрашиваются в целях защиты не столько заказчика услуг по сертификации, сколько после-

дующих приобретателей, а также б) ликвидацию продавца к моменту отзыва сертификата соответствия, в результате чего покупатель не мог защитить себя стандартным способом путем обращения с иском к непосредственному контрагенту. Ссылки ответчика на то, что Закон о техническом регулировании не содержит нормы, допускающей ответственность сертифициатора перед третьими лицами, Суд отверг.

Действительно, как минимум когда конечный покупатель не смог защитить свои права путем взыскания соответствующих сумм с непосредственного продавца, его право на взыскание убытков деликтным иском с сертифициатора кажется заслуживающим признания.

Такая же ситуация возникает в контексте заказа эмитентом акций аудиторского заключения, которое публикуется в целях информирования широкого круга существующих акционеров или потенциальных приобретателей акций (в том числе при первичном размещении ценных бумаг). Хотя непосредственным контрагентом аудитора является общество-эмитент, но негативные последствия ошибок аудитора, не заметившего ту или иную дыру в балансе эмитента, испытают на себе приобретатели (при первичном размещении или на вторичном рынке) акций. Очевидно, что у аудитора, несмотря на то что формально договор с ним заключает конкретный эмитент, имеется обязанность проявлять заботу по отношению к широкому кругу потенциальных приобретателей ценных бумаг. Например, представим, что положившись на отчет аудитора, инвесторы приобретут акции при первичном размещении или на вторичном рынке, а затем эмитент разорится, цена акций рухнет, инвестиции инвесторов сгорят, и выяснится, что аудиторское заключение было недостоверно и вводило инвесторов в заблуждение: могут ли они заявить прямой иск к такому аудитору? Пункт 3 ст. 22.1 Закона о рынке ценных бумаг предусматривает прямую ответственность аудитора, подготовившего аудиторское заключение при эмиссии ценных бумаг по заказу эмитента, перед инвесторами.

То же касается и заключений рейтинговых агентств, необоснованно присвоивших высокий рейтинг тем или иным ценным бумагам эмитента либо банкам на основании договора с последними и тем самым спровоцировавших заблуждение широкого круга инвесторов или вкладчиков.

В некоторых ситуациях аналогичная проблема возникает и в контексте сценария с привлечением услуг оценщика. Более того, ст. 24.6 Федерального закона от 29 июля 1998 г. № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» прямо предусматривает ответственность оценщика перед третьими лицами, полагавшимися на заключение оценщика. Как минимум если оценщик осознавал,

какие третьи лица будут полагаться на такую оценку и для кого его услуги заказываются, может обсуждаться его деликтная ответственность перед такими третьими лицами.

Тот же сценарий может обсуждаться в контексте недостоверного заключения, представленного на возмездной основе экспертом в рамках осуществления судебной экспертизы. Убытки в результате некачественного оказания услуги по предоставлению соответствующего экспертного заключения могут возникнуть у процессуального оппонента той стороны процесса, которая привлекла такого эксперта.

Иначе говоря, если соответствующую услугу заказывает на возмездной основе одно лицо, но эксперт-профессионал осознает, что его экспертное мнение имеет ценность не только или даже не столько для заказчика, оплачивающего его услуги, сколько для третьих лиц, которые будут на это мнение полагаться, и именно для информирования третьих лиц эта услуга заказывается и оплачивается, данный эксперт обязан проявлять заботу об интересах этих третьих лиц. Тогда можно говорить о подаче прямого деликтного иска.

Следует признать, что в данной области пока многие вопросы остаются не вполне проясненными и вызывают бурные дискуссии во многих странах мира.

Так, например, дискуссии вызывает вопрос о том, достаточно ли для привлечения к деликтной ответственности такого эксперта перед третьими лицами его неосторожности или ответственность должна наступать только при умысле. Когда утверждение о факте предоставляется на безвозмездной основе или за символические деньги не в качестве коммерческого промысла (например, в книге по праву, за которую автор получил гонорар от издательства и на содержание которой полагались читатели), очевидно, что привлечение к ответственности просто за неосторожность при распространении недостоверной информации несправедливо. Но в ситуации с аудитором или рейтинговым агентством, получающим за свою экспертизу значительные гонорары и строящим на эксплуатации своей экспертизы весь свой бизнес, ситуация куда менее очевидная. Также ответственность было бы справедливо допускать за простую неосторожность в ситуации, когда чистые экономические убытки могут быть причинены не широкому кругу третьих лиц, что делает ответственность практически безграничной, а одному конкретному лицу, пусть и не тому, кто заказывал услуги данного эксперта (например, другой стороне судебного спора, в рамках которого эксперта просят дать заключение).

При этом в тех случаях, когда мы допускаем прямой иск к подобным профессиональным экспертам, логично говорить о деликтной

ответственности должника по обязательству перед третьими лицами. Иногда предлагается договорная квалификация: предлагается считать, что в подобной ситуации договор имеет охранительный эффект в отношении третьих лиц (о такой модели см. п. 3.8.3 комментария к настоящей статье) и подразумевает предоставление третьим лицам права на предъявление прямого иска о возмещении договорных убытков к соответствующему должнику, с которым он не связан договором. В то же время в данной конкретной ситуации деликтная квалификация кажется при первом приближении более уместной.

Остро в этом контексте стоит вопрос о возможности оговорить в договоре условие об ограничении ответственности эксперта перед третьими лицами: можно ли такие оговорки в принципе противопоставить третьим лицам? В рамках деликтной квалификации такие оговорки работать не будут. И это представляется при первом приближении логичным. Но что, если данная оговорка была продублирована в самом заключении, предоставленном третьим лицам? Кажется, что в таком случае ответственность действительно может быть ограничена, кроме случаев умышленного дефекта в заключении.

В целом читатель должен осознавать, что проблематика ответственности профессиональных экспертов за недостоверные утверждения и заключения, предоставленные по заказу конкретного лица, перед третьими лицами, пострадавшими в связи с доверием таким заключениям или утверждениям, сейчас находится в стадии своего становления не только в России, но и в развитых правовых системах. Все вышеуказанные вопросы заслуживают более серьезной проработки.

Возможны и иные примеры, когда нарушение должником обязательства бьет по финансовым интересам не кредитора, а третьего лица, и имеются условия для возложения на должника ответственности перед последним. Например, известный сюжет из многих сравнительных учебников по данной проблематике: нотариус или юрист допускают ошибку при оформлении или удостоверении завещания, которая влечет его недействительность, тем самым лишая права на наследство лиц, указанных наследодателем в завещании. Хотя услуги юриста или нотариуса оплачивает наследодатель, и именно перед ним обязательства нарушаются, чистые экономические убытки в такой ситуации несет не наследодатель, а наследники, которые вполне могли рассчитывать на долю в наследстве, если бы не небрежность нотариуса. Было бы справедливо, чтобы нотариус в такой ситуации был обязан возместить несостоявшимся наследникам убытки.

Такой прямой деликтный иск, видимо, возможен тогда, когда а) должник нарушил обязательство, принятое им на возмездной ос-

нове, б) имел основания полагать, что то предоставление, которое он осуществляет, может оказать воздействие на тесно связанных с кредитором третьих лиц или заказывается прежде всего для них, а также в) полагать, что возможное нарушение договора причинит убытки именно и прежде всего им, г) их экономические интересы заслуживают защиты и при этом д) речь не идет о сценарии цепочки контрактов, и е) у пострадавших третьих лиц нет иного эффективного способа защиты своих имущественных интересов или иные средства защиты исчерпаны. В такой ситуации можно обсуждать идею о том, что у должника была подразумеваемая обязанность заботы об интересах третьего лица, а это открывает путь к удовлетворению деликтного иска.

Кроме того, деликтная ответственность мыслима в ситуации, когда должник и кредитор действовали умышленно в сговоре, направленном на причинение ущерба третьему лицу. Здесь деликтная ответственность может обсуждаться даже в сценарии цепочки контрактов. Например, представим, что субподрядчик, находясь в сговоре с генподрядчиком, использует при установке фундамента бракованный цемент, отличный от того, который фигурирует в техническом задании и сметах (недобросовестную «экономию» генподрядчик и субподрядчик делят между собой). Как представляется, в такой ситуации пострадавший заказчик может требовать возмещения убытков не только от подрядчика на основании договора, но и от субподрядчика на основании правил гл. 59 ГК РФ.

3.8.5. *Иные случаи*

В законе могут быть указаны и иные подобные случаи. Например, согласно п. 1 ст. 670 ГК РФ лизингополучатель вправе предъявлять непосредственно продавцу имущества, являющегося предметом договора финансовой аренды (лизинга), требования, вытекающие из договора купли-продажи, заключенного между продавцом и лизингодателем, в частности, в отношении качества и комплектности имущества, сроков его поставки, и в других случаях ненадлежащего исполнения договора продавцом. При этом лизингополучатель *имеет права* (например, права по гарантии качества, требования об устранении дефектов, о взыскании убытков и т.п.) и *несет обязанности*, кроме обязанности по оплате (видимо, имеются в виду кредиторские обязанности и возможные иные дополнительные организационные обязанности), как если бы он был стороной договора купли-продажи указанного имущества. Однако лизингополучатель не может расторгнуть договор купли-продажи с продавцом без согласия арендодателя. В отношениях с продавцом лизингополучатель и лизингодатель выступают как солидарные кредиторы (ст. 326).

При этом согласно п. 2 той же статьи, если иное не предусмотрено договором финансовой аренды, лизингодатель не отвечает перед лизингополучателем за выполнение продавцом требований, вытекающих из договора купли-продажи, кроме случаев, когда ответственность за выбор продавца лежит на лизингодателе. В последнем случае лизингополучатель вправе по своему выбору предъявлять требования, вытекающие из договора купли-продажи, как непосредственно продавцу имущества, так и лизингодателю, которые несут солидарную ответственность (см. также п. 2 и 3 ст. 22 Федерального закона от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»).

Правовая природа этой прямой ответственности продавца перед лизингополучателем и возложения на лизингополучателя обязанностей покупателя по договору купли-продажи (кроме обязанности по оплате) вызывает дискуссии. Одно из возможных объяснений состоит в том, что договор поставки объекта лизинга по умолчанию считается заключенным лизингодателем и поставщиком в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ). Этот подход позволяет объяснить, почему лизингополучатель вправе предъявить поставщику прямой иск о возмещении своих убытков, возникших в связи с выявлением дефектов в объекте лизинга, включая свою упущенную выгоду (например, в связи с простым самолета, взятого в лизинг, по причине выявления дефекта на период ремонта), а не убытков лизингодателя (о чем могла бы идти речь, если бы мы объясняли этот прямой иск логикой перехода к лизингополучателю требований лизингодателя). Впрочем, сложность ситуации связана с тем, что право собственности на объект лизинга переходит не лизингополучателю, как если бы речь шла о классическом договоре купли-продажи в пользу третьего лица, а лизингодателю. Иначе говоря, происходит расщепление вещных и обязательственных аспектов продажи, предопределенное тем, что выкупной лизинг представляет собой договор, структурирующий титульное обеспечение в форме соглашения об обеспечительном удержании права собственности. Возможны и некоторые иные объяснения этого сложного феномена. Разбор этой проблематики выходит за рамки настоящего комментария.

3.9. Противопоставимость обязательственного права третьим лицам

Выше речь шла о случаях, когда должник в связи с тем или иным поведением в ходе исполнения обязательства может понести ответственность перед третьим лицом (либо за счет использования механизмов деликтного права, либо путем того или иного расширения охвата третьих лиц охранительным эффектом обязательства). Ниже мы рассмотрим случаи, когда в отступление от принципа относитель-

ности кредитор по обязательству может защищать свое право против атак со стороны третьих лиц, предъявить третьим лицам те или иные иски в связи с динамикой обязательственного правоотношения, либо иным образом противопоставить свое обязательственное право третьим лицам в неблагоприятную для третьих лиц сторону. Здесь уместно говорить вслед за французскими цивилистами о противопоставимости обязательственного права кредитора третьим лицам.

3.9.1. Противопоставимость: приоритет при конкуренции требований

В ряде случаев закон устанавливает определенные правила взаимоотношений различных обязательственных прав требований, в рамках которых один из кредиторов одного и того же должника получает тот или иной приоритет перед другими кредиторами.

Так, в рамках банкротства должника некоторые требования получают приоритет над другими (например, требование о возмещении вреда жизни и здоровью имеют приоритет перед другими требованиями) либо, наоборот, субординируются (например, требование о возмещении упущенной выгоды или требование о возврате займа, предоставленного контролирующим хозяйственное общество-банкрот лицом).

Ситуация конкуренции требований также имеет место при продаже одного и того же объекта разным лицам. Права обоих покупателей являются относительными: предметом требований конкурирующих покупателей выступает поведение должника, а не отчуждаемая вещь непосредственно. В связи с этим второй покупатель, будучи как минимум субъективно добросовестным и не зная о наличии первого договора, может заключить с продавцом, еще не успевшим исполнить свои обязательства перед первым покупателем, альтернативный договор купли-продажи. Такой договор будет действительным. Но согласно ст. 398 ГК РФ в ситуации подобной конкуренции двух покупателей до передачи вещи одному из них преимущество имеет тот, в пользу которого обязательство по передаче вещи возникло раньше. Такое решение выступает своеобразным исключением из принципа относительности, поскольку одно обязательственное требование противопоставляется другому, конкурирующему.

Могут встречаться и иные подобные случаи.

3.9.2. Противопоставимость: защита обязательственного права от прямых посягательств на него третьих лиц

Еще одной иллюстрацией эффекта противопоставимости обязательственного права может выступать защита кредитора от прямых посягательств на его право требования. Право требования является не только составной частью относительной обязательственной связи, но и частью имущественной массы кредитора (ст. 128 ГК РФ).

Обязательственное право не может быть описано исключительно как притязание на поведение должника; кредитор имеет исключительное обладание таким притязанием, которое должны уважать все третьи лица (на необходимость «уважения» третьими лицами договорных прав прямо указано, в частности, в ст. 1200 ГК Франции). Спорным является вопрос о том, стоит ли из ст. 128 ГК РФ, которая объявляет права требования объектом гражданских прав, выводить признание наличие у кредитора некоего абсолютного права на обладание притязанием к должнику. Некоторые ученые такой вывод делают, но такой тезис вызывает значительные разногласия. Как бы то ни было, обязательственное право как часть имущества кредитора должно защищаться от прямых посягательств третьих лиц.

Например, когда третье лицо, выдавая себя за представителя кредитора (например, подделав доверенность) или за управомоченного на получение исполнения, причитающегося кредитору, получает исполнение от должника, не имея на самом деле таких полномочий или правомочий, такое третье лицо должно отвечать перед кредитором за посягательство на обязательственное право. В такого рода случаях в силу ст. 312 ГК РФ по общему правилу риск учинения исполнения в адрес неуправомоченного (неуполномоченного) лица возлагается на должника, который вынужден будет осуществить повторное исполнение в адрес кредитора и преследовать мошенника, без правовых оснований получившего от него предоставление. Но в силу закона, договора или принципа доброй совести риск подобного мошенничества со стороны третьих может быть переложено на кредитора. Например, в силу доброй совести, если подобная ситуация возникла по причине неосторожности кредитора или тех или иных упущений в его деятельности, осуществленное должником исполнение в адрес неуправомоченного лица освобождает его от долга перед кредитором, и именно последнему придется преследовать мошенника (подробнее см. комментарий к ст. 312 ГК РФ). Поэтому кредитор в такой ситуации должен иметь деликтное или кондикционное притязание к мошеннику.

Самый распространенный на практике сценарий такого рода — это случаи хищения денежных средств с банковского счета, а также присвоения накопленных баллов или баланса лицевых счетов в тех или иных сервисах. Например, если кто-то осуществит хищение денежных средств со счета клиента, взломав или похитив электронное средство платежа либо соответствующие пароли, перед клиентом может отвечать солидарно как банк, который исполнил свой долг перед клиентом в адрес неуправомоченного третьего лица (банк при определенных условиях должен восстановить остаток по счету и тем самым

подтвердить свой обязательственный долг перед клиентом), так и тот, кто осуществил хищение или соучаствовал ему. Очень часто у банка в силу договора или Закона о национальной платежной системе в такой ситуации нет обязанности восстановить остаток на счете, риск возлагается на клиента банка, и последний вынужден ограничиться преследованием злоумышленника, похитившего денежные средства со счета, за счет правил о неосновательном обогащении и деликтного права. То же касается случаев, когда кто-либо, подобрав или украв пароль клиента от личного кабинета в некоем интернет-магазине, в том или ином интернет-сервисе, входит в аккаунт человека и посредством него осуществляет покупку с использованием баланса лицевого счета клиента (по сути, осуществляя хищение прав требования к интернет-магазину на сумму использованного остатка на лицевом счете).

Можно привести и множество иных подобных примеров. Если кто-то похитил со счета владельца облигаций некое число таких бездокументарных ценных бумаг, он будет нести деликтную ответственность. Если третье лицо похитило билет на концерт в Большом театре и сходило на него вместо законного обладателя билета, удостоверяющего обязательственное право требования к театру, такое третье лицо осуществляет прямое посягательство на обязательственное право кредитора.

То же касается и ситуации, когда третье лицо, имея право на безакцептное списание денег со счета, реализовало его без достаточных правовых оснований, либо в рамках отношений по договору залога обязательственного права залогодержатель потребовал от дебитора залогодателя прямого исполнения в свой адрес и получил его при отсутствии правовых оснований для обращения взыскания на предмет залога.

Во всех указанных и иных подобных случаях происходит прямое посягательство третьего лица на принадлежащее кредитору право требования как на элемент его имущественной массы в форме попыток его присвоения или «перехвата» того предоставления, которое причиталось кредитору по обязательству.

Другая смежная ситуация имеет место тогда, когда третье лицо пытается осуществить неправомерное распоряжение правом требования. Пример: пристав неправомерно обратил взыскание на принадлежащее кредитору право требования.

Кроме того, кредитор вправе защищаться от попыток неправомерного блокирования третьими лицами возможности осуществления кредитором своего обязательственного права в форме лишения внешних атрибутов, легитимирующих его на получение исполнения

от должника (таких, как электронный или бумажный билет в театр, аккаунт в том или ином платном или бесплатном интернет-сервисе, социальной сети и т.п.), либо в иной форме (например, наложение неправомерного ареста на счет должника в банке).

Все третьи лица несут универсальную пассивную обязанность воздерживаться от попыток лишения кредитора его обязательно-го права или блокирования его осуществления. Такая обязанность на них налагается, как минимум если они точно знают об обязательстве и осознают, что их поведение способно причинить кредитору по обязательству вред.

Если в результате таких или иных подобных объективно неправомерных действий третьих лиц кредитор перманентно или на время лишается реальной возможности осуществления своего обязательно-го права, он может защищаться против таких посягательств средствами деликтного права, исками из неосновательного обогащения, о восстановлении положения, существовавшего до нарушения права, исками о пресечении и некоторыми другими.

Актуальность экстернального, внешнего аспекта обязательства со временем будет только возрастать. По мере продвижения на ниве построения постиндустриальной экономики все больший вес приобретают обязательственные права и все меньшее значение имеют права собственности на вещи. Мы все более полагаемся на обязательственные права в удовлетворении наших базовых потребностей. В современных условиях без той или иной степени противопоставления обязательственных прав третьим лицам правовое положение граждан и организаций оказывалось бы крайне уязвимым и хрупким. Повсеместное внедрение всевозможных государственных и частных реестров, цифровых технологий будет позволять эффективно опубличивать такие права и обеспечивать их транспарентность, являющуюся важным условием для их максимально широкого противопоставления третьим лицам.

3.9.3. Противопоставимость: следование обязательственных прав

Целый ряд обязательств в силу закона наделен эффектом следования, причем таким, что при переходе прав на некий базовый актив происходит автоматический переход на нового собственника обязательства, связанного с таким активом.

Самый часто обсуждаемый в данном контексте пример — это права арендатора, нанимателя, ссудополучателя, лицензиата в отношении владения и использования либо только использования соответствующего объекта первичного абсолютного права. Если считать это право обязательственным, то мы обнаруживаем очевидный пример проти-

вопоставимого третьим лицам обязательственного права, ибо такие права, согласно ГК РФ, обычно следуют за первичным абсолютным правом на соответствующий объект (не говоря уже о том, что они могут защищаться против атак со стороны третьих лиц). В то же время, как уже обсуждалось в комментарии к п. 1 ст. 307 ГК РФ (хотя этот вопрос носит достаточно дискуссионный характер), по своей природе право арендатора, нанимателя, ссудополучателя на владение и использование или только использование вещи, либо право лицензиата на использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации скорее носят характер не обязательственного, а производного абсолютного права на сам объект, так как фиксируют частичное господство лица над соответствующим объектом и осуществляются собственными действиями обладателя такого права, а не поведением контрагента. То же касается и прав залогодержателя на владение (либо владение и использование) вещью при залоге.

Но на практике в подавляющем большинстве случаев предоставление такого производного абсолютного права сопровождается множеством обязательств, которые на себя принимает обладатель первичного абсолютного права (например, арендодатель берет на себя обязательства осуществлять капитальный и текущий ремонт, вернуть обеспечительный платеж, обеспечить охрану периметра объекта, лицензиар по исключительной лицензии обязуется не отказываться от исключительного права и не предоставлять лицензий третьим лицам т.п.). Более того, как уже отмечалось, согласно одной вполне убедительной интерпретации имманентно заложенная в рамки данных договорных конструкций и сопровождающая предоставление производного абсолютного права обязанность собственника или лицензиара не препятствовать владению и использованию (только использованию) соответствующего объекта также может рассматриваться как носящая обязательственную природу. При этом все эти сопровождающие надление контрагента производным абсолютным правом обязательства собственника (обладателя исключительного права), которые мы условно обозначаем как «обязательственный эскорт» предоставления производного абсолютного права, при соблюдении ряда условий противопоставимы как минимум тем третьим лицам, которые приобретают первичное абсолютное право и знают либо должны были знать (например, по причине регистрации) о наличии такого обременения. Если собственник продает объект недвижимости, обремененный правами арендатора (в том числе сугубо обязательственными вроде права требовать от арендодателя осуществления капитального ремонта), новый собственник будет также должен соблюдать данные обязанности

(ст. 617 ГК РФ) как минимум при условии, что эти обязательства тесно связаны с предоставлением производного абсолютного права аренды. То же касается и найма жилья, и ссуды, и лицензионного договора.

Другие классические примеры – это рента либо обязательство сервитутария вносить плату за сервитут, которые также следуют за правом собственности на недвижимость.

В такого рода случаях имеет место реальное (вещное, следующее за правом на вещь, «блуждающее») обязательство, которое обременяет первичное абсолютное право на некий объект. Это означает, что кредитор по обязательству может противопоставить свое обязательственное право приобретателю базового актива, который знал в момент приобретения или должен был знать о наличии такого обременения (например, в силу регистрации). Круг подобных ситуаций должен быть закрытым или предельно ограниченным, чтобы участники оборота имели ясное представление о том, в каких случаях обязательственное отношение третьих лиц может оказать на них воздействие и какое именно. Традиционно считается, что договором стороны не вправе свободно создавать права и обязанности, имеющие эффект следования, и наделение таких правовых связей эффектом следования должно осуществляться в силу действия норм закона или в некоторых исключительных случаях в рамках судебного правотворчества, основанного на анализе существа правоотношений, политико-правовых соображений и поиске баланса интересов сторон.

Подробнее о реальных обязательствах, обременяющих абсолютное право на некий базовый актив, а также отличиях таких конструкций от ограниченных вещных прав и иных производных абсолютных прав см. п. 1.18 комментария к ст. 307 ГК РФ.

3.9.4. Противопоставимость: преимущественное право

Другой пример противопоставимости – это преимущественное право. Например, если сторона (грантор), обязанная в силу закона соблюдать преимущественное право покупки другого лица (преферента), отчуждает долю в общей собственности на вещь или долю в ООО третьему лицу, не соблюдая преимущественное право преферента, последний получает особое право потребовать перевода прав и обязанностей по заключенному с нарушением преимущественного права договора (п. 3 ст. 250 ГК РФ) и тем самым лишить третье лицо приобретенного имущества, отобрав его. То же касается и преимущественного права на заключение нового договора аренды (п. 1 ст. 621 ГК РФ) и ряда иных преимущественных прав.

Если исходить из того, что само преимущественное право носит обязательственный характер, получается, что обязательство грантора

соблюсти преимущественное право преферента и не заключать конктурирующий договор с третьим лицом, не предоставляя преференту приоритетную возможность заключить с ним договор, противопоставляется третьим лицам. Вопрос об обязательственной природе преимущественных прав носит дискуссионный характер, но, как представляется, должен решаться положительно. Если грантор нарушит преимущественное право, преферент должен иметь право на взыскание убытков по правилам гл. 25 ГК РФ. В ряде случаев иск о переводе прав на имущество может быть заблокирован или потерять смысл, и было бы странно лишать преферента права на стандартную компенсационную защиту своего права, а для этого необходимо обнаружение обязательственной природы этого права. Альтернатива в виде деликтной квалификации нарушения преимущественного права, определяющая перспективу взыскания убытков по правилам гл. 59 ГК РФ, кажется абсолютно неуместной.

В этой области возникает множество вопросов. Среди них вопросы о природе иска о переводе прав и обязанностей и механике реализации такого способа защиты, о возможности удовлетворения такого иска, заявленного против субъективно добросовестного третьего лица, который не знал и не должен был знать о наличии преферента или несоблюдении его преимущественного права, о возможности аналогичной защиты преферента в ситуации, когда преимущественное право в законе не установлено, но оговорено в контракте между преферентом и грантором, и мн. др. Анализировать все эти вопросы в рамках комментария к настоящему пункту было бы неверно. Достаточно указать на то, что как минимум установленное законом преимущественное право позволяет противопоставить обязательственное право преферента субъективно недобросовестным третьим лицам, которые знали или должны были знать о наличии преимущественных прав и их нарушении.

3.9.5. Противопоставимость: деликтная ответственность при недобросовестной интервенции в чужие обязательственные отношения

Если третье лицо недобросовестно способствует должнику в нарушении обязательства, склоняет должника к нарушению или провоцирует его нарушение, такое третье лицо может при определенных условиях быть привлечено к деликтной ответственности перед кредитором. Такой деликт, известный многим правовым порядкам, именуют недобросовестной интервенцией в чужие обязательственные (договорные и внедоговорные) отношения.

В контексте концепции генерального деликта, которая характерна для французского права и ряда иных правовых порядков и, судя по целому

ряду определений ВС РФ последних несколько лет, постепенно пробивает себе дорогу в российском частном праве, для привлечения лица к деликтной ответственности необязательно обнаружить посягательство на абсолютное право потерпевшего; достаточно того, что объективно неправомерное и виновное поведение данного лица повлекло причинение убытков другому лицу и налицо достаточная причинная связь. В рамках обсуждаемой ситуации ключевое значение приобретает вопрос о том, при каких условиях и при какой степени вины третьего лица его поведение будет признаваться недобросовестной интервенцией и влечь деликтную ответственность перед кредитором. Здесь требуется поиск тонкого баланса интересов всех сторон этих отношений. Данный баланс сложно обнаружить абстрактно, поэтому условия для обнаружения деликта интервенции должны вырабатываться в привязке к конкретным сценариям интервенции.

(а) Ответственность третьего лица может наступать в случаях, когда такое лицо, войдя в сговор с должником, своими фактическими действиями умышленно соучаствует нарушению обязательства в форме пособничества, подстрекательства, укрывания факта нарушения должником обязательства, а также умышленно помогает должнику избежать принудительного осуществления прав кредитора.

Третье лицо не может нарушить обязательство, должником по которому оно не является, но оно должно воздерживаться от осознанного вспоможения нарушению должником прав кредитора. Такой «подсостав» деликта интервенции можно условно обозначить как деликт соучастия в нарушении обязательственного права.

В такого рода случаях речь об ответственности может идти только при умысле интервента (см. Определение СКЭС ВС РФ от 23 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-13326). Неосторожное соучастие нарушению обязательства караться не может. В этом важное отличие данного деликта от деликта, состоящего в посягательстве на абсолютное право, который может быть совершен как умышленно, так и неосторожно. Интервенция в форме соучастия, влекущая ответственность, может быть только умышленной. Последнее обстоятельство должно быть установлено в процессе. Но если истец пытается привлечь к ответственности за интервенцию по данному основанию дееспособного родственника должника или иное аффилированное с должником лицо, при наличии объективных признаков соучастия умысел может предполагаться.

Здесь можно привести несколько примеров. Например, деликтная ответственность третьего лица за интервенцию в форме соучастия фактическими действиями будет наступать в ситуации, когда третье лицо активным образом подговаривает должника нарушить обязательство

(подстрекательство к нарушению обязательства). Например, если консультант дает должнику совет нарушить обязательство и рекомендует механизмы незаконной минимизации или избегания ответственности, приводит аргументы в пользу выгоды такого шага для клиента, и это будет доказано, кредитор должен иметь право на деликтный иск к такому консультанту. Так, отвечать должен юрист или аудитор, которые разрабатывают по заказу должника схему, которая поможет укрыть от кредитора факт нарушения обязательства (например, присвоение управляющим доходов, полученных в результате доверительного управления). КС РФ в знаменитом Постановлении от 8 декабря 2017 г. № 39-П (так называемое дело Ахмадеевой) признал возможность привлечения к деликтной ответственности бухгалтера, обслуживавшего организацию по гражданско-правовому договору, за соучастие в уклонении от исполнения обязательств организации по уплате налогов. Нет никаких оснований допускать такой иск к бухгалтеру в связи с соучастием в нарушении налоговых обязательств и не делать того же в контексте нарушения обязательственных прав частных кредиторов.

Может возникнуть вопрос о том, должна ли деликтная ответственность такого интервента за соучастие нарушению обязательства быть жестко субсидиарной и наступающей, только если защитить право кредитора путем взыскания с должника невозможно (например, основной должник ликвидирован в результате банкротства), или такая защита становится крайне маловероятной (например, в связи с введением против должника конкурсного производства) либо солидарной с договорной ответственностью самого должника.

Как многократно указывалось в судебной практике, разная природа ответственности нескольких лиц — деликтная и договорная — не мешает возникновению солидаритета, если требования к таким должникам по своей функциональной направленности объединяются единством погашающего эффекта (подробнее см. комментарий к ст. 321 и 322 ГК РФ). В принципе, солидаритет — вполне адекватное решение с учетом того, что деликт носит умышленный характер, а при этом в рамках модели жесткой субсидиарности высоки риски пропустить короткую трехлетнюю исковую давность по иску к интервенту за период разбирательств с основным должником и доведения отношений с должником до момента фиксации невозможности исполнения решения суда в отношении него. Модель жесткой субсидиарности, которая предполагает необходимость предварительного исчерпания обычных средств защиты кредитора в рамках сугубо относительной плоскости его отношений с должником, также предлагается в литературе. И его можно было бы рассмотреть как приемлемую альтернативу солидар-

ности, если исковую давность по требованию к интервенту считать не с момента, когда кредитор узнал о недобросовестном поведении интервента, а с момента фиксации исчерпания разумных средств защиты права в споре с должником. Похожий подход сейчас реализован в контексте субсидиарной ответственности собственника имущества учреждения по долгам последнего согласно п. 3 ст. 123.21 ГК РФ (см. постановления Президиума ВАС РФ от 10 июля 2012 г. № 1880/12, от 27 июля 2011 г. № 2381/11).

В [Постановлении](#) по делу Ахмадеевой КС РФ указал на то, что прямой иск кредиторов к работающему по гражданско-правовому договору бухгалтеру организации можно допустить, только если возможности взыскания долга с организации оказались исчерпаны. Данный подход, возможно, оправдан в тех случаях, когда речь идет о прямой деликтной ответственности перед кредитором организации сотрудников или руководителей организации (см. ниже), но в ситуации, когда речь идет о недобросовестной интервенции в форме умышленного соучастия независимого третьего лица, солидаритет кажется лучшим решением.

Объем ответственности интервента должен определяться денежным выражением позитивного интереса кредитора, который пострадал в результате нарушения, которому своим фактическим поведением содействовало третье лицо: в той степени, в которой этот финансовый ущерб находится в причинной связи с интервенцией. Если третье лицо умышленно помогло должнику нарушить договор, такое третье лицо отвечает в сумме, равной тому размеру договорных убытков, которую кредитор вправе взыскать с должника (с учетом возможных договорных ограничений ответственности должника).

(б) К деликтной ответственности могут быть привлечены члены органов управления, участники (члены), учредители, бенефициары и иные контролирующие организацию лица, а также сотрудники, которые своими недобросовестными умышленными действиями предопределили, спровоцировали нарушение организацией своего обязательства. Организация оказывается щитом, защищающим своих сотрудников, членов органов управления, участников и иных контролирующих лиц («инсайдеров») от прямой ответственности перед кредиторами организации, но этот щит не защищает тех «инсайдеров» организации, чье умышленное и злонамеренное поведение спровоцировало нарушение организацией прав ее кредиторов. Если основной участник общества дает руководству указание нарушить обязательство или руководитель организации, выполняющей функции доверительного управляющего, самочинно принимает решение укрывать причитающиеся учредителю управления доходы и не включать их в отчет либо

юрист компании разрабатывает схемы по выводу некой недвижимости через цепочку притворных сделок, дабы оставить покупателя, оплатившего данную вещь и претендующего на ее получение, с пустыми руками, такой участник, руководитель или юрист теряют привилегию в виде «корпоративного щита» и могут быть привлечены к деликтной ответственности за интервенцию по прямому иску потерпевшего. Если им при этом осознанно и недобросовестно помогали иные сотрудники, такие лица также могут понести деликтную ответственность перед кредитором.

Примеры подобного рода в практике стали встречаться. КС РФ в уже упомянутом выше Постановлении от 8 декабря 2017 г. № 39-П (так называемое дело Ахмадеевой) признал возможность привлечения к деликтной ответственности не только бухгалтера, обслуживавшего организацию по гражданско-правовому договору, но и директора организации за соучастие в уклонении от исполнения обязательств организации по уплате налогов. Тот же подход применен в определениях СКГД ВС РФ от 2 марта 2021 г. № 73-КГ20-5-К8 и от 21 сентября 2021 г. № 18-КГ21-71-К4. В той степени, в которой поведение данных лиц было умышленным, с таким подходом следует согласиться. Та же логика применима и к любому руководителю, юристу или иному сотруднику, которые умышленно привели свою организацию к нарушению не только налоговых, но и гражданско-правовых обязательств. Например, ВС РФ допустил взыскание банком на основании деликтного иска убытков с директора заемщика в связи с нецелевым использованием выданного кредита (Определение СКГД ВС РФ от 10 марта 2020 г. № 34-КГ19-12).

Что касается порядка привлечения к ответственности, то здесь опять же возникает выбор между солидарностью и субсидиарностью. Могут быть выдвинуты аргументы в пользу того, что в ситуации, когда нарушение обязательства спровоцировано умышленными и недобросовестными действиями «инсайдеров», было бы логично допускать прямые иски кредиторов к «инсайдерам» организации только в субсидиарном порядке при условии, что разумные средства защиты своего обязательственного права путем преследования самой организации оказались исчерпаны. Такой подход позволяет не дезавуировать «корпоративный щит» вовсе и раскалывать его, давая кредиторам прямой иск к инсайдеру организации, только в самых крайних случаях. В деле Ахмадеевой КС РФ поддержал именно такой подход. В других известных делах такого рода также в основном идет речь об удовлетворении прямых исков к «инсайдерам» организации в ситуации, когда та не смогла погасить требования кредитора. На необходимость предва-

рительного исчерпания ординарных средств защиты посредством иска к организации для обоснования прямого деликтного иска к сотрудникам организации указывает и ВС РФ в определениях СКГД от 2 марта 2021 г. № 73-КГ20-5-К8 и от 21 сентября 2021 г. № 18-КГ21-71-К4, уточняя при этом, что в исключение из этого правила возможность предъявления прямого иска к «инсайдерам» до исчерпания ординарных средств защиты все-таки может быть признана, если судом установлено, что юридическое лицо служит лишь «прикрытием» для действий контролирующего его физического лица (т.е. *de facto* не является самостоятельным участником экономической деятельности).

Идея созревания прямого иска к «инсайдерам» только после исчерпания возможностей по взысканию долга или убытков с организации остро ставит вопрос об исковой давности, ибо риск пропуска давности оказывается достаточно высок. Поэтому такая опция уместна только с учетом уточнения, сдвигающего момент начала течения давности по деликтному иску до момента исчерпания разумных мер по защите своего обязательственного права путем иска к должнику. Впрочем, вопрос спорный и может быть предметом дискуссий.

(в) Ответственность третьего лица перед кредитором может наступать в ситуации, когда третье лицо, имея мотив навредить кредитору (скажем, являющемуся его конкурентом или из личной неприязни), убеждает должника или соглашается заключить с ним договор, исполнение которого а) неизбежно исключит для должника возможность исполнить свое ранее возникшее обязательство перед кредитором, б) блокирует или затрудняет осуществление обязательственного права кредитора иным образом или в) для должника само по себе будет являться нарушением обязательственных прав кредитора. Здесь порочность, недобросовестность характеризует сам мотив вступления интервента в сделку.

Например, если компания узнает, что конкурент открывает рядом магазин, который может обрушить продажи компании, и склоняет арендодателя, заключившего с конкурентом договор на аренду помещения для магазина, к тому, чтобы не передавать помещение вопреки своим обязательствам во владение конкурента, а передать его данной компании по более высокой ставке арендной платы, конкурент, чьи планы по открытию магазина были сорваны, вправе потребовать возмещения убытков не только от арендодателя (за нарушение договора), но и от недобросовестного конкурента (за деликт интервенции). В большинстве стран третье лицо в таких сценариях будет привлечено к деликтной ответственности. Недобросовестная конкуренция представляет собой деликт, равно как и попытка третьего лица своими

недобросовестными действиями, провоцирующими нарушение обязательственных прав потерпевшего, навредить ему из личной неприязни (шикана).

Если конкурент подкупает сотрудника компании, соблазняя его нарушить свои обязательства по конфиденциальности, налицо состав деликтной ответственности.

(г) Ответственность третьего лица перед кредитором может наступать в ситуации, когда третье лицо вступает в сделку с контрагентом, будучи мотивировано стремлением не навредить кредитору этого контрагента из неприязни или в рамках недобросовестной конкуренции, а реализовать свой самостоятельный эгоистический интерес в сотрудничестве с должником, но при этом оно знает точно или со всей очевидностью не может не знать, что совершение такой сделки или ее реализация а) неизбежно исключит для должника возможность исполнить свое ранее возникшее обязательство перед кредитором, б) блокирует или затрудняет осуществление обязательственного права кредитора иным образом или в) для должника само по себе будет являться нарушением обязательственных прав кредитора. Здесь интервент не пытается навредить кредитору специально (в формате шиканы или недобросовестной конкуренции), а преследует свой собственный интерес, просто относясь индифферентно к ущербу интересам кредитора как к побочному последствию. В отличие от примера, описанного выше с шиканой или недобросовестной конкуренцией, здесь недобросовестен не мотив вступления в сделку (ибо он вполне легитимен), а само решение реализовать свой легитимный интерес, игнорируя порождаемый побочный ущерб. Здесь порочно выбранное средство реализации этого интереса.

Классический пример: покупатель заинтересован в покупке некоего актива, но знает, что предполагаемый продавец связан с неким кредитором обязательством не отчуждать такой актив (например, корпоративный договор устанавливает временные ограничения на свободное отчуждение доли в ООО сторонним третьим лицам) или обязательством произвести отчуждение такого актива данному кредитору (например, у продавца заключен с другим лицом договор купли-продажи этого же актива, который еще не исполнен продавцом). Будет ли недобросовестным со стороны такого покупателя вступить в договор с продавцом и приобрести данное имущество, зная точно, что это неминуемо приведет к нарушению прав кредитора, не попытавшись поставить заключаемую им с должником сделку под условие расторжения сделки должника с его кредитором? Либо добрая совесть не обязывает такое третье лицо заботиться об интересах кредитора

своего контрагента и дает ему право преследовать свой интерес даже тогда, когда он знает, что тем самым провоцируется нарушение прав другого лица?

Можно привести и такой пример: журналист подкупает сотрудника клиники с тем, чтобы он нарушил свои обязательства по конфиденциальности и раскрыл персональные данные пациента, которые тот намеревается использовать в своей публикации в желтой прессе.

По данному вопросу в разных странах существуют различные позиции.

В целом кажется разумным установить решение, согласно которому для привлечения третьего лица к ответственности в описанной ситуации необходимо *одновременное* установление двух ключевых условий.

Во-первых, ответственность должна наступать только тогда, когда достоверно доказано, что третье лицо точно знало или со всей очевидностью не могло не знать о том, что заключение им с должником договора и (или) его исполнение повлекут нарушение должником его обязательств перед кредитором. Соответственно, необходимо установить, что третье лицо знало о существующем обязательстве должника, а также знало, что заключаемый с должником договор самим фактом его заключения или исполнения повлечет нарушение прав кредитора. Ответственность при наличии доказательств того, что третье лицо могло знать о данных обстоятельствах, прояви оно должную осмотрительность, наступать не должна; требуется установленный умысел на то, чтобы вступить с должником в сделку, которая неминуемо спровоцирует должника нарушить права кредитора. Если третье лицо является аффилированным с должником, презюмируется знание обо всех указанных обстоятельствах.

Во-вторых, поведение знающего о данных обстоятельствах третьего лица влечет его ответственность, если провоцирование нарушения должником прав кредитора не может быть оправдано с точки зрения баланса легитимных интересов кредитора и третьего лица (например, причиняет кредитору значимый экономический ущерб или влечет серьезные нематериальные негативные последствия и при этом у кредитора нет какого-то особого этического оправдания для интервенции). Добросовестный человек воздержится от заключения договора с другим лицом, если точно знает, что это повлечет нарушение обязательственных прав кредитора последнего и причинит тому значимый ущерб или вызовет иные существенные неблагоприятные для него последствия; исключением может являться ситуация крайней необходимости, когда потребность третьего лица в заключении договора настолько ярко выражена, что это оправдывает игнорирование интересов кредитора потенциального

контрагента. Чем серьезнее предполагаемый и очевидный для потенциального интервента вред интересам кредитора, тем менее оправдана интервенция с точки зрения доброй совести, и наоборот.

На то, что российское частное право склоняется к такому достаточно интенсивному (характерному, в частности, для французского права) вменению третьим лицам ответственности за интервенцию при заключении с должником договора, исключающего возможность исполнения ранее возникшего обязательства должника перед своим кредитором, указывает и то, что в практике ВС РФ есть достаточно много примеров признания таких действий третьих лиц злоупотреблением правом, влекущим провоцирование нарушения обязательственного права кредитора, и аннулирования сделок с таким недобросовестным интервентом по правилам ст. 10 и ст. 168 ГК РФ. В этих делах Суд для констатации злоупотребления считает достаточным установленное точное знание интервента о том, что заключение и (или) исполнение сделки повлечет нарушение контрагентом обязательственных прав его кредитора (подробнее см. п. 3.9.7 комментария к настоящей статье). Там, где речь идет о ничтожности сделки по составу злоупотребления, направленного против третьего лица, по общему правилу возникает и деликтная ответственность в качестве сопровождающей или альтернативной санкции. Эта ситуация полностью соответствует гипотезе п. 4 ст. 10 ГК РФ («Если злоупотребление правом повлекло нарушение права другого лица, такое лицо вправе требовать возмещения причиненных этим убытков»).

Иногда звучат голоса в пользу того, что поведение интервента является недобросовестным только при установленном умысле последнего причинить вред интересам кредитора, т.е. когда вступление интервента в сделку с должником было предопределено не собственным экономическим интересом (пусть даже в условиях циничного игнорирования страдающих в результате такой сделки прав кредитора контрагента), а желанием навредить кредитору. Речь идет в первую очередь о шикане, недобросовестной конкуренции или каком-то ином особенно злонамеренном поведении должника. Иначе говоря, есть точка зрения, согласно которой циничное игнорирование относительных прав кредиторов потенциального контрагента не представляет собой злоупотребление свободой договора, если интервент преследовал свой эгоистический интерес, просто игнорируя информацию о том, что это не просто спровоцирует нарушение обязательственных прав третьего лица, но и обречет последнее на серьезные убытки. Предлагается считать, что если интервент не действовал специально в целях причинения вреда, он не совершает деликт.

С такой максимально зауженной интерпретацией сложно согласиться. Во-первых, доказывание умысла на причинение вреда крайне проблематично в условиях российского доказательственного права. Во-вторых, в силу нашего представления о справедливости трудно смириться с признанием добросовестным поведения интервента, который точно знает, что отчуждаемое ему имущество уже обещано ранее другому лицу и такое отчуждение неминуемо приведет к нарушению прав такого лица и серьезным убыткам. Требования доброй совести предполагают, что участник оборота должен в некоторых ситуациях воздерживаться от осуществления своих прав, беря в расчет интересы как своего партнера, так и третьих лиц. Порядочный человек не попытается уговорить продавца забыть о внесенном за вещь авансе третьего лица, продав вещь именно ему, а не внесшему аванс покупателю, а удостоверится в том, что прежде ранее заключенный договор будет расторгнут (например, заключит договор на покупку с отлагательным условием расторжения предыдущего конкурирующего договора). Этот вывод подтверждается и большинством соответствующих определений ВС РФ, в которых применялась доктрина недобросовестной интервенции в контексте споров об аннулировании таких сделок (подробнее см. п. 3.9.8 комментария к настоящей статье). В большинстве этих определений ВС РФ, в которых он признавал сделку с интервентом недействительной, Суду было достаточно того, что установлено знание интервента о нарушаемых в результате совершения им сделки правах конкретного кредитора другой стороны.

При этом ответственность не должна наступать, если у должника по договору с кредитором или в силу закона имеется право на немотивированный отказ от договора (пусть даже и обусловленное выплатой некой платы за отказ от договора). Реализация такого права доступна должнику, поэтому третье лицо не может разумно ожидать, что должник таким правом не воспользуется, а следовательно, провоцирования нарушения обязательства в данной ситуации нет.

Отвечать будет и лицо (например, родственник должника, аффилированное лицо организации-должника), которое, соглашаясь переоформить на себя актив должника на основании притворных сделок, принимая его в дар или покупая с большой скидкой, осознанно помогает должнику скрыть этот актив от обращения на них взыскания по обязательственному требованию кредиторов. Такие иски ВС РФ последовательно удовлетворяет. Например, в Определении СКЭС ВС РФ от 23 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-13326 Суд признал обоснованным деликтный иск кредиторов к сыну должников, принявшему в дар от родителей их дорогостоящие активы, имея

основания знать о мотиве родителей скрыть активы от обращения на них взыскания по иску кредиторов, а в Определении СКЭС ВС РФ от 19 июня 2020 г. № 301-ЭС17-19678 Суд допустил аналогичный деликтный иск к стороне, пошедшей с теми же мотивами на совершение притворной сделки. Это, пожалуй, самый распространенный пример применения деликтной ответственности за интервенцию в ситуации, когда интервенция проявляется в форме совершения сделок третьего лица с должником.

По указанному «подсоставу» деликта интервенции ответственность интервента и должника перед кредитором должна носить солидарный характер. В Определении СКЭС ВС РФ от 23 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-13326 в контексте сюжета с соучастием детей должников в укрывании активов родителей от обращения на них взыскания по требованию кредиторов Суд указал на солидарную ответственность интервента и основного должника.

Объем ответственности интервента должен быть равен объему договорной ответственности должника при условии, что между поведением недобросовестного интервента и суммой убытков кредитора налицо причинная связь. Если деликт состоит в укрывании активов должника от обращения на них взыскания, интервент отвечает перед кредитором в части стоимости того имущества, которое данный укрыватель помог должнику вывести из-под взыскания (Определение СКЭС ВС РФ от 23 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-13326).

(д) Ответственность интервента будет наступать в случаях, когда он своими активными фактическими действиями спровоцировал нарушение обязательства помимо воли должника или принуждает должника нарушить обязательство.

Например, если третье лицо, желая навредить кредитору из личной неприязни, запугивает должника данного кредитора и заставляет его прекратить исполнение обязательства, налицо недобросовестная интервенция в обязательственные отношения. Здесь может иметь место шикана. Но могут быть и иные мотивы. Например, если покупатель, пожелавший купить вещь, узнает, что продавец уже обещал ее другому покупателю, и далее угрозами вынуждает продавца отказаться исполнять свои обязательства перед первым покупателем и вместо этого отдать ее ему, второй покупатель понесет деликтную ответственность перед первым покупателем.

Если должник освобождается от ответственности в подобной ситуации по причине отсутствия вины (например, должник не выступал в обязательстве в качестве коммерсанта, а такое давление со стороны третьего лица может исключить его вину в нарушении), то третье лицо

оказывается единственным ответчиком по иску кредитора. В остальных случаях ответственность должна быть солидарной.

Но могут быть и случаи, когда третье лицо не пытается подчинить себе волю должника и заставить нарушить обязательство, а фактически мешает ему исполнить обязательство. Например, если третье лицо, через инфраструктуру которого собственник здания присоединен энергоснабжающей организацией к сети, обеспечивающей электричеством здание собственника, осознанно блокирует доступ электричества на объект собственника, такое третье лицо провоцирует невольное нарушение энергоснабжающей организацией своих обязательств перед собственником-потребителем, возможно взыскание с такого интервента чистых экономических убытков (например, расходов на использование генераторов на период отключения). Похожее дело рассматривалось ВС РФ, и Суд признал возможным удовлетворение деликтного иска (Определение СКГД ВС РФ от 17 июля 2018 г. № 4-КГ18-44). Иначе говоря, при умышленном характере интервенции такого рода ответственность должна наступать.

(е) Ответственность возможна и в ситуации, когда третье лицо осуществляет посягательство на абсолютное право должника, провоцируя тем самым нарушение должником своего обязательства или прекращение обязательства должника невозможностью исполнения или смертью должника.

В подобных случаях речь об ответственности может однозначно идти в тех случаях, когда третье лицо, портя или уничтожая вещь, являющуюся объектом обязательства, или осуществляя посягательство на личность должника, имело умысел на провоцирование нарушения или прекращения обязательства. Такое иногда встречается в рамках недобросовестной конкуренции или в контексте обстоятельств, позволяющих говорить о шикане. Если в случае с посягательством на имущество, являющееся объектом обязательства, должник при этом не освобождается также от ответственности (например, созданное третьим лицом препятствие не характеризуется как непреодолимая сила по смыслу п. 3 ст. 401 ГК РФ), то кредитор имеет солидарные требования к должнику и интервенту. Если должник освобождается от ответственности, то единственным ответчиком оказывается интервент.

Так, если лицо заказало убийство ключевого подрядчика своего конкурента, дабы повредить бизнесу последнего, смерть подрядчика прекращает обязательство подрядчика перед конкурентом в силу смерти должника, возникающие у конкурента в таком случае чистые экономические убытки в связи с прекращением обязательства за счет наследственной массы погибшего подрядчика, согласно сложившимся

воззрениям, не возмещаются, и единственные, к кому заказчик может предъявить требование о возмещении своих убытков, это заказчик, исполнитель и соучастники преступления. То же и в случае, когда третье лицо уничтожает вещь, являющуюся объектом арендных отношений, стремясь ввергнуть в убытки арендатора.

Более спорной является возможность привлечения третьего лица к ответственности в ситуации, когда оно совершало соответствующие противоправные действия умышленно, но его умысел охватывал лишь первичное посягательство на абсолютное право должника, и цели причинить убытки кредитору по соответствующему обязательству третье лицо не имело, хотя и знало о наличии такого кредитора, просто относясь индифферентно к этому побочному эффекту своего деликта.

Например, что, если убийство подрядчика в вышеописанном примере было заказано по причинам, не связанным с его работой по конкретному проекту (например, из личной неприязни), но при этом делинквент имел основания знать о том, что смерть потерпевшего ударит по финансовым интересам его кредитора? Либо в примере с арендой третье лицо, уничтожая вещь арендодателя, пыталось навредить исключительно ему, но при этом знало о том, что вещь сдана в аренду и ее гибель может ввергнуть в убытки не только арендодателя, но и арендатора? У кредитора в таких ситуациях возникают те же самые чистые экономические убытки, вызванные прекращением обязательства: может ли он потребовать их взыскания с заказчика преступления, его исполнителя и соучастников?

Как представляется, такая ответственность также может допускаться. Если налицо умышленное преступление, необязательно, чтобы этот умысел был направлен против кредитора, достаточно, чтобы умыслом охватывалось само неправомерное посягательство на должника или соответствующий объект, а убытки кредитора просто были предвидимы или могли быть предвидимы.

Самый сложный случай возникает тогда, когда умыслом охватывалось только первичное посягательство, а о возникновении побочных убытков у кредитора потерпевшего делинквент не знал. Вопрос может вызывать дискуссии, но, возможно, если речь идет о преступлении, было бы справедливо такую ответственность допускать. Если третье лицо умышленно подожгло арендованный дом, что повлекло прекращение договора аренды невозможностью исполнения, к такому поджигателю обычный деликтный иск в связи с посягательством на его абсолютное право собственности может предъявить сам собственник, но было бы несправедливо оставить без защиты и арендатора. Если последний понес чистые экономические убытки в связи с досрочным

прекращением договора аренды, он должен иметь возможность защититься, взыскав с поджигателя свои чистые экономические убытки (например, ставшие тщетными понесенные расходы на ремонт или даже ценовую разницу между арендной платой по прекращенному договору и арендной платой по новому договору, который был вынужденно заключен после прекращения первого договора по причине невозможности исполнения). Иначе получится, что преступник, говоря языком экономистов, не интернализирует все те негативные экстерналии, которые он породил своим преступным поведением.

Впрочем, здесь есть серьезный повод для дискуссий о пределах вменения ответственности за чистые экономические убытки с точки зрения адекватности причинной связи (или предвидимости убытков). В ряде случаев возникновение значительных убытков у некоего кредитора жертвы первичного посягательства может быть признано выходящим за рамки адекватной причинной связи. Например, если в результате бытового конфликта возникла драка и один из участников драки причинил другому, оказавшемуся по случаю актером, вред здоровью, спровоцировавший временный дефицит здоровья, который помешал потерпевшему участвовать в съемках на протяжении месяца, у киностудии могут образоваться значительные убытки. Могут ли они быть взысканы с делинквента? С учетом умысла на первичное причинение вреда постановка вопроса о возмещении убытков возможна, но здесь было бы уместно ограничение вменения объема ответственности.

При этом встает очень сложный вопрос о допустимости расширения оснований для привлечения к ответственности в таких ситуациях до случаев неосторожного поведения третьего лица, повлекшего невозможность исполнения. Такая ответственность значительно повысила бы риски любой неосторожности. В ряде случаев закон прямо допускает взыскание таких рикошетных чистых экономических убытков. Например, когда погибшее по вине (в том числе неосторожности) делинквента лицо имело иждивенцев, имеющих право на получение от него содержания, такие лица могут предъявить к даже неосторожному делинквенту иск о возмещении чистых экономических убытков, возникших в результате смерти кормильца (ст. 1088 и 1089 ГК РФ). Например, кредитор погибшего по алиментному обязательству может предъявить лицу, виновному в гибели кормильца, деликтный иск о выплате возмещения в связи со смертью кормильца.

Но могут быть и случаи, прямо не указанные в законе. Классический пример: третье лицо по неосторожности уничтожает принадлежащую продавцу вещь, которая подлежала передаче покупателю, но риск гибели которой по условиям договора или в силу просрочки покупателя

в исполнении кредиторской обязанности забрать вещь уже перенесся на покупателя. В таком случае вред причиняется вещи, абсолютное право на которую принадлежит одному лицу, а чисто экономические убытки в виде необходимости платить за «воздух» (риск разрыва сигнала) перенесены на другое лицо. Очевидно, что покупатель должен иметь право на деликтный иск к делинквенту, как если бы вред был причинен его собственности. То же и при причинении вреда предмету аренды, когда риск случайной гибели или повреждения перенесен на арендатора.

За рамками таких случаев неосторожное провоцирование невозможности исполнения обязательств влечь ответственность третьего лица за чистые экономические убытки, видимо, не должно. В то же время, если первичное посягательство третьего лица на абсолютные права должника спровоцировало вторичное посягательство на абсолютное право кредитора, ответственность за вызванные этим убытки кредитора может наступать и в случае неосторожности. Например, если строительная организация во время землеустроительных работ по неосторожности повреждает кабель, принадлежащий энергоснабжающей организации и обеспечивающий электричеством завод, это провоцирует нарушение обязательств энергоснабжающей организацией перед заводом. У завода из-за обесточивания может выйти из строя оборудование, которое потребует ремонта, и остановиться конвейер, в результате чего возникает упущенная выгода. Если бы поведение строителей было умышленным, не было бы сомнений в том, что и расходы на ремонт, и упущенная выгода завода (т.е. «рикошетные» убытки, возникшие у кредитора по обязательству в связи с посягательством третьего лица на абсолютное право на кабель энергоснабжающей организации) подлежали бы взысканию. Но в ситуации неосторожности расходы на ремонт оборудования кажется справедливым возместить, но есть серьезные сомнения, что в описанном сценарии упущенная выгода завода может быть взыскана с неосторожного интервента.

Как мы видим, в этой области возникает ряд сложных вопросов, которые требуют более систематического анализа.

3.9.6. Противопоставимость: конкурсное оспаривание сделки должника с недобросовестным интервентом

Если налицо недобросовестная интервенция третьего лица в чужие обязательственные отношения в форме совершения таким третьим лицом сделки с должником, российская судебная практика допускает защиту обязательственного права кредитора не только в форме предъявления деликтного иска о возмещении убытков, но и посредством

аннулирования такой сделки. Ключевое значение здесь имеют институты конкурсного и внеконкурсного оспаривания сделок должника с третьими лицами, которые позволяют кредиторам при определенных условиях оспорить сделку должника, влекущую вывод активов из имущественной массы должника, уменьшение имущественной массы и, как следствие, снижение шансов на удовлетворение требований кредиторов в форме обращения взыскания на имущество должника. Это один из самых ярких примеров противопоставления обязательственного права кредитора третьим лицам.

Российское право знает конкурсное оспаривание сделок должника, совершенных в преддверии объявления должника банкротом и направленных на вывод активов или иное умаление имущественной массы, которое снижает степень удовлетворяемости требований кредиторов в рамках конкурсного производства и тем самым причиняет ущерб интересам кредиторов банкрота (например, отчуждение активов должника по заниженной цене или их дарение). Речь идет о ст. 61.1 и 61.2, а также 61.4–61.9 Закона о банкротстве, которые устанавливают ряд специальных правил на сей счет, определяющих процедурные нюансы и презумпции, цель которых – упростить доказывание недобросовестности контрагента.

В конкурсном производстве оспариваются сделки, предусматривающие неравноценный обмен, сделки, опосредующие безвозмездные предоставления из массы должника, и некоторые другие виды сделок. Этот институт реализует в рамках банкротства функцию, которую в римском праве выполнял так называемый Паулианов иск; он позволяет сообществу кредиторов противопоставить свои обязательственные притязания к должнику третьим лицам, совершившим с должником сделку в ущерб имущественной массе должника и косвенно в ущерб интересам его кредиторов.

При этом оспаривание сделки, совершенной в пределах одного года до принятия заявления о банкротстве или после принятия такого заявления и предполагающей неравноценный обмен, по правилам п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве происходит без необходимости установления субъективной недобросовестности контрагента (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63). Согласно распространенному воззрению, здесь налицо объективное оспаривание, и субъективная добросовестность контрагента (осознание им того, что в результате совершения сделки будет причинен вред имущественным правам кредиторов) не блокирует возможность оспаривания. Это решение законодателя небесспорно и отклоняется от классической модели Паулианова иска.

Если неравноценная или иная причиняющая вред имущественной массе должника сделка была совершена не позднее чем за три года, но не ранее чем за один год до принятия заявления о признании банкротом, то на основании п. 2 ст. 61.2 Закона она может быть признана недействительной только при наличии субъективной недобросовестности контрагента, понимаемой как его осведомленность о направленности сделки на причинение ущерба кредиторам (при этом Закон устанавливает ряд опровержимых презумпций такого знания).

Причем из текста п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве и п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 следует, что безвозмездный характер предоставления со стороны должника по оспариваемой сделке (например, дарение) создает лишь презумпцию субъективной недобросовестности контрагента, которая, судя по тексту нормы, может быть опровергнута, причем независимо от того, за какой период до принятия заявления о банкротстве такая сделка была совершена. Впрочем, среди российских юристов, а также в зарубежном праве представлено мнение о том, что при безвозмездности предоставления, совершенного за определенный промежуток времени до принятия заявления о банкротстве, оспаривание должно допускаться и при абсолютной убежденности суда в субъективной добросовестности контрагента (например, при перечислении должником в преддверии своего банкротства значительной суммы благотворительному фонду в качестве пожертвования). Вопрос вызывает споры и в российском праве.

Более того, существует возможность конкурсного оспаривания не только сделок по отчуждению имущества (продажа имущества по заниженной цене или приобретение имущества по завышенной цене, передача имущества в качестве отступного, дарение и т.п.), но и иных вредящих конкурсной массе сделок должника, а также иных действий или даже в ряде случаев и бездействия должника (признание иска, отказ от иска, незаявление должником о пропуске давности по заявленному к нему иску и др.).

Подробный разбор этой проблематики выходит за рамки комментария к ГК РФ. Отметим лишь, что в российском праве конкурсное оспаривание сделок сейчас понимается именно как основание для признания сделки (по ст. 61.2 Закона о банкротстве, как правило, обязательственной) недействительной и отмена ее правового эффекта. Аннулирование договора или иной сделки, лежащей в основе распоряжения, в силу каузальности распорядительного эффекта договора приводит к ретроактивному аннулированию последнего и возникновению отношений по реституции (чаще всего взаимной). При этом судебная

практика отказывает покупателю, купившему у должника вещь дешево (а это самый типичный вид сделок, которые оспариваются по ст. 61.2 Закона о банкротстве), вправе ссылаться на функциональный аспект синаллагмы. Аннулирование такого договора по ст. 61.2 Закона о банкротстве повлечет возникновение долга конкурсной массы по возврату полученного платежа и встречной обязанности покупателя по возврату приобретенной вещи, собственность на которую в связи с аннулированием принадлежит конкурсной массе, или при невозможности возврата в натуре – ее рыночной стоимости. Покупатель согласно сложившейся практике расшивки такой ситуации (см. комментарий к ст. 328 ГК РФ) оказывается в крайне тяжелом положении, ибо он должен вернуть вещь, не будучи вправе ее удерживать до возврата ему цены, и, вернув вещь, он имеет лишь призрачный шанс на возврат уплаченного, так как его реституционное требование к конкурсной массе устанавливается в РТК без предоставления приоритета (вероятнее всего, он сможет вернуть лишь 2–4 копейки с рубля), а в ряде случаев и вовсе субординируется (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 328 ГК РФ). Если же покупатель уже не может вернуть вещь в натуре и обязан к возврату ее денежного эквивалента, суды пока в основном отказывают производить зачет взаимных денежных требований с фиксацией сальдо, которое подлежит внесению контрагентом в конкурсную массу. Этот отказ от функциональной синаллагмы выступает в качестве своего рода карательного инструмента, направленного на превенцию совершения сделок в ущерб конкурсной массе.

Такой подход вызывает в науке споры. Раздаются голоса в пользу корректировки подхода к самой модели конкурсного оспаривания и приведения его в соответствие с теми подходами, которые распространены в ряде европейских стран. А именно предлагается осуществить переход от аннулирования договора или иной сделки в целом ко взысканию с контрагента убытков, направленных на восстановление ущерба конкурсной массе, и не более того (например, в сценарии с покупкой вещи по заниженной цене контрагенту нужно будет просто доплатить разницу между уплаченным и рыночным уровнем цены). Такую модель иногда именуют обязательственной моделью оспаривания, но правильнее было бы вовсе не говорить тогда об оспаривании, дабы не вводить в заблуждение, а просто говорить о привлечении контрагента к деликтной ответственности за соучастие в нарушении прав кредиторов должника. Этот вариант может при первом приближении показаться действительно более справедливым как минимум в ситуациях, когда контрагент не был аффилирован с должником и при этом в его поведении налицо лишь неосторожность (он мог заподозрить

порочный мотив сделки, но не заподозрил или решил это обстоятельство проигнорировать), но не было умысла в виде точного знания о направленности воли должника на причинение ущерба кредиторам. Впрочем, в рамках такого альтернативного решения кредиторы оказываются не защищены от сценария впадения в банкротство уже самого контрагента должника, на которого был выведен тот или иной ценный актив должника. Конкурсный управляющий должника, действующий от имени конкурсной массы, будут вынужден устанавливать в РТК впавшего в банкротство контрагента свое обычное обязательственное притязание о взыскании убытков (например, о довзыскании части цены проданного задешево имущества) с минимальными шансами на получение чего-либо. На контрасте аннулирование распорядительного эффекта сделки позволяет в такой ситуации конкурсному управляющему должника добиться изъятия имущества из конкурсной массы впавшего в банкротство контрагента, на которого данное имущество было выведено по впоследствии оспоренной сделке, и обойти в этой конкуренции за актив кредиторов контрагента.

Кроме того, признаваемая в российском праве модель оспаривания через аннулирование сделки с учетом принципа каузальности распоряжения позволяет отобрать вещь и у последующего приобретателя, которому данная вещь была отчуждена контрагентом должника по цепочке, если этот последующий приобретатель не сможет сослаться на добросовестное приобретение права на основании ст. 302 ГК РФ (например, получил вещь в дар или не успел за нее расплатиться, прежде чем узнал об оспаривании первой сделки в цепочке).

Иначе говоря, российский вариант конкурсного оспаривания защищает конкурсную массу сильнее в ущерб интересам контрагента должника, кредиторов такого контрагента и последующих приобретателей. В целом вопрос о целесообразности перехода к сугубо обязательственной и более слабой модели конкурсного оспаривания, предполагающей лишь взыскание убытков с контрагента должника, вызывает в российском праве дискуссии. Пока Закон и судебная практика стоят на модели аннулирования сделки в целом. Возможно, будущее за нахождением того или иного компромисса (например, основанного на дифференциации ситуаций в зависимости от степени упречности поведения контрагента). Причем отчасти такой компромисс можно при необходимости реализовать и *de lege lata*, если в отношении самого типичного сценария — покупки контрагентом имущества должника по заниженной цене — аннулировать не всю сделку в целом, а только условие о цене и довзыскивать в конкурсную массу ценовую разницу, а в случае дарения — производить конверсию сделки в куплю-продажу.

Кроме того, ст. 61.3 Закона о банкротстве предусматривает возможность оспаривания сделок должника, совершенных за месяц до принятия заявления о банкротстве или после этого момента, если такая сделка влечет за собой оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами в отношении удовлетворения требования (классический пример – должник непосредственно перед подачей заявления о банкротстве погашает один из нескольких своих долгов, передает отступное или предоставляет одному из кредиторов свое имущество в залог). При определенных условиях ряд подобных сделок согласно п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве может быть оспорен, если они совершены в пределах шести месяцев до принятия заявления о банкротстве. Не погружаясь в разбор деталей этого варианта конкурсного оспаривания, следует заметить, что данный институт во имя принципа равенства кредиторов и пропорционального удовлетворения кредиторов позволяет кредиторам должника противопоставить свои требования к должнику одному из кредиторов, который успел незадолго до банкротства должника получить удовлетворение своего требования от должника. По сути, совершенный должником в пользу отдельного кредитора платеж или предоставление суррогата исполнения аннулируется по той причине, что он предоставляет этому кредитору предпочтение по сравнению с иными кредиторами должника. Очевидно, что мы здесь также наблюдаем отступление от принципов относительности обязательственной связи.

3.9.7. Противопоставимость: внеконкурсное оспаривание сделки должника с недобросовестным интервентом

Но российское право, равно как и право большинства европейских стран, знает и внеконкурсный аналог Паулианова иска. Допускается признание недействительными сделок, совершенных должником с третьим лицом или в отношении третьего лица с порочным мотивом вывести свои ликвидные активы из-под взыскания, уменьшить свою имущественную массу иным образом и тем самым затруднить принудительное исполнение требования кредитора путем обращения взыскания на имущество должника. Сделка признается недействительной по этому основанию в результате предъявления и удовлетворения иска, заявленного конкретным кредитором должника до объявления должника банкротом и открытия конкурсных процедур в отношении должника. Такой институт принято именовать внеконкурсным оспариванием сделок должника.

Как и при конкурсном оспаривании, при оспаривании внеконкурсном согласно российской судебной практике речь здесь идет об аннулировании всего договора и отмене распорядительного его эффекта,

а не о взыскании ценовой разницы или иных убытков, что вызывает некоторую полемику среди ученых. В зарубежном праве более распространен именно сугубо обязательственный и не затрагивающий действительность распорядительного эффекта вариант внеконкурсного опровержения сделок в рамках Паулианова иска.

Внеконкурсное оспаривание осуществляется конкретным кредитором в своем личном интересе, а не в интересе сообщества всех кредиторов, как в случае с оспариванием конкурсным.

Правовым основанием для оспаривания здесь является не конкретная норма закона, как в случае с конкурсным оспариванием, а применение принципа доброй совести и запрета на злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) в сочетании с правилом п. 2 ст. 168 ГК РФ о недействительности сделки, противоречащей закону. В данном случае таким законом суды видят тот самый запрет на злоупотребление правом. Во многих других странах внеконкурсное оспаривание прямо урегулировано в гражданском законодательстве, но в России суды вынуждены восполнять пробел за счет судебного правотворчества под эгидой доброй совести.

Согласно данной судебной практике, в случаях, когда должник, зная о наличии долга у него перед тем или иным кредитором (независимо от того, просрочен он или нет) и недобросовестно стремясь избежать обращения по требованию кредитора взыскания на свое имущество (например, недвижимость, долю в ООО, акции и т.п.), дарит его третьему лицу или продает по заниженной цене, и нет оснований для констатации мнимости сделки, суды признают такую сделку ничтожной по правилам п. 1 ст. 10 и п. 2 ст. 168 ГК РФ в связи с ее направленностью на причинение ущерба кредитору должника, если налицо также еще и недобросовестность контрагента. Тем самым аннулируется выбытие имущества из собственности должника и открывается дорога для обращения на нее взыскания. По данному вопросу в последние годы сложилась устойчивая практика ВС РФ (см.: определения СКГД ВС РФ от 27 июля 2021 г. № 56-КГ21-10-К9, от 24 ноября 2020 г. № 4-КГ20-43-К1, от 13 октября 2020 г. № 49-КГ20-15-К6, от 26 ноября 2019 г. № 42-КГ19-4, от 28 мая 2019 г. № 78-КГ19-4, от 27 ноября 2018 г. № 78-КГ18-53, от 18 апреля 2017 г. № 77-КГ17-7, от 28 февраля 2017 г. № 32-КГ16-30, от 20 сентября 2016 г. № 49-КГ16-18, от 9 августа 2016 г. № 21-КГ16-6, от 19 апреля 2016 г. № 83-КГ16-4, от 29 марта 2016 г. № 5-КГ16-28, от 14 июня 2016 г. № 52-КГ16-4, от 1 декабря 2015 г. № 4-КГ15-54, от 8 декабря 2015 г. № 5-КГ15-179 и № 34-КГ15-16; Определение СКЭС ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 301-ЭС16-20128). Ранее такую позицию вы-

сказывал и ВАС РФ (п. 10 Информационного письма Президиума от 25 ноября 2008 г. № 127, п. 4 Постановления Пленума от 23 декабря 2010 г. № 63). Недавно ее прямо подтвердил и Пленум ВС РФ (п. 8 Постановления от 24 декабря 2020 г. № 44). Упоминается внеконкурсное оспаривание на уровне закона в переходных положениях закона о банкротстве граждан (ч. 13 ст. 14 Федерального закона от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ). Встречаются и случаи, когда ВС РФ ссылается на мнимость и на сочетание ст. 10 и 168 ГК РФ одновременно, что само по себе несколько странно, ибо эти составы носят взаимоисключающий характер (Определение СКГД ВС РФ от 19 апреля 2016 г. № 83-КГ16-4).

Обычно признание ничтожными таких сделок во вред кредитору происходит в ходе отдельного судебного процесса, инициируемого конкретным кредитором, чьи шансы на эффективное исполнение судебного решения снижаются за счет вывода должником ценного имущества. Но практика признает возможность подачи таких исков и судебными приставами-исполнителями (см. Определение СКГД ВС РФ от 18 апреля 2017 г. № 77-КГ17-7).

По тем же основаниям может быть оспорена не только сделка по отчуждению имущества в ущерб кредитору, но и некоторые иные сделки, которые влекут умаление имущественной массы должника и снижают шансы кредитора на обращение взыскания на актив должника (например, прощение должником долга своего дебитора, отказ от права собственности, соглашение об уменьшении причитающейся должнику цены договора с третьим лицом и т.п.). Теоретически мыслимо признание ничтожными по таким же основаниям и других сделок должника, совершенных с мотивом навредить кредитору, лишить его возможности обратиться взыскание на некое ценное имущество должника, если такая сделка не препятствует обращению взыскания на имущество должника, но значительно снижает его ценность (например, обременение вещи залогом, сдача ее в долгосрочную аренду по крайне низкой ставке или ссуду и т.п.). Может идти речь и об аннулировании сделок, направленных на затруднение процесса обращения взыскания на имущество должника. Например, в п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 рекомендовано признавать ничтожным договор доверительного управления, заключенный должником с целью усложнения для кредитора процесса обращения взыскания на конкретное имущество (согласно п. 2 ст. 1018 ГК РФ обращение взыскания на имущество, переданное в доверительное управление, возможно только в рамках дела о банкротстве учредителя доверительного управления).

Пока не вполне проясненным в российском праве вопросом является возможность внеконкурсного оспаривания не сделок должника, совершенных во вред кредитору, а иных действий или даже бездействия должника (признание иска, отказ от иска, незаявление должником о пропуске давности по заявленному к нему иску и др.). В рамках банкротного оспаривания такие действия и бездействие оспариваться могут, но пока примеров внеконкурсного их оспаривания на уровне практики ВС РФ не было.

Согласно российской судебной практике, внеконкурсное оспаривание осуществляется в тех случаях, когда налицо недобросовестность в поведении должника, наличие у него мотива навредить интересам кредитора, заблокировать принудительную реализацию его обязательственного права путем обращения взыскания на имущество должника. Поэтому считается, что для эффективного оспаривания необходимо, чтобы на момент совершения сделки, уменьшающей имущественную массу должника, должник уже имел долг перед кредитором (необязательно просроченный), и есть доказательства того, что должник осознавал, что, возможно, не сможет исполнить свое обязательство и совершение такой сделки затруднит реализацию кредитором своего требования путем обращения взыскания на имущество должника¹.

Если, например, должник в момент совершения сделки не имел оснований знать о своем долге, дарение им недвижимости родственнику вряд ли обладает признаками недобросовестного поведения: ВС РФ в такой ситуации отказался считать должника злоупотребляющим правом (Определение СКЭС ВС РФ от 29 марта 2018 г. № 305-ЭС17-19849).

Если у должника были иные ликвидные активы, которых было вполне достаточно на момент дарения квартиры ребенку на совершеннолетие, чтобы ответить этими активами по долгу перед банком, дарение квартиры также не может считаться страдающим порочным мотивом, даже если впоследствии к моменту обращения в суд кредитора оказалось, что достаточных активов для обращения взыскания не нашлось (например, они обесценились в силу рыночной конъюнктуры или погибли).

Кроме того, по общему правилу признание сделки ничтожной по данному основанию возможно только тогда, когда доказано, что

¹ Иногда предлагается допускать такое оспаривание и в тех случаях, когда у должника имелось основание предполагать скорое возникновение долга (например, по отлагательно обусловленной сделке или по планируемому к заключению договору займа), а вывод активов осуществляется в преддверии появления обязательства в целях оставить кредитора в будущем ни с чем, но этот вопрос в полной мере не прояснен.

контрагент должника (например, приобретатель выводимого должником из-под взыскания имущества) или адресат вредящей кредитору односторонней сделки также недобросовестен и либо точно знал, либо не мог со всей очевидностью не знать о порочном мотиве совершения должником сделки и ее направленности на причинение вреда кредиторам. Когда контрагентом является близкий родственник должника или иное аффилированное лицо (что чаще всего и имеет место в случае дарения имущества), а также в случае отчуждения имущества по заведомо заниженной цене, осведомленность контрагента о порочном мотиве сделки суды обычно презюмируют. При отсутствии признаков субъективной недобросовестности контрагента суды должны проявлять аккуратность и не допускать ситуации, когда сделка аннулируется в интересах конкретного кредитора при субъективной добросовестности контрагента.

Иначе говоря, требуется, чтобы признаки недобросовестности наличествовали в поведении как должника (умысел на причинение ущерба интересам кредитору), так и контрагента (осознание порочности мотивов должника).

Впрочем, некоторые исключения из правила о необходимости обнаружения субъективной недобросовестности контрагента могут как минимум обсуждаться. Речь идет о ситуациях, когда баланс интересов пострадавшего кредитора, лишённого возможности защитить и реализовать свое обязательственное право за счет обращения взыскания на имущество должника, и интересов субъективно добросовестного контрагента складывается в пользу первого. Так, например, в вышеуказанном примере с аннулированием договора доверительного управления ВАС РФ не упомянул значимость фактора субъективной добросовестности доверительного управляющего, возможно, имея в виду, что он особого значения не имеет. Также многие юристы и некоторые зарубежные правовые порядки готовы делать исключение для сделок, опосредующих безвозмездное отчуждение (дарение) или обременение (долгосрочная ссуда) актива. Безусловно, в таких ситуациях при наличии умысла у должника можно опровержимо презюмировать субъективную недобросовестность контрагента, но ряд юристов идет дальше и считает, что в такого рода случаях субъективная добросовестность вовсе иррелевантна. Например, что, если должник подарил свои ликвидные активы благотворительному фонду, чтобы они не достались его кредиторам, и установлено, что у фонда не было оснований подозревать порочный мотив благотворителя, либо должник подарил квартиру своему сыну-подростку, который не осознавал мотивы родителя? Эта проблематика вызывает жаркие

споры в контексте как конкурсного, так и внеконкурсного оспаривания. Как уже отмечалось, применительно к конкурсному оспариванию наш Закон о банкротстве, скорее, отражает подход, согласно которому презумпция недобросовестности одаряемого опровержима, и если так, то было бы странно, что в контексте внеконкурсного оспаривания было иначе. Этот вопрос, видимо, должен решаться единообразно в рамках конкурсного или внеконкурсного оспаривания. Но вопрос носит дискуссионный характер.

Истец по иску о констатации ничтожности сделки, направленной на отчуждение вещи, может не требовать взаимного возврата имущества в отношениях между сторонами сделки — ему достаточно признания сделки ничтожной, так как констатация ничтожности сделки означает, что право собственности на имущество не переходило и все еще принадлежит должнику, а значит, открывается правовая возможность его ареста и обращения на него взыскания по долгу должника. В случае с недвижимостью или иными вещами, права на которые подлежат регистрации, возможно, было бы логичным в иске не только требовать констатации ничтожности, но и заявлять о необходимости исправления записи в соответствующем реестре. На практике истцы также нередко требуют в иске обращения взыскания на соответствующее имущество. Впрочем, необходимость такого требования может вызывать сомнения: если суд в решении по делу, в котором участвуют все стороны такой сделки, подтверждает, что сделка недействительна и, соответственно, имущество все еще в собственности ответчика, а исполнительное производство открыто, пристав может обратиться на данное имущество взыскание и без подсказки со стороны суда.

Подобные примеры аннулирования сделки по выводу имущества из-под взыскания именуют внеконкурсным оспариванием в силу того, что аннуляция сделки происходит вне рамок конкурсной процедуры банкротства. Этот термин представляется вполне приемлемым, но проблема состоит в том, что он не вполне точно передает механику защиты: согласно устоявшейся судебной практике, защита прав кредитора осуществляется не в форме оспаривания сделки, а в форме констатации ее ничтожности в рамках того или иного судебного спора или удовлетворения заявленного в суд иска о признании ничтожной сделки недействительной.

На самом деле режим ничтожности не представляется лучшим решением. Вернее было бы квалифицировать такие сделки именно как оспоримые. Представим, что должник совершил такую сделку, но кредитор на ее ничтожность не задумался сослаться и пропустил исковую давность. Если эта сделка ничтожна и ее недействительность не зависит

от соответствующего иска и судебного решения, то получается, что право собственности на актив не перешло, даже если недействительность не востребована кредитором в качестве способа защиты. В этом нет логики. С учетом того, что в конкурсе речь идет именно об оспаривании (ст. 61.2 Закона о банкротстве), логично, чтобы и вне конкурса сделки во вред кредитору также оспаривались. Ничто не мешает судам изменить укоренившийся подход к решению данного вопроса. Сейчас же получается странная с точки зрения догматики ситуация: сделка по недобросовестному выводу актива ничтожна, но, если должник перешел в конкурс, она каким-то волшебным образом конвалидируется для того, чтобы далее ее можно было оспорить в рамках конкурсного оспаривания (ведь оспаривание означает существование сделки до ее аннулирования). Это нелепо.

Другое предлагаемое иногда решение — перевести конкурсное оспаривание в режим ничтожности, дабы исключить неоправданную пестроту регулирования, — также вполне может обсуждаться, но оно кажется несколько менее удачным.

Во многих зарубежных странах внеконкурсное оспаривание сделок не предполагает аннулирование обязательственной сделки, а дает кредитору возможность обратиться с иском к отчужденному должником имуществу в той части, в которой это необходимо для удовлетворения кредитора. При удовлетворении иска кредитора признается, что распорядительный эффект сделки должника не может быть противопоставлен тому конкретному кредитору, который такой иск подал, и налицо относительная недействительность распорядительного эффекта. Для всех третьих лиц имущество будет считаться попавшим в имущественную массу контрагента, но для конкретного кредитора оно будет считаться находящимся в массе должника, что откроет ему и только ему возможность обратиться на него с иском по долгу должника. Российские суды пока идут по пути признания недействительной обязательственной сделки, отменяют ретроактивно переход актива в имущественную массу контрагента должника *erga omnes* и отвергают модель относительной недействительности. Это решение дает кредитору возможность обратиться на актив с иском и в тех случаях, когда он был отчужден далее по цепочке другому лицу, если последний не сможет сослаться на приобретение права по ст. 302 ГК РФ в силу добросовестного возмездного приобретения. Если последующий приобретатель не стал собственником по ст. 302 ГК РФ, так как либо не был добросовестен и знал или должен был знать о порочности первой сделки, либо получил вещь безвозмездно, кредитор не может предъявлять к такому приобретателю виндикационный иск,

так как кредитор не собственник, ему просто следует добиваться ареста продолжающей принадлежать должнику вещи по своему требованию к должнику и обращения на нее взыскания.

Кроме того, аннулирование сделки дает кредитору право обратиться взыскание на актив преимущественно перед другими кредиторами приобретателя при банкротстве последнего, ведь если сделка приобретения недействительна, то актив просто не попадает в конкурсную массу такого приобретателя.

Наконец, аннулирование распорядительного эффекта *erga omnes* означает, что на данный актив могут теоретически успеть обратиться взыскание иные кредиторы должника: получается, что кредитор, выигравший иск о внемконкурсном оспаривании, возвращает актив в имущественную массу должника, и приставы-исполнители, сопровождающие исполнительные производства по решениям о взыскании, вынесенным в пользу других кредиторов, смогут также наложить на это имущество взыскание.

В целом вопрос о сравнительных преимуществах российской и доминирующей в континентально-европейских странах моделей является предметом дискуссий.

В целом институт внемконкурсного оспаривания порождает множество сложных и спорных вопросов, некоторые из которых вызывают дискуссии и пока не имеют однозначного решения в праве. Но можно уверенно сказать, что данный институт в российском праве существует и развивается.

Наконец, остается напомнить, что альтернативной Паулианову иску об аннулировании сделки может быть деликтный иск о взыскании убытков к недобросовестному контрагенту должника (подробнее см. п. 3.9.5 комментария к настоящей статье).

3.9.8. Противопоставимость: аннулирование сделки должника с недобросовестным интервентом в иных случаях

Аннулирование сделки с недобросовестным интервентом возможно и тогда, когда речь идет о приобретении недобросовестным третьим лицом того имущества, которое ранее было обещано продавцом другому покупателю на основании договора купли-продажи, зарезервировано на основании опциона за конкретным покупателем либо которое должно было быть возвращено кредитору в связи с расторжением договора, и в иных подобных ситуациях, а также тогда, когда третье лицо совершает с должником сделку, которую тот согласно своему негативному обязательству обязан был не совершать.

Выше в п. 3.9.5 комментария к настоящей статье уже отмечалось, что в подобных ситуациях возможен деликтный иск о возмещении

чистых экономических убытков к интервенту. Но нередко кредитор заинтересован именно в аннулировании договора (например, хочет отменить распорядительный эффект такого договора, чтобы далее отобрать переданную по нему вещь в свою пользу на основании правил ст. 398 ГК РФ).

В описанных случаях недобросовестной интервенции, так же как и в случае с внеконкурсным оспариванием, некое третье лицо (интервент) совершает с должником сделку, которая с неизбежностью влечет нарушение относительного права кредитора данного должника. Если третье лицо действует очевидно недобросовестно, открываются основания для аннулирования такой сделки. Вопрос о том, как понимать недобросовестность интервента в такой ситуации, должен решаться таким же образом, как этот вопрос решается в контексте деликтных исков о взыскании убытков с интервента. При наличии направленности воли на причинение вреда (шикана, недобросовестная конкуренция) основания для недействительности налицо. В остальных случаях, когда интервент действует в целях реализации собственного интереса в предмете договора, о недействительности можно говорить, если установлено, что:

а) интервент точно знает или со всей очевидностью не может не знать о том, что, совершая сделку, он во имя своего личного интереса провоцирует контрагента на нарушение обязательственных прав кредитора этого контрагента (если установлено, что интервент лишь мог знать об этом, прояви он должную осмотрительность, этого недостаточно для обоснования недействительности);

б) интервенция не просто провоцирует формальное нарушение обязательственных прав, но причиняет значимый объективный ущерб интересам кредитора контрагента (т.е. интерес кредитора реально страдает); и при этом

в) у интервента нет достаточного морального оправдания на интервенцию.

Если эти условия налицо, баланс интересов сторон склоняется в пользу признания поведения интервента недобросовестным и противопоставления прав кредитора такому интервенту в форме признания сделки недействительной. Сделка может быть оспорена, если баланс интересов сторон не дает контрагенту этическое оправдание совершить такую интервенцию, преследуя свой интерес, даже зная о негативных последствиях для кредитора партнера. Этот баланс интересов нарушается не всегда, а только в тех случаях, когда контрагенту должно было быть очевидно, что совершение сделки не просто нарушит обязательственные права кредитора предполагаемого партнера, но и причинит

ему значимый ущерб или породит для него иные неблагоприятные последствия.

Самый классический сюжет такого рода интервенции – приобретение интервентом у собственника имущества, несмотря на знание о том, что собственник уже связан обязательством произвести отчуждение этого имущества другому лицу, либо оно забронировано под опционом на покупку. Но недобросовестная интервенция может иметь место и в иных случаях, когда третье лицо совершает с должником сделку, которую в силу своего договора с кредитором должник был обязан не совершать. Представим, что на момент установления залога у собственника имеется обязательство передать какому-либо приобретателю данное имущество свободным от прав третьих лиц. Само по себе это не может ставить под сомнение залог, так как наличие указанного обязательства имеет сугубо относительную природу и не может быть противопоставлено залогодержателю. Но этот вывод начинает колебаться в тех случаях, когда залогодержатель точно знал или со всей очевидностью не мог не знать о том, что ему передается в залог имущество, которое залогодатель ранее обещал передать свободным от прав третьих лиц другому лицу (например, покупателю), и что установление залога неминуемо приведет к нарушению прав такого приобретателя. Соответственно, открывается возможность признания договора залога недействительным.

В ряде случаев закон прямо устанавливает такую возможность. Например, согласно п. 6 ст. 67.2 ГК РФ возможно оспаривание сделки, совершенной в нарушение корпоративного договора, если контрагент по данной сделке знал или должен был знать о таком нарушении. Согласно п. 1 ст. 174 ГК РФ возможно оспаривание сделки с недобросовестным контрагентом, если такая сделка совершена представителем формально в рамках своих полномочий по доверенности, но в нарушение ограничений, включенных в договор представителя и представляемого. Согласно положениям п. 4 ст. 388 ГК РФ возможно оспаривание цессии неденежного требования, совершенной в нарушение установленного в договоре между cedentом и должником запрета на цессию, если доказано, что цессионарий знал или должен был знать о нарушении такого запрета. Причем во всех трех этих специальных случаях для недействительности достаточно субъективной недобросовестности контрагента в смысле реального или вмененного знания о нарушении обязательственных прав некоего кредитора партнера. Случай с уступкой стоит, видимо, отграничить, так как здесь запрет на уступку входит в само содержание уступаемого права, и есть основания думать, что здесь было бы логично аннулировать уступку

вовсе независимо от субъективной добросовестности цессионария. Пример с п. 1 ст. 174 ГК РФ также обладает определенной спецификой, которая позволяет говорить о недействительности только лишь на основании доказанной реальной или вменяемой осведомленности о нарушении представителем внутренних ограничений в отношении свободы осуществления полномочий (причем вменяемой по высокому стандарту «со всей очевидностью не мог не знать», а не по стандарту «неосторожного незнания» (см. комментарий к п. 1 ст. 174 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹)). Пример с корпоративным договором, пожалуй, самый интересный. Получается, что в данной ситуации закон считает реального или вменяемого знания о провоцировании нарушения достаточным для аннулирования. В любом случае вменение знания здесь должно производиться по высокому стандарту, простой неосторожности интервента не должно быть достаточно для аннулирования даже в такой ситуации.

В последние годы в судебной практике высших судов стали все чаще обнаруживаться случаи признания сделок с недобросовестным интервентом и за рамками этих ситуаций, прямо указанных в законе. При этом ранее суды иногда использовали для обоснования своих решений об аннулировании сделки ссылку не на ст. 10 и 168 ГК РФ, а на расширительно понимаемую норму ст. 174 ГК РФ в старой ее редакции. В частности, в целом ряде постановлений Президиума ВАС РФ указывалось на применение ст. 174 ГК РФ при отчуждении одним из участников общества своей доли в нарушение положений устава о запрете на отчуждение доли третьим лицам (постановления Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10590/11, от 10 февраля 2009 г. № 11497/08, от 10 апреля 2007 г. № 13104/06). В Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10900/11 Суд применил норму ст. 174 ГК РФ для обоснования возможности оспаривания уступки требования в нарушение договорного запрета на уступку (это происходило до обновления норм ГК РФ о цессии, которые урегулировали данную ситуацию). По сути, Суд применил норму п. 1 ст. 174 ГК РФ, устанавливающую один из примеров оспаривания сделки с недобросовестным интервентом, на основе ее расширительного толкования в отношении ряда иных подобных же ситуаций недобросовестной интервенции.

Но в последние годы суды более не ссылаются на п. 1 ст. 174 ГК РФ по аналогии закона, а апеллируют к сочетанию ст. 10 и 168 ГК РФ.

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 174 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

За последние несколько лет эту практику стал активно поддерживать и ВС РФ (см.: определения СКГД ВС РФ от 9 января 2018 г. № 50-КГ17-27 и от 27 марта 2018 г. № 49-КГ17-35; определения СКЭС ВС РФ от 25 января 2018 г. № 308-ЭС17-14180 (1, 2), от 26 декабря 2017 г. № 305-ЭС17-14389, от 19 апреля 2018 г. № 307-ЭС17-11311, от 16 апреля 2018 г. № 305-ЭС16-10864). Так в контексте обсуждавшегося выше модельного примера с обременением имущества, подлежащего возврату в связи с расторжением, залогом ВАС РФ пришел к выводу о недействительности залога, если залогодержатель действовал заведомо недобросовестно (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35).

При этом в отличие от случая внеконкурсного оспаривания сделок по выводу актива из-под взыскания, где ключевым фактором является уменьшение имущественной массы должника и посему оспариванию подлежат прежде всего безвозмездные или явно неравноценные сделки, в контексте обсуждаемой модели интервенции деликт состоит в самом факте заключения контрагентом с должником сделки, которая своим заключением или исполнением провоцирует нарушение обязательственного права. Цена этой сделки не имеет особого значения. Если даже третье лицо купило у должника актив по рыночной цене, такая сделка может быть аннулирована, если будет установлено, что третье лицо точно знало, что этот актив был обещан продавцом другому лицу и покупка актива спровоцирует нарушение обязательственного права такого другого лица.

В большинстве вышеуказанных определений ВС РФ, в которых он признавал сделку с интервентом недействительной, Суду было достаточно того, что установлено знание интервента о нарушаемых в результате совершения им сделки правах конкретного кредитора другой стороны. Но имеются и примеры установления дополнительного «качественного» фильтра в виде анализа баланса интересов сторон. В этом плане вызывает интерес п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, в котором говорится следующее: уступка требований по денежному обязательству в нарушение условия договора о предоставлении согласия должника или о запрете уступки по общему правилу сама по себе действительна независимо от того, знал или должен был знать цессионарий о достигнутом цедентом и должником соглашении, запрещающем или ограничивающем уступку (п. 3 ст. 388 ГК РФ), но вместе с тем, если цедент и цессионарий, совершая уступку вопреки названному договорному запрету, действовали с намерением причинить вред должнику, такая уступка может быть признана недействительной (ст. 10 и 168 ГК РФ). Как представляется, здесь ВС РФ

явно попытался изложить основания для аннулирования уже, чем стало принято в рамках традиционной практикой признания сделок с недобросовестными интервентами недействительными, так как указывает на необходимость установления намерения причинить вред должнику. Понять ВС РФ можно. Ведь иначе, если точного знания о наличии договорного запрета на уступку денежного требования будет достаточно, будет проигнорирована явно выраженная воля законодателя установить разные последствия уступки неденежного и денежного требования вопреки договорному запрету на уступку (п. 4 ст. 388 ГК РФ). Практика в отношении того, как суды понимают то самое намерение причинить вред должнику, пока не сложилась. Но вполне возможно, что здесь суды будут требовать не только доказанного знания цессионария-интервента о наличии и нарушении запрета на уступку, но и о возникновении у должника материального ущерба или нарушении иных его законных интересов помимо формального нарушения запрета на уступку (например, тех негативных последствий, которые возникают при уступке денежного требования из сугубо коммерческого контракта, в котором оговорена подсудность спора конкретному государственному арбитражному суду, физическому лицу с неизбежным переводом будущего спора в компетенцию судов общей юрисдикции). Не является ли этот подход модельным и заслуживающим применения и в иных подобных ситуациях? Кажется, что в этом есть смысл.

В любом случае аффилированность должника и третьего лица должна опровержимо презюмировать знание третьего лица о последствиях своего поведения и, соответственно, его недобросовестность. В остальных случаях этот вопрос подлежит доказыванию.

Всегда ли требуется устанавливать субъективную недобросовестность интервента? Может обсуждаться исключение на случай безвозмездности сделки должника с третьим лицом. Ряд юристов считает, что в подобной ситуации интерес кредитора по возмездной сделке перевешивает соображения защиты доверия субъективно добросовестного одаряемого. Например, если продавец квартиры получил оплату от покупателя, но затем взял и злокозненно подарил квартиру своему дальнему родственнику, даже если этот родственник не знал о том, что квартира была обещана другому, и принятие дара провоцирует нарушение обязательственного права покупателя (презумпция осведомленности аффилированного лица опровергнута), может, на первый взгляд, показаться справедливым с точки зрения баланса интересов сторон аннулировать сделку дарения и присудить квартиру покупателю, особенно если его интерес в получении именно данной квартиры ярко выражен. В такой ситуации взыскать убытки с субъективно добросовестного одаряемого

точно нельзя, так как отсутствует вина, а вот вопрос о недействительности сделки может обсуждаться. Впрочем, это исключение является предметом дискуссий, так же как и аналогичный вопрос в контексте внеконкурсного или конкурсного оспаривания.

Также следует отметить, что суды сейчас, как правило, констатируют ничтожность сделок с недобросовестным интервентом на основании правил ст. 10 и 168 ГК РФ, но, как и в случае с внеконкурсным оспариванием, более адекватным является именно оспаривание сделки кредитором. Нет никакой уверенности в том, что кредитор вообще посчитает для себя уместным апеллировать к недействительности сделки с недобросовестным интервентом, ничтожность сделки в таких условиях будет означать отмену распорядительного эффекта без какой-либо необходимости и закладывание абсолютно ненужной мины под стабильность оборота. Это тем более очевидно, что в тех случаях, когда специальные нормы закона устанавливают недействительность для случаев интервенции, они говорят именно об оспоримости (п. 1 ст. 174, п. 6 ст. 67.2, п. 4 ст. 388 ГК РФ).

3.10. Связанные договоры

3.10.1. Понятие и признаки связанных договоров

Связанные договоры (*linked contracts*) представляют собой еще одно исключение из принципа относительности обязательства, при котором в силу закона, условий или объективного существа отношений несколько договоров, заключенных между несколькими сторонами, оказываются объединены некой общей экономической целью таким образом, что судьбы вытекающих из таких различных договоров правоотношений с точки зрения справедливости и экономической логики оказываются в том или ином аспекте увязаны. В результате такой «увязки» динамика правоотношений, вытекающих из одного соглашения, начинает влиять, оказывать правовое воздействие на динамику правоотношений по другому договору, включая тот, который был заключен с третьим лицом.

Здесь и далее нас будут интересовать связанные договоры, в которых стороны полностью не совпадают, так как ситуация связанных контрактов, заключенных между одними и теми же сторонами (например, кредит и договор залога имущества заемщика или поставка оборудования и лицензионный договор в отношении права использования установленного в оборудовании программного обеспечения), могут быть разрешены в рамках обычной догматики обязательственного права, отступления от принципа относительности здесь не наблюдается.

Особенностью связанных договоров, которая и обуславливает возможность влияния договора с одним субъектным составом на договор-

ные правоотношения с участием другого лица, является преследование всеми участниками связанных контрактов некой единой общей цели, за счет чего между ними, по сути, образуется единая сложная программа взаимозависимых договорных правоотношений.

Так, традиционным примером связанных договоров выступают с одной стороны договор купли-продажи, заключенный между потребителем и магазином бытовой техники, а с другой – кредитный договор, заключенный между потребителем и банком в этом же самом магазине бытовой техники для исполнения потребителем своей обязанности по оплате товара по договору купли-продажи. При этом возможность заключения потребителем кредитного договора с банком, буквально «не отходя от кассы», обусловлена чаще всего заключенным между банком и магазином бытовой техники партнерским соглашением, так что все стороны рассматриваемых договоров не только осведомлены о существовании друг друга, а также о наличии иного договора, но и каждый своими действиями способствует достижению единой и общей цели – предоставить потребителю товар на возмездной основе. В итоге образуется своеобразная «связка» договорных правоотношений между сторонами связанных контрактов. В частности, банк перечисляет денежные средства магазину для того, чтобы последний передал товар потребителю, который, в свою очередь, обязался перед банком вернуть впоследствии кредит; магазин передает в собственность потребителя товар, поскольку получил оплату за него от банка, которому потребитель обязался выплатить кредит; наконец, потребитель обязался перед банком выплатить кредит, поскольку последний оплатил товар, переданный потребителю магазином. Аналогичная взаимная связь, не исключаяющая при этом наличие определенных особенностей, прослеживается и в других примерах связанных договоров: кредитном договоре и заключенном в связи с ним договоре страхования, договоре купли-продажи и договоре лизинга, договоре лизинга и поставки оборудования, концессионном соглашении и заключенном на его основании договоре подряда, основном договоре и обеспечительном договоре, заключенном с третьим лицом (например, поручительство) и т.п.

Соответственно, связанные договоры можно обозначить как совокупность двух или более договоров, заключенных между одним лицом и несколькими действующими совместно другими лицами, если такие договоры взаимосвязаны общей направленностью на доставление первому лицу за счет усилий остальных своих контрагентов некоего комплексного предоставления либо таким образом, что предоставление по одному договору обеспечивает, сопровождает или дополняет

предоставление по другому. В случае с куплей-продажей, увязанной с кредитом, потребителем двух взаимосвязанных предоставлений оказывается покупатель-заемщик, которому противостоят действующие в партнерстве продавец и банк. В случае с оформлением третьим лицом залога в обеспечение долга заемщика по кредитному договору адресатом двух связанных предоставлений оказывается банк, которому заемщик обязан вернуть кредит и уплатить проценты, а залогодатель – выдать предмет залога для обращения взыскания.

В ряде случаев сама взаимосвязь двух договоров и конкретные ее проявления могут вытекать из прямого указания в договорах или существа самих договоров. Так, например, в договоре кредита, выданного на финансирование покупки, может быть прямо указано на то, что заемщик получает право на досрочный возврат кредита при расторжении договора купли-продажи по причине выявленных дефектов в купленном товаре.

В частности, стороны, желая подчинить судьбу одного договора наличию или действительностью другого могут, например, использовать для этого следующие правовые средства:

– условные сделки (ст. 157 ГК РФ), за счет которых возникновение или прекращение действия одного договора ставится в зависимость от заключения, прекращения или признания недействительным другого договора. Например, договор займа может быть поставлен под отлагательное условие заключения заемщиком в течение определенного срока договора страхования имущества, приобретаемого на заемные средства, выгодоприобретателем по которому должен быть назначен займодавец;

– заверения об обстоятельствах (ст. 431.2 ГК РФ), при нарушении которых сторона, полагавшаяся на недостоверные заверения контрагента, имеющие для нее существенное значение, вправе отказаться от договора. Так, например, стандартной практикой реализации сделок проектного финансирования является предоставление заемщиком в кредитном договоре заверений относительно действительности заключенных им договоров, направленных на реализацию проекта (договоров поставки, аренды, лицензионных договоров и т.п.). Соответственно, в случае недействительности такого договора, что, по сути, ставит под угрозу реализацию финансируемого проекта, кредитор по общему правилу будет уполномочен на отказ от кредитного договора;

– включение права на односторонний отказ от договора в случае недействительности или прекращения действия другого договора либо права на изменение одного договора в случае изменения другого. Например, при структурировании концессионных проектов в договор

подряда может включаться условие, предоставляющее заказчику, который одновременно является концессионером, отказаться от договора подряда в случае прекращения концессионного соглашения. Кроме того, эффекта совместного прекращения договоров можно добиться за счет включения одинакового основания для отказа в оба договора. Например, отказ уполномоченного государственного органа в выдаче разрешения на строительство объекта капитального строительства может быть предусмотрен в качестве основания для отказа заказчика, являющегося концессионером, от обоих договоров — договора подряда и концессионного соглашения.

В ситуации с обеспечительными договорами взаимосвязь отношений по обеспечиваемому долгу и обеспечительного правоотношения с участием третьего лица вытекает из природы акцессорного обеспечения. Например, договоры, обеспечивающие исполнение основного договора, по общему правилу также подлежат прекращению в случае прекращения основного договора в силу принципа *accessorium sequitur principale* («акцессорное следует судьбе основного»), закрепленного в п. 4 ст. 329, подп. 1 п. 1 ст. 352 и п. 1 ст. 367 ГК РФ. Другим возможным последствием связанности обеспечительного договора с обеспечиваемым обязательством, опровергающим презумпцию относительности обязательства, является возможность обеспечителя заявить кредиторю возражения, вытекающие из договора, стороной которого возражающий участник не является. Например, согласно п. 1 ст. 364 ГК РФ поручитель по общему правилу вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы предоставить должник по основному договору. Соответственно, не являясь стороной основного договора, поручитель при исполнении им своей обязанности по договору поручительства фактически пользуется дефектами правовой позиции кредитора, которые у него есть по отношению к другому лицу — должнику по основному договору.

Но нас далее будут интересовать случаи, когда в договорах прямого указания на модель влияния одного правоотношения на другое нет, и при этом данная взаимосвязь не вытекает из объективного существования договоров. В таких случаях взаимосвязь нескольких договоров может быть обнаружена при условии, что несколько сторон, предоставляющих другой стороне некое комплексное предоставление или несколько взаимосвязанных предоставлений, действуют в партнерстве, скоординированно друг с другом. Если, например, покупатель самостоятельно взял кредит в банке, намереваясь на эти средства приобрести автомобиль, договор кредита и купли-продажи не образуют связанные договоры просто в силу того лишь факта, что один договор

нужен покупателю для реализации другого. Но если продавец и банк действуют в партнерстве, скоординированно друг с другом (например, оформление кредита на покупку автомобиля с банком-партнером осуществляется в салоне продаж), возникают определенные основания предоставить покупателю возможность в тех или иных аспектах рассматривать банк и продавца как одно лицо, например, используя дефекты в правовой позиции одного из них по своему договору в качестве возражения против требования другого.

3.10.2. Правовые последствия связанности договоров, опровергающие презумпцию относительности обязательства

Признание нескольких договоров связанными предполагает, прежде всего, создание определенных взаимосвязанных для этих договоров правовых последствий. В контексте проблемы отхода от парадигмы относительности обязательства это, в частности, предполагает, что само соглашение, а также изменения в правоотношении одних сторон связанного договора способны оказывать непосредственное влияние на права и обязанности другой стороны по другому связанному договору. Так, обобщая возможные последствия связанности договоров, которые затрагивают интересы третьих лиц, можно выделить следующие правовые эффекты.

(а) Автоматическое прекращение договора либо предоставление стороне договора права на односторонний отказ при прекращении связанного с ним другого договора. Данное правовое последствие представляет собой реализацию принципа единства судьбы связанных договоров, базирующегося, в свою очередь, на идее общей цели (каузы) связанных контрактов и партнерстве нескольких контрагентов, выступающих скоординированно в отношениях с конкретным потребителем: поскольку в связи с досрочным прекращением одного связанного договора достижение этой общей цели уже не представляется возможным, то и другой связанный договор теряет свое основание и поэтому также подлежит автоматическому прекращению. Другая опция предполагает оставление в силе связанного договора, однако у стороны по такому действующему договору должно теперь возникать право на односторонний отказ от него. Соответственно, относительность обязательства здесь игнорируется в том смысле, что прекращение правоотношения участника связанных договоров с одним лицом является неременным основанием для прекращения его правоотношения с другим.

Ярким примером такого правового эффекта является правило Директивы ЕС от 23 апреля 2008 г. № 2008/48/ЕС об автоматическом прекращении кредитного договора (так называемого *linked credit agreement*) при досрочном расторжении потребителем договора купли-продажи

или оказания услуг, связанного с кредитным. В частности, обозначая в ст. 3 критерии, по которым кредитный договор и договор купли-продажи или оказания услуг признаются связанными, в ст. 15 Директива устанавливает, что при реализации потребителем своего права на отказ от договора купли-продажи или оказания услуг такой потребитель более не должен быть связан и кредитным договором.

В российском праве аналогичное правило отсутствует, что, однако, отчасти компенсируется наличием норм о почти безусловном праве гражданина-потребителя на досрочный возврат кредита (п. 2 ст. 810 ГК РФ и ч. 2–4 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе)), так что единство юридической судьбы кредитного договора по отношению к связанному с ним и прекращенному договору купли-продажи, подряда или оказания услуг может быть воссоздано российским потребителем иным образом. Правда, в этом случае российский потребитель оказывается довольно сильно зависим от продавца, так что даже при наличии надлежащего основания для возврата покупной цены товара (например, при предоставлении товара ненадлежащего качества) продавец может уклоняться от исполнения своей обязанности. Соответственно, почти безусловное право потребителя на досрочный возврат кредита при отсутствии у потребителя свободных средств так и останется нерезализованным, либо все же будет реализовано, но уже за счет привлечения иных финансовых источников. В отличие от этого концепция единства судьбы связанных договоров, заложенная в Директиве, предполагает, что в связи с прекращением обоих договоров окончательные расчеты между собой должны в итоге осуществлять именно кредитор по кредитному договору и связанный с ним продавец (см., например, абз. 4 § 358 ГГУ).

Схожим образом правило об автоматическом прекращении связанного договора установлено в ст. 14 Директивы и для сопутствующих потребительскому кредиту договоров (так называемых *ancillary service contracts*), к числу которых относятся, например, договоры страхования, банковского счета или оказания услуг по обслуживанию кредита.

Российское законодательство, как и в предыдущем случае, не предусматривает норм об обязательном расторжении подобных договоров при прекращении договора потребительского кредита, что в случае с договорами банковского счета и страхования опять же компенсируется безусловным правом клиента и страхователя, соответственно, отказаться от договора (п. 2 ст. 958 и п. 1 ст. 859 ГК РФ). В последнем случае, однако, долгое время существовала проблема возврата потребителю части страховой премии за неиспользованный период, так как на основании п. 3 ст. 958 ГК РФ страховщики имели право

ее удерживать за собой. Практика ВС РФ на этот счет в связи с попытками потребителей сослаться на связанный характер договора страхования по отношению к кредитному договору (так как договор страхования с указанием банка в качестве выгодоприобретателя заключался страхователем, как правило, с партнерским по отношению к банку страховщиком не сам по себе, а фактически для страхования риска неисполнения обязательства по кредитному договору, вызванному соответствующими страховыми случаями, в обмен на более низкую процентную ставку) была неоднозначной (см. определения СКГД ВС РФ от 13 февраля 2018 г. № 44-КГ17-22, от 6 марта 2018 г. № 35-КГ17-14, от 22 мая 2018 г. № 78-КГ18-18, от 28 августа 2018 г. № 44-КГ18-8, от 5 марта 2019 г. № 16-КГ18-55, от 23 июля 2019 г. № 4-КГ19-25 и от 3 марта 2020 г. № 78-КГ19-73). Однако с принятием Федерального закона от 27 декабря 2019 г. № 483-ФЗ эта проблема была решена, поскольку закрепила за страховщиком обязанность по возврату неиспользованной части страховой премии в связи с полным досрочным погашением заемщиком потребительского кредита (ч. 10 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе)).

(б) Предъявление возражений и требований, которые сторона-потребитель имеет в отношении одного из действующих в партнерстве контрагентов, к другому. В этом случае отход от принципа относительности обязательства заключается в том, что участнику «пучка» связанных контрактов предъявляются требования, вытекающие из договора, стороной которого он не является.

Например, в ст. 15 Директивы, помимо принципа единства судьбы кредитного договора по отношению к договору купли-продажи или оказания услуг, также закреплён принцип субсидиарной ответственности кредитора перед потребителем по обязательствам продавца или исполнителя, вытекающим из договора купли-продажи или оказания услуг. При этом в рамках имплементации положений Директивы в национальное законодательство странам — участницам ЕС также предоставлена возможность закрепления и более строгого режима солидарной ответственности. Схожим образом в ч. 10 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе) предусмотрена обязанность не только страховщика, но и кредитора по кредитному договору возвратить потребителю неиспользованную часть страховой премии по договору страхования¹, заключенному в целях обеспечения исполнения обязательства заемщика по кредиту.

¹ В ряде случаев такой договор страхования заключается заемщиком посредством передачи им банку заявления о подключении к программе коллективного стра-

Причиной такого возложения ответственности является не только патернализм в отношении потребителей, хотя и он, разумеется, тоже, но и попытка уравновесить баланс интересов, извлекаемых выгод и приобретаемых рисков сторон за счет заключения связанных договоров. Так, возлагая ответственность на кредитора по кредитному договору по обязательствам продавца, исполнителя или страховщика, законодатель пытается предоставить потребителю взаимные выгоды, которые, в свою очередь, получают кредитор, продавец, исполнитель или страховщик от совместного сотрудничества – фактически они предоставляют потребителю комплексную услугу, поскольку, буквально «не отходя от кассы», потребитель покупает товар или приобретает услугу, берет кредит и страхуется именно у предложенных ему организаций-партнеров, а не у сторонних лиц, выбранных потребителем самостоятельно. Соответственно, представляется справедливым, что риск выбора неблагонадежного контрагента должен перераспределяться и частично возлагаться на другого партнера.

(в) Право на приостановление исполнения по связанному договору. Основываясь все на той же самой центральной идее концепции связанных контрактов о единстве преследуемой сторонами цели и являясь по своей сути частным случаем возможности лица заявить возражение, основание которого возникло из другого связанного договора, участнику «пучка» связанных контрактов, выступающему в качестве потребителя связанных предоставлений контрагентов-партнеров, также предоставляется возможность приостановить свое исполнение не только по нарушенному договору, но и по связанному с ним.

Например, еще до принятия Директивы ЕС от 23 апреля 2008 г. № 2008/48/ЕС судебная практика верховных судов Германии и Нидерландов признавала за гражданином-потребителем право на приостановление своего исполнения по кредитному договору в виде внесения

хования, в то время как сам договор страхования формально заключается между банком, выступающим в качестве страхователя, и страховой организацией, выступающей в качестве страховщика, а застрахованным лицом, соответственно, является заемщик. При этом страховая премия по такому договору, по сути, оплачивается самим заемщиком в качестве платы банку за участие в программе коллективного страхования. Таким образом, ответственность банка перед потребителем в этом случае наступает не по «чужому» связанному договору со страховщиком, а по «своему», но стороной которого заемщик-потребитель формально не является (хотя в п. 5 [Обзора](#) практики рассмотрения судами споров, возникающих из отношений по добровольному личному страхованию, связанному с предоставлением потребительского кредита (утв. Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г.), ВС РФ признал за заемщиком статус страхователя по такому договору).

очередных платежей, направленных на погашение кредита, до момента устранения продавцом недостатков переданного товара по связанному с кредитом договору купли-продажи. При этом при принятии решений суды неизбежно сталкивались с проблемой толкования национальных норм, аналогичных п. 2 ст. 328 ГК РФ и формально допускающих приостановление лишь встречного обязательства, т.е. обязательства по тому же самому договору. Однако в ситуации связанных договоров, с точки зрения потребителя, встречным по отношению к обязательству продавца по передаче товара надлежащего качества является не столько его оплата потребителем, так как оплату фактически производит банк, сколько именно погашение кредита, так что расширительное толкование положений п. 2 ст. 328 ГК РФ в этом случае представляется необходимым и вполне обоснованным.

Сейчас правило о праве потребителя приостановить свое исполнение по связанному кредитному договору, если у него возникло такое право по договору с продавцом, прямо предусмотрено в § 359 ГГУ. Соответственно, банк в этом случае в своих правоотношениях с потребителем в силу уже упомянутых соображений о справедливом распределении рисков претерпевает негативные последствия нарушения продавцом своего обязательства по передаче товара надлежащего качества потребителю.

Что касается российского права, то на данном этапе ни законодательство, ни доминирующая судебная практика пока не предоставили лицу возможность приостановить свое обязательство по связанному договору в случае нарушения контрагентом другого договора.

3.10.3. Нормативные границы оснований для применения эффектов связанности

Как уже было замечено, в российском праве отсутствует единая установленная законом концепция связанных договоров, аналогичная, например, концепции Директивы ЕС от 23 апреля 2008 г. № 2008/48/ЕС, инкорпорированной в национальные законодательства стран – участниц ЕС. В качестве альтернативы российский законодатель, вдохновлявшийся тем не менее идеями Директивы, о чем неоднократно упоминалось в пояснительных записках к соответствующим законопроектам, точечно внедрял отдельные положения, направленные на создание схожих правовых эффектов. Например, это уже упомянутая норма ч. 10 ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе) о совместной ответственности кредитора по кредитному договору и страховщика по договору страхования, заключенного в связи с кредитным договором, в части возврата потребителю неиспользованного объема страховой премии или норма п. 6 ст. 24

Закона о защите прав потребителей, обязывающая продавца компенсировать расходы потребителя по кредитному договору в связи с возвратом товара ненадлежащего качества, приобретенного за счет кредитных средств.

Однако в связи с лишь точечной инкорпорацией правовых эффектов связанности в российскую нормативную среду неизбежно возникает вопрос о том, какой набор инструментов и правовых средств имеется у сторон и суда при разрешении конкретных споров: только лишь «прямые» нормы, посвященные связанности договоров и ее последствиям, или же им дополнительно доступно выведение тех или иных эффектов связанности из аналогии закона либо общих принципов гражданского права, включая принцип доброй совести, в режиме восполняющего судебного правотворчества (ст. 6 ГК РФ)?

В общем и целом добрая совесть может в очередной раз выполнить функцию развития гражданского права. Например, принцип доброй совести (п. 3 ст. 1 ГК РФ) и запрет на злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) могут стать основанием для вывода о допустимости расторжения договора потребителем либо, в зависимости от обстоятельств, отказа контрагенту в защите права в отношении связанного договора: отказ контрагента, действующего в партнерстве, дать согласие на расторжение может быть воспринят как злоупотребление. Недобросовестность такого лица, с учетом конкретных обстоятельств дела, можно усмотреть в том, что оно, действуя в партнерстве с другим лицом и зная о единой общей цели обоих договоров, а также о невозможности ее более достигнуть в связи с состоявшимся прекращением другого связанного договора, тем не менее настаивает на сохранении в силе заключенного с ним договора и исполнении его контрагентом, потребителем комплексной услуги, своего обязательства по такому договору при отсутствии исполнения другим партнером своего обязательства в пользу потребителя.

В пользу формального подхода, блокирующего развитие доктрины связанных договоров судами, теоретически может говорить аргумент об умышленном умолчании законодателя на этот счет, так что концепция связанности договоров в российском праве может применяться лишь в том объеме, который был прямо закреплен в законе. Второй же подход, допускающий более динамичное развитие доктрины связанных договоров на уровне судебного правотворчества, исходит из той позиции, что любой, даже самый современный и детальный закон, будет в любом случае пробельным, так что для справедливого разрешения конкретных споров суд может и должен обращаться к вспомогательным инструментам — расширительному толкованию, аналогии

закона или права, а также принципу доброй совести. Соответственно, реальный объем правовых эффектов концепции связанных договоров в этом случае может быть значительно шире по сравнению с тем, как он предусмотрен законом. Кроме того, российскому праву прекрасно известны случаи, когда тот или иной правовой феномен сначала рождался и закреплялся в судебной практике и лишь затем находил свое отражение в писаном законе.

Симпатизируя в качестве способа разрешения рассматриваемой проблемы именно второму, менее формальному подходу, хочется при этом неисчерпывающим образом обозначить некоторые конкретные уже известные закону правовые инструменты, которые могут обеспечить те или иные характерные для связанных договоров правовые эффекты, обсуждавшиеся в предыдущем разделе.

Так, несмотря на доминирующую судебную практику, не поддерживающую данный подход, правовой эффект последовательного прекращения одного связанного договора вслед за другим может быть воплощен через применение ст. 451 ГК РФ: прекращение другого связанного договора в этом случае выступает в роли существенного изменения обстоятельств, так что действующий договор без него теряет свое основание и, соответственно, изначально не был бы вообще заключен, а поэтому он также подлежит расторжению. Такой логики, например, все же придерживались некоторые суды при разрешении вопроса о расторжении целевого кредитного договора с потребителем в связи с прекращением финансируемого договора купли-продажи или оказания услуг.

Второе последствие связанности договоров в виде предъявления требований, которые сторона-потребитель имеет в отношении одного из действующих в партнерстве контрагентов, к другому контрагенту может найти свое применение при рассмотрении конкретного спора, например, за счет аналогии закона и, в частности, положений п. 2 ст. 1047 ГК РФ, согласно которому товарищи отвечают солидарно по всем общим обязательствам независимо от оснований их возникновения. Соответственно, к действующим в партнерстве контрагентам по аналогии применяется концепция товарищества, за счет чего их формально отдельные обязательства по отношению к потребителю их услуг становятся едиными и солидарными, а у самого потребителя появляется возможность предъявить требования к другому партнеру, формально не являющемуся стороной договора, из которого возникло возражение.

Наконец, на необходимость расширительного толкования п. 2 ст. 328 ГК РФ для целей признания за стороной связанных контрак-

тов права на приостановление своего исполнения по договору в случае неполучения встречного предоставления по другому связанному договору уже обращалось внимание в предыдущем разделе.

Эти конкретные инструменты, включающие расширительное толкование или новый ракурс применения специальных норм, могут использоваться в качестве рычагов развития доктрины связанных договоров вместе с принципом доброй совести, аналогией закона или права или иногда вместо этих общих инструментов.

3.10.4. Субъектные границы патернализма для применения эффектов связанности

Необходимо также определиться с кругом субъектов на стороне получателя комплексного предоставления, в отношении которых справедливо применять эти эффекты. Представляется, что подобной защитой должны обладать прежде всего физические лица-потребители, выступающие как слабая сторона договоров с контрагентами-коммерсантами, действующими в партнерстве. При этом слабость потребителя, обосновывающая проводимый в их отношении патернализм, обусловлена рядом объективных причин. Во-первых, это асимметрия информации не в пользу потребителя: предприниматели как профессиональные участники рынка розничной торговли располагают гораздо большими знаниями о реализуемых ими товарах, работах и услугах, связанными с ними рисками, а также о принадлежащих им самим и потребителям правах и обязанностях. Во-вторых, это ограниченная рациональность потребителей, которые склонны принимать неразумные, поспешные решения, невнимательно читать условия, проявлять «сверхоптимизм», систематически недооценивать риск и т.п. Проще говоря, потребитель под влиянием удачных маркетинговых стратегий может приобрести товары, работы и услуги, которые в действительности ему не так уж нужны, однако это обстоятельство осознается им уже после того, как соответствующие договоры были заключены. В-третьих, это переговорная диспропорция, выражающаяся в невозможности потребителя повлиять на подавляющее количество условий предлагаемого им коммерсантами договора. Иными словами, потребитель почти всегда выбирает между двумя полярными вариантами: заключить договор на предлагаемых условиях либо вообще его не заключать (так называемая концепция *take it or leave it*), так что промежуточная опция в виде заключения соглашения на иных условиях ему почти всегда недоступна. Наконец, уже упомянутый факт партнерства контрагентов-коммерсантов, предоставляющих потребителю комплексную услугу и извлекающих

из этого соответствующие выгоды, также обосновывает справедливость защиты потребителей в рассматриваемой ситуации.

Однако если на стороне контрагентов-партнеров выступают другие физические лица-потребители (например, продающие товар и предоставляющие заем для его покупки вне связи с осуществлением ими предпринимательской деятельности), то применение эффектов связанности не кажется уже целесообразным и поэтому возможным.

Что касается обоснованности применения обсуждаемых мер защиты к коммерсантам, выступающим в статусе получателя комплексной услуги, то здесь вопрос куда менее очевиден. Во-первых, участие в гражданском обороте в качестве профессионального субъекта фактически снимает вопрос об асимметрии информации между получателем комплексной услуги с одной стороны и контрагентами, такими же профессиональными субъектами, — с другой. Во-вторых, переговорная диспропорция в отношениях между коммерсантами стоит, как правило, не так остро, как в ситуации с потребителем, поэтому все же стоит презюмировать, что коммерсанты, участники «пучка» связанных контрактов, имея желание придать заключаемым ими соглашениям характер связанности с возможностью применения соответствующих правовых эффектов, обязательно бы сделали это за счет использования разнообразных договорных механизмов. Наконец, в-третьих, в связи с повышенным стандартом, предъявляемым гражданским законодательством к поведению и осмотрительности коммерсантов в вопросах ведения переговоров, заключения соглашений, исполнения обязательств, а также несения ответственности по сравнению с потребителями, представляется непоследовательным и неверным уравнивать их с последними в вопросах защиты при связанности договоров.

Впрочем, те или иные исключения, возможно, могут возникать в ситуациях, когда даже сугубо коммерческий договор заключался при явном неравенстве переговорных возможностей.

3.10.5. Степень разработанности доктрины

Как мы видим, в этой сфере куда больше вопросов, чем ответов. Доктрина связанных договоров только начинает развиваться в российском праве, поэтому многие нюансы и детали должны прорабатываться в контексте регулирования отдельных типичных вариантов связанных контрактов.

3.11. Иные отступления от принципа относительности

Существует и множество иных отступлений от принципа относительности обязательств, которые известны российскому законо-

дательству. Так, например, согласно п. 3 ст. 358.6 ГК РФ при залоге обязательственных прав после возникновения оснований для обращения взыскания на заложенное право требования залогодержатель имеет право на получение исполнения по данному требованию в пределах, необходимых для покрытия требований залогодержателя, обеспеченных залогом. По сути, закон дает залогодержателю право на принуждение дебитора по заложенному требованию к исполнению в свою пользу, включая право на реализацию секундарного права востребования исполнения по обязательству до востребования, несмотря на то что формально кредитором такого дебитора остается залогодатель.

Многие зарубежные правовые порядки (например, ст. 1341-1 ГК Франции) знают и такой институт, как косвенный иск кредитора должника, посредством которого в случае, если бездействие должника при реализации его прав и требований имущественного характера нарушает права данного кредитора, последний вправе реализовать такие права от имени самого должника, за исключением тех прав, которые неразрывно связаны с его личностью (*l'action oblique*). Например, если заемщик, который должен банку значительную сумму, сам имеет платежеспособного дебитора, но не предпринимает действий по взысканию с него долга, банк получает право на заявление иска к такому дебитору от имени заемщика с присуждением в пользу заемщика. Тем самым счета заемщика пополняются за счет взысканного с дебитора, и банк получает возможность далее обратиться с иском к такому дебитору от имени заемщика с присуждением в пользу заемщика. Тем самым счета заемщика пополняются за счет взысканного с дебитора, и банк получает возможность далее обратиться с иском к такому дебитору от имени заемщика с присуждением в пользу заемщика. Тем самым счета заемщика пополняются за счет взысканного с дебитора, и банк получает возможность далее обратиться с иском к такому дебитору от имени заемщика с присуждением в пользу заемщика. Тем самым счета заемщика пополняются за счет взысканного с дебитора, и банк получает возможность далее обратиться с иском к такому дебитору от имени заемщика с присуждением в пользу заемщика. Тем самым счета заемщика пополняются за счет взысканного с дебитора, и банк получает возможность далее обратиться с иском к такому дебитору от имени заемщика с присуждением в пользу заемщика.

Дополнительная литература

Ответственность производителя

Product Liability: Fundamental Questions in a Comparative Perspective / Ed. by H. Koziol, M.D. Green, M. Lunney, K. Oliphant, L. Yang. Berlin, 2017.

Product Liability in Comparative Perspective / Ed. by D. Fairgrieve. Cambridge, 2005.

The Development of Product Liability / Ed. by S. Whittaker. Cambridge, 2015.

Ответственность должника по обязательству перед третьим лицом (прямые иски) и ответственность третьего лица перед кредитором по обязательству

Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 26–28.

Алоян А.Э. Модели абсолютной защиты обязательственных прав // Закон. 2015. № 8. С. 138–146.

Березина Е.А. Вмешательство в чужие договорные отношения в деликтном праве // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 2: Особенная часть. М., 2018. С. 6–76.

Богданов Д.Е. Анализ правовых подходов к возмещению чистых экономических потерь в зарубежном праве // Журнал российского права. 2012. № 3. С. 82–91.

Гутников О.В. Деликтная ответственность за нарушение относительных прав: перспективы развития в российском праве // Закон. 2017. № 1. С. 22–37.

Евстигнеев Э.А. Принцип генерального деликта: современное состояние и перспективы применения // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 4. С. 45–83; № 5. С. 55–84.

Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд [Начало] // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 11. С. 24–80; [Окончание] // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 12. С. 24–73.

Копяков А.А. Проблема возмещения чистых экономических убытков в российском гражданском праве // Вестник гражданского права. 2020. Т. 20. № 1. С. 146–196.

Коциоль Х. Гибкая система — золотая середина в законодательстве и доктрине // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 6. С. 246–267.

Лугманов Р.Р. Деликтное право как средство взыскания чисто экономических убытков // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 115–153.

Райхер В.К. Абсолютные и относительные права (к проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. 2007. Т. 17. № 2. С. 144–204.

Синицын С.А. Абсолютная защита относительных прав: причины, последствия и соотношение с принятой классификацией субъективных прав // Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 1. С. 7–44.

Тарасов П.А. Соотношение ответственности нарушившей обязательство стороны и деликтной ответственности недобросовестного интервента // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 10. С. 135–154.

Церковников М.А. О деликтной ответственности за двойную продажу // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 9. С. 163–174.

Чупрунов А.С. Гражданско-правовая ответственность за вмешательство третьего лица в договорные отношения // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. Т. 3. М., 2019. С. 678–722.

Ягельницкий А.А. О тенденциях судебной практики по делам об убытках // Закон. 2019. № 3. С. 47–55.

Ягельницкий А.А. Ответственность за недостоверное заявление. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 11.05.2018 № 306-ЭС17-18368 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 8. С. 27–38.

Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective / Ed. by H. Koziol. Wien, 2015.

Borghetti J.-S. The Effects of Contracts and Third Parties // The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms / Ed. by J. Cartwright, S. Whittaker. Oxford; Portland, 2017.

Dam C. van. European Tort Law. 2nd ed. Oxford, 2014.

Koziol H. Recovery for Economic Losses in European Union // Arizona Law Review. 2006. Vol. 48. P. 871–895.

Lathier Y.-M. The Relationship between Contractual and Extra-Contractual Liability as between Parties to a Contract // French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J.-S. Borghetti, S. Whittaker. Oxford; Portland, 2019. P. 37–54.

Markesinis B., Bell J., Janssen A. Markesinis's German Law of Torts. 5th ed. Oxford; London; New York, 2019.

Palmer V.V. A Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract // American Journal of Comparative Law. 1992. Vol. 40. No. 2. P. 297–342.

Palmer V.V. Historical Origins of the Civilian Action Against Interference with Contract Rights in France: Louisiana Perspective on a Road Not Taken // Tulane Civil Law Forum. 1991–1992. Vols. 6/7. P. 131–155.

Palmer V.V., Bussani M. Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law. London; New York, 2008.

Pure Economic Loss / Ed. by W.H. van Boom, H. Koziol, Ch.A. Witting. Wien; New York, 2004.

Pure Economic Loss in Europe / Ed. by M. Bussani, V.V. Palmer. Cambridge, 2003.

Stoffel-Munck P. Liability of Contracting Parties Towards Third Parties // French Civil Liability in Comparative Perspective / Ed. by J.-S. Borghetti, S. Whittaker. Oxford; Portland, 2019. P. 55–76.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 743–758, 1626–1643, 1674–1687.

The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law / Ed. by M. Martín-Casals. Cambridge; Antwerp; Portland, 2019.

Конкурсное и внеконкурсное оспаривание

Волчанский М.А. Оспаривание сделки во вред кредиторам до введения конкурсного производства. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 14.02.2019 № 305-ЭС18-18538 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 8. С. 40–47.

Гольмстен А.Х. Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе / Под ред. А.Г. Смирных. М., 2019.

Гримм Д.Д. Оспаривание актов, совершенных во вред кредиторам (по поводу законопроекта, внесенного в Государственную Думу) // Вестник гражданского права. 2010. Т. 10. № 4. С. 126–191.

Коциоль Х. Основы и спорные вопросы оспаривания действий должника, совершенных во вред его кредиторам (начало) // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 3. С. 205–294; *Основы и спорные вопросы оспаривания действий должника, совершенных во вред его кредиторам (окончание)* // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 4. С. 199–261.

Курбанов Б.М., Усачева К.А. Институт «внеконкурсного оспаривания». Какие нюансы нужно учесть на практике // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 1. С. 80–89.

Усачева К.А. Внеконкурсное оспаривание во французском праве: до и после реформы // Закон. 2017. № 12. С. 187–192.

Усачева К.А. Внеконкурсное оспаривание поведения должника, причиняющего вред его кредиторам: российское право и европейская

правовая традиция // Вестник гражданского права. 2017. Т. 17. № 5. С. 8–54.

Усачева К.А. Основы внеконкурсного оспаривания в немецком и австрийском праве // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 11. С. 131–176.

Шишмарева Т.П. Недействительность сделок и действий в процедурах несостоятельности в России и Германии. М., 2018.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1643–1674.

Связанные договоры

Батищев А.О. Доктрина связанных договоров в сфере потребительского кредитования // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров. Т. 3. М., 2019. С. 530–585.

Гуна А.Н. Доктрина взаимосвязанных договоров (*linked contracts*): сравнительно-правовое исследование // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 11. С. 52–95.

Кирпичев А.Е. Односторонний отказ от взаимосвязанного договора // Закон. 2019. № 10. С. 161–170.

Молодыко К.Ю. Концепция смежных кредитных договоров в праве ЕС и ее значение для российского законодательства // Закон. 2017. № 4. С. 43–58.

Linked Contracts / Ed. by I. Samoy, M.B.M. Loos. Cambridge; Antwerp; Portland, 2012.

Storme M.E. A Civilian Perspective on Network Contracts and Privity // The George Washington Law Review. 2017. Vol. 85. P. 1739–1776.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 765–771.

Статья 308.1. Альтернативное обязательство

1. Альтернативным признается обязательство, по которому должник обязан совершить одно из двух или нескольких действий (воздержаться от совершения действий), выбор между которыми принадлежит должнику, если законом, иными правовыми актами или договором право выбора не предоставлено кредитору или третьему лицу.

2. С момента, когда должник (кредитор, третье лицо) осуществил выбор, обязательство перестает быть альтернативным.

Комментарий

1. Альтернативность

Статья 308.1 ГК РФ посвящена альтернативному (разделительному) обязательству, ключевая особенность которого заключается в наличии в таком обязательстве не одного, а нескольких возможных предметов, при этом предоставление любого из указанных предметов является надлежащим исполнением. Сущность альтернативного обязательства выражается в известной средневековой максиме *duae res, vel plures, sunt in obligatione, una autem in solutione* («два или несколько предметов в обязательстве, но один — в исполнении»).

Альтернативность может характеризовать не только основное договорное обязательство по предоставлению, но и дополнительные обязательства. Так, по одному из дел ВС РФ применил соответствующие правила ст. 308.1, 320 ГК РФ об альтернативном обязательстве к договорному обязательству контрагента либо предоставить банковскую гарантию, либо обеспечить предоставление третьим лицом поручительства в обеспечение основных обязательств этого контрагента (определение СКЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. № 305-ЭС16-14210).

Легальная дефиниция п. 1 ст. 308.1 ГК РФ связывает альтернативное обязательство только с неопределенностью (альтернативностью) предмета. Имеется в виду выбор между различными видами договорных предоставлений (например, выбор между уплатой некоей суммы или передачей ценных бумаг, между поставкой товара или оказанием посреднических услуг по закупке товара у третьих лиц на имя контрагента и т.п.) или выбор содержания организационной обязанности из нескольких оговоренных альтернатив. Вместе с тем категория альтернативности в обязательственном праве является универсальной и может касаться не только характера самого предоставления или содержания организационной обязанности, но и тех или иных модусов исполнения обязательства (например, способа, места или времени осуществления оговоренного предоставления. Не случайно в ст. III.—2:105 Модельных правил европейского частного права предлагается унифицированное регулирование альтернативных обязательств или способов исполнения. В связи с этим и в рамках отечественного правопорядка нет никаких препятствий к расширительному истолкованию правил об альтернативных обязательствах (ст. 308.1, 320 ГК РФ) и их применению и к иным, нежели предмет, случаям альтернативности. Например, договор может предусматривать, что должник (или кредитор) имеет возможность выбора между отгрузкой согласованного товара по тому или иному адресу или осуществлением денежного

перевода тем или иным способом. Далее по тексту комментария мы будем концентрироваться на альтернативном обязательстве, в котором выбор предоставлен в отношении одного из оговоренных предоставлений. Сделанные выводы с необходимыми адаптациями применимы и к альтернативности, характеризующей модусы исполнения.

1.1. Предметы альтернативного обязательства

Предметы альтернативного обязательства могут быть характерны для одного и того же договорного типа (например, передать одну или другую вещь) или разных договорных типов. Так, стороны могут предусмотреть в качестве предметов альтернативного обязательства передачу определенной вещи или оказание оговоренной услуги. В подобных случаях возникает достаточно сложный вопрос о квалификации заключенного договора. Ведь если встречным обязательством контрагента будет уплата денежной суммы, после осуществления управомоченной стороной выбора и вызванной этим модификации альтернативного обязательства в ординарное (кристаллизации (концентрации) предмета (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье)) «набор» взаимных прав и обязанностей сторон в зависимости от осуществленного выбора будет соответствовать квалифицирующим признакам купли-продажи или возмездного оказания услуг. Однако потребность в квалификации договора возникает и до такой кристаллизации предмета (более того, сама по себе кристаллизация вряд ли способна поменять соответствующую квалификацию).

Конечно, вопрос квалификации договора не стоял бы так остро, если бы стороны в своем соглашении детальным образом регулировали бы все собственные взаимоотношения. Однако поскольку такое представление о действительности достаточно утопично, в подавляющем большинстве случаев возникает потребность в применении к отношениям сторон дефолтного законодательного регулирования как на этапе после осуществления выбора, так и до этого. При этом цена вопроса может оказаться достаточно высокой, поскольку нормы, посвященные различным поименованным договорам, могут предусматривать различные, иногда прямо противоположные правила. Например, в приведенном выше примере, предписания гл. 39 ГК РФ предусматривают возможность безмотивного отказа от договора каждой из его сторон (ст. 782 ГК РФ), в то время как положения гл. 30 ГК РФ о купле-продаже подобных оснований прекращения договорных обязательств не содержат. Или представим, что согласно договору, получив от контрагента денежную сумму, другая сторона обязуется по истечении определенного времени возратить ту же сумму с процентами, либо передать контрагенту оговоренную вещь, как следует

квалифицировать заключенный сторонами договор — как заем либо как договор купли-продажи? Согласно закону права и обязанности сторон договора займа и купли-продажи могут принципиально различаться, а сторонам необходимо понимать, что они вправе или обязаны делать или не делать еще до этапа выбора и кристаллизации предмета предоставления.

Вопрос этот в российском праве практически совсем не разработан. Наименьшие возражения вызывает вариант квалификации соответствующего договора как непоименованного и применения к нему до момента концентрации предмета лишь общих правил об обязательствах и договорах. Специальные же нормы об отдельных видах поименованных договоров на этапе до концентрации могут применяться избирательно, когда это соответствует существу отношений сторон.

К альтернативному обязательству до момента кристаллизации предмета не могут применяться правила, установленные для обязательств с конкретным предметом. Например, даже если одним из альтернативных предметов является уплата денежных средств, до осуществления выбора к долгу должника не могут применяться правила о денежных обязательствах (что, однако не исключает их последующего применения ретроактивно, если выбор будет осуществлен именно в пользу уплаты денежных средств (см. п. 2 настоящего комментария)). По той же причине до момента кристаллизации требование из альтернативного обязательства не может использоваться для зачета, поскольку невозможно определить такую необходимую позитивную предпосылку зачета, как однородность.

Встает также вопрос о том, каков будет правовой режим такого договора после осуществления выбора. Произойдет ли и конкретизация договорного типа с применением на этом этапе развития договорных правоотношений напрямую норм о поименованном договоре, соответствующем выбранному предмету предоставления? Ясного ответа на данный вопрос в российском праве нет (подробнее об этой дискуссии и возможных вариантах решения поставленной проблемы см. подп. «е» п. 1.4 комментария к ст. 807 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

1.2. Ограничение от смежных явлений

Если предметы альтернативного обязательства относятся к одному роду (например, передать один или другой костюм), они должны быть индивидуализированы. В противном случае обязательство будет

¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карпетов. М., 2019 (автор комментария к п. 1 ст. 807 ГК РФ — А.Г. Карпетов).

считаться не альтернативным, а родовым. В рамках последних существует единственный предмет, определенный родовыми признаками. При исполнении такого обязательства имеет место не выбор предмета исполнения (так как все возможные предметы исполнения одинаковы), а только отделение или выделение из общей массы требуемого количества.

Также нет альтернативности в ситуации, когда соглашением предусмотрены предоставления одного рода, но в разном количестве, например, право поставщика поставить товар объемом на 5% больше или меньше указанного в договоре или поставить товар в объемах, заданных тем или иным диапазоном (так называемый опцион поставщика).

Альтернативное обязательство следует отграничивать от обязательства *условного* (см. ст. 157, 327.1 ГК РФ), действие которого поставлено в зависимость от будущего неизвестного обстоятельства. В отличие от условного, в альтернативном обязательстве является неопределенным, *что именно* должен исполнить должник, но не то, *должен ли* он исполнить что-нибудь.

Альтернативное обязательство необходимо отграничивать также от обязательства факультативного (см. ст. 308.2 ГК РФ и комментарий к ней).

Не является альтернативным обязательство, предмет которого определен, но кредитору предоставлено право выбора из нескольких предусмотренных законом способов защиты своего нарушенного права, например, в случаях, предусмотренных п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 612, п. 1 ст. 723 ГК РФ (п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Ключевые элементы правового режима альтернативного обязательства (право выбора, осуществление которого исключает иные альтернативы; наделение выбором противоположной стороны как последствие неосуществления выбора управомоченным лицом и др.) явно не могут быть реализованы применительно к ситуации альтернативных способов защиты и противоречат существующему их регулированию.

1.3. Невозможность осуществления одного из альтернативных предоставлений

В случае, когда до осуществления выбора управомоченным лицом осуществление одного из альтернативных предоставлений стало объективно невозможным по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, кредитор вправе требовать от должника осуществления оставшегося возможным предоставления.

Если осуществление одного из нескольких альтернативных предоставлений стало невозможным по обстоятельствам, за которые от-

вечает должник, и ему принадлежало право выбора, кредитор вправе требовать оставшегося возможным предоставления. Если в указанном случае право выбора принадлежало кредитору, то он вправе по своему усмотрению требовать либо возмещения убытков, причиненных невозможностью исполнения, либо осуществления оставшегося возможным предоставления.

Если невозможность осуществления одного из альтернативных предоставлений наступила по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, и право выбора по условиям обязательства принадлежало должнику, последний освобождается от исполнения обязательства (ст. 416 ГК РФ). Если в указанном случае право выбора принадлежало кредитору, то он вправе потребовать осуществления оставшегося возможным предоставления так, как если бы он сделал такой выбор (п. 46 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

1.4. Право выбора: характеристика

Характерным атрибутом альтернативного обязательства является право выбора предмета исполнения. По своей правовой природе данное право относится к числу правоизменяющих секундарных (преобразовательных) прав. Ему не противостоит какая-либо обязанность другой стороны, а его реализация влечет преобразование обязательства (см. п. 2 настоящего комментария).

Право выбора в альтернативном обязательстве является самостоятельным преобразовательным правом, оно осложняет содержание обязательства, но не существует параллельно с ним и поэтому не способно к автономному обороту. В связи с этим, в частности, автономная уступка права выбора отдельно от основного требования является недопустимой.

При переходе права требования к третьему лицу к последнему в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ переходит и секундарное право на осуществление выбора (в той степени, в которой это право принадлежит кредитору изначально или может у него возникнуть), а также бремя претерпевания выбора, который может в будущем осуществить должник (в той степени, в которой это право принадлежит должнику изначально или может у него возникнуть).

В силу неизменности программы обязательства при смене должника в рамках привативного перевода долга или перехода долга в силу закона к новому должнику переходит то право осуществить выбор, которым был наделен изначально или мог быть наделен исходный должник, а также бремя претерпевания выбора, который может осуществить кредитор.

1.5. Принадлежность права выбора

В качестве общего правила п. 1 ст. 308.1 ГК РФ предоставляет право выбора предмета исполнения в альтернативном обязательстве должнику. Такое регулирование является традиционным и соответствует зарубежным подходам (см. п. 1 ст. III.—2:105 Модельных правил европейского частного права).

Иное решение вопроса о принадлежности права выбора может быть установлено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства. Так, стороны при установлении альтернативного обязательства договором могут наделить правом выбора кредитора. Завещатель в рамках завещательного отказа (легата) может предоставить именно отказополучателю (кредитору) возможность выбора одного из нескольких альтернативных предметов.

Пункт 1 ст. 308.1 ГК РФ допускает возможность предоставления права выбора и третьему лицу. Потребность в осуществлении выбора третьим лицом может быть связана с его независимостью и беспристрастностью, либо, напротив, с его интересом в исполнении обязательства, либо с особыми знаниями и опытом такого лица. Для предоставления третьему лицу права выбора, видимо, согласие третьего лица не требуется.

1.6. Осуществление права выбора (концентрации предмета)

Право выбора предмета исполнения осуществляется посредством заявления уполномоченного на это лица (стороны обязательства или третьего лица).

По своей юридической природе заявление о выборе представляет собой одностороннюю сделку, реализующую соответствующее секундарное (преобразовательное) право. Речь идет об односторонней сделке, требующей восприятия. И поэтому такая сделка по общему правилу производит правовой эффект с момента доставки соответствующего заявления другой стороне (сторонам — в случае осуществления права выбора третьим лицом). Здесь применимы правила ст. 165.1 ГК РФ в отношении определения момента наступления правовых последствий подобных односторонних волеизъявлений, требующих восприятия.

Поскольку выбор направлен на устранение неопределенности, он является актом окончательным и не может быть в одностороннем порядке дезавуирован после того, как воспринят, он считается воспринятым адресатом (п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Для изменения предмета обязательства после осуществления выбора потребуется заключение соглашения сторон, если договор не оговаривает право на одностороннее изменение условий договора.

После осуществления выбора предмет обязательства считается кристаллизованным. То, что впоследствии должник не осуществит выбранное предоставление и нарушит тем самым обязательство, само по себе не отменяет сделанный выбор. Кредитор не сможет потребовать осуществления иного, альтернативного предоставления и будет вынужден использовать средства защиты, характерные для кристаллизованного по результатам выбора предмета обязательства.

Поскольку закон или условия обязательства не устанавливают иного, заявление о выборе может быть сделано в любой форме (п. 1 ст. 159 ГК РФ), в том числе путем конклюдентных действий. Так, например, выбор может быть осуществлен и предоставлением со стороны должника одного из альтернативных предметов обязательства, либо началом осуществления такого предоставления (п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). С момента, когда кредитор воспринял или должен был воспринять информацию о начале осуществления предоставления (например, получил сообщение об отправке первой партии товара или получил ее), выбор должника считается состоявшимся. Например, если речь шла об обязательстве либо поставить товар, либо выполнить работу, и должник осуществил выбор, отгрузив часть оговоренного товара, он не может отыграть назад и сделать выбор в пользу выполнения работ. Теперь его обязательство будет сводиться к поставке оставшейся части товара.

При этом в подобном конклюдентном действии, соединяющем фактическое осуществление предоставления с актом выбора, необходимо различать два акта: волеизъявление, направленное на выбор предмета исполнения, и фактическое предоставление выбранного предмета. Это разграничение крайне важно. Так, если один из этих актов не соответствует закону, данное обстоятельство само по себе не порочит и не дезавуирует другое. Например, если должник, имеющий право выбора, предоставляет вопреки программе договорных правоотношений лишь часть одного из предметов кредитору, последний вправе не принимать такое исполнение (см. ст. 311 ГК РФ и комментарий к ней). Однако вне зависимости от принятия (непринятия) такого частичного исполнения кредитором, волеизъявление должника на выбор должно считаться совершенным.

О последствиях неосуществления права выбора управомоченной стороной в соответствующий срок см. комментарий к ст. 320 ГК РФ.

2. Значение осуществления выбора (концентрации предмета)

Осуществление выбора прекращает альтернативность, превращая (модифицируя) обязательство в ординарное. Подобное изменение

устраняет свойственное для альтернативного обязательства состояние неопределенности и является естественной стадией его развития (динамики).

При этом осуществление выбора носит именно правоизменяющий характер. Прекращая альтернативность, оно не прекращает само обязательство. Соответственно, сохраняют свою силу и значение все «принадлежности» такого обязательства (например, возражения или дополнительные обязательства).

2.1. Ретроактивное действие концентрации

Комментируемая статья не содержит прямого указания на темпоральные аспекты действия акта выбора. Поскольку целью выбора является уточнение неопределенности предмета, но не прекращение обязательства и возникновение на его месте нового, судебная практика исходит из того, что акт выбора имеет обратную силу – выбранный предмет считается единственным предметом обязательства, существовавшим с самого начала. В п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 указано: «По смыслу статьи 308.1 ГК РФ при выборе управомоченным лицом одной из альтернативных обязанностей обязательство перестает быть альтернативным и считается, что оно состояло из выбранного действия (воздержания от действия) с момента его возникновения».

Так, если в качестве альтернатив выступали уплата денежной суммы или передача вещи, концентрация в пользу первой из альтернатив означает, что такое обязательство должно рассматриваться как денежное с самого момента его возникновения. Соответственно, согласно тому же разъяснению ВС РФ на сумму долга с момента его возникновения (а не с момента выбора) будут начисляться регулятивные проценты, если их начисление предусмотрено законом или договором и при этом иной момент начала их начисления не оговорен. Впрочем, спорным может оказаться вопрос о возможности начисления на ретроактивно начисленные регулятивные проценты процентов по правилам ст. 395 ГК РФ за период до осуществления выбора, а также применение к должнику иных санкций за своевременную неуплату таких регулятивных процентов в период до кристаллизации (например, акселерация долга по правилам ст. 811 ГК РФ), ведь до выбора этих дополнительных обязательств не существовало. То, что такие проценты были начислены за предшествующий период ретроактивно, нормально, но ретроактивное обнаружение еще и просрочки в погашении таких процентов кажется несправедливым.

Если выбор пал на осуществление денежного предоставления, на сумму основной задолженности будут начисляться предусмотрен-

ные указанной статьей охранительные проценты с момента просрочки, а не с момента возможно более позднего осуществления выбора (п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69).

2.2. Проблема ретроактивности акта выбора

Признаваемая отечественной правоприменительной практикой идея ретроактивности (обратной силы) концентрации предмета отвечает сущности акта выбора, а также соответствует общеевропейским тенденциям регулирования.

Вместе с тем нельзя не признать, что идея обратной силы вносит дополнительную сложность в и без того спорный вопрос квалификации договора, предусматривающего альтернативное обязательство по предоставлению, и применения к такому договору предписаний, посвященных поименованным договорным конструкциям, характерным для согласованных альтернатив (см. выше п. 1.2. настоящего комментария).

Ситуация выглядит еще более запутанной, если предположить, что ретроактивность совершенного выбора должна с неизбежностью влечь за собой переквалификацию заключенного сторонами договора. Однако такое предположение вовсе не является, на наш взгляд, самоочевидным и естественным продолжением ретроактивности акта выбора. И уж во всяком случае, из него не следует и не может следовать возможность переоценки действий, совершенных до концентрации предмета, *ex post*, исходя из образовавшегося в результате выбора договорного типа.

Дополнительная литература

Бернштейн К.И. Учение о разделительных обязательствах по римскому праву и новейшим законодательствам. СПб., 1871.

Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. Варшава, 1872.

Карпетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 3. С. 87–183.

Мельниченко О.А. Прекращение альтернативного обязательства зачетом // Законы России: опыт, анализ, практика. 2010. № 12. С. 37–44.

Новицкий И.Б., Луцк Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 122–129.

Петров В.С. Альтернативное обязательство по российскому гражданскому праву: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

Петров В.С. Правовая конструкция альтернативного обязательства // Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 3. С. 99–119

Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Ч. I: Теория об обязательствах / Пер. с фр. В.Ю. Гартмана. Петроков, 1911. С. 225–227

Пухан И. Альтернативные обязательства и *facultas alternativa* // Римское право / Пер. с макед. В.А. Томсинова, Ю.В. Филиппова; Под ред. В.А. Томсинова. М., 1999.

Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 534–559.

Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учебное пособие. 3-е изд., испр. и доп. М., 2020. С. 39–44.

Трепицын И.Н. Гражданское право губерний Царства Польского и Русское в связи с Проектом Гражданского Уложения. Общая часть обязательственного права. Варшава, 1914. С. 45 - 52

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1029–1033.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 262–265.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 262–265.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1447–1451.

Статья 308.2. Факультативное обязательство

Факультативным признается обязательство, по которому должнику предоставляется право заменить основное исполнение другим (факультативным) исполнением, предусмотренным условиями обязательства. В случае, если должник осуществляет свое право на замену исполнения, предусмотренного условиями обязательства, кредитор обязан принять от должника соответствующее исполнение по обязательству.

Комментарий

1. Общая характеристика

Статья 308.2 ГК РФ впервые закрепляет на законодательном уровне общее регулирование факультативных (заменительных) обязательств. Последние характеризуются тем, что имеют единственный предмет

обязательства, однако должник вправе заменить его другим предоставлением с заранее оговоренным предметом.

Сущность факультативного обязательства выражается в максиме *una res est in obligatione, duae autem in facultate solutionis* («один предмет в обязательстве, но два — в возможности исполнения»). Таким образом, множественность предметов факультативного обязательства отсутствует. Только одно из предоставлений является настоящим (основным) предметом обязательства. Другое же указывается как факультативный способ прекратить обязательство путем предоставления некоего суррогата.

По свойствам основного предмета определяется и характеристика факультативного обязательства в целом. Так, если основное предоставление неделимо, то и обязательство в целом тоже будет неделимо, несомтря на свойства факультативного предмета (суррогата).

Невозможность исполнения обязательства в части основного предмета исполнения (ст. 416 ГК РФ) прекращает обязательство (п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), невозможность же того действия, которое может служить заменой, не касается существа долга и не прекращает его.

1.1. Основания возникновения

Основанием возникновения факультативного обязательства в большинстве случаев выступает сделка: договор или односторонняя сделка (например, завещательный отказ).

Факультативное обязательство может основываться и на законе (см., например, абзац первый ст. 41 Положения о переводном и простом векселе 1937 г.).

Обязательство может сразу возникнуть как факультативное. Вместе с тем не исключена ситуация, когда изначально ординарное обязательство может по соглашению сторон быть модифицировано в факультативное (п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Примером последнего актуальная судебная практика считает заключение сторонами соглашения о предоставлении отступного (подробнее см. комментарий к ст. 409 ГК РФ). Так, в п. 3 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ указывает, что если моменты заключения соглашения о предоставлении отступного и фактического предоставления отступного не совпадают, исходное обязательство модифицируется в факультативное обязательство, по которому должник вправе вместо осуществления предмета своего обязательства предоставить отступное, тем самым погасив свой долг.

2. Право на замену

Ключевой характеристикой факультативного обязательства является право на замену. По прямому указанию ст. 308.2 ГК РФ данное

право принадлежит всегда и исключительно должнику. Кредитор имеет право требования лишь в отношении основного предмета исполнения (см. ст. 320.1 ГК РФ и комментарий к ней).

По своей правовой природе право на замену представляет собой секундарное (преобразовательное) право.

Такому праву на замену противостоит кредиторская обязанность кредитора принять факультативный предмет предоставления, если должник решит осуществить замену (п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Право на замену является несамостоятельным секундарным правом, его автономный оборот невозможен. При переводе долга или переходе долга в силу закона к новому должнику переходит и право на замену. При переходе требования к третьему лицу последнее будет вынуждено претерпевать выбор должника в пользу осуществления факультативного предоставления, если должник такой выбор решит осуществить.

2.1. Реализация права на замену

Реализация права на замену осуществляется посредством волеизъявления должника, являющегося по своей правовой природе односторонней сделкой. Но специфика данной сделки в том, что само по себе волеизъявление должника не влечет правоизменяющего или правопрекращающего эффекта. Право на замену будет считаться реализованным и прекратит обязательство только в момент фактического предоставления факультативного предмета (суррогата). До этого стороны остаются связанными условиями обязательства, и кредитор вправе требовать исполнения только и исключительно основным предметом.

При этом следует иметь в виду, что право на замену может, по всей видимости, быть реализовано должником только полностью. Если иное не установлено соглашением сторон, предоставление последним лишь части факультативного предмета не приводит ни к полному, ни к частичному прекращению обязательства. Обратный подход (пропорциональное погашение долга по мере передачи частей факультативного предоставления) встречается в судебной практике применительно к отступному (см. комментарий к ст. 409 ГК РФ), но он представляется не вполне логичным.

2.2. Ограничение от смежных конструкций

2.2.1. Факультативное и альтернативное обязательства

Факультативные обязательства следует ограничивать прежде всего от обязательств альтернативных, в которых правом выбора наделен должник (ст. 308.1 ГК РФ). Последние характеризуются наличием нескольких альтернативных предметов обязательства.

Практическая значимость различия между указанными категориями заключается в том числе в следующем. Во-первых, в альтернативном обязательстве в случае бездействия должника по общему правилу правом выбора наделяется кредитор и последний может выбрать любой из альтернативных предметов обязательства; соответственно, должник может быть принужден иском как к одному, так и к другому предоставлению (см. ст. 320 ГК РФ и комментарий к ней). В факультативном же обязательстве кредитор ни при каких условиях не может сделать выбор в отношении факультативного предоставления и, соответственно, иск им может быть предъявлен только в отношении основного предоставления, входящего в предмет обязательства, а «заменительное» предоставление зависит исключительно от воли должника (см. комментарий к ст. 320.1 ГК РФ). Во-вторых, в альтернативном обязательстве для осуществления права выбора должнику достаточно заявить о таком выборе, не осуществляя само предоставления. После того, как должник заявил о выборе, содержание обязательства кристаллизовано и ни должник не может осуществить альтернативное предоставление, ни кредитор не вправе его требовать. В обязательстве факультативном, как уже отмечалось, выбор должника осуществить факультативное предоставление считается совершенным только в случае фактического осуществления такого предоставления. Сами по себе заявления должника о желании осуществить факультативное предоставление никакого воздействия на содержание обязательственных правоотношений не оказывают.

2.2.2. Факультативное обязательство и отступное

Вопрос о соотношении конструкции факультативного обязательства и института отступного (ст. 409 ГК РФ) является достаточно сложным. Осуществление права на замену и предоставление должником суррогата (*facultas alternativa*) в факультативном обязательстве в принципе сходно с предоставлением отступного — в обоих случаях имеет место предоставление, которое не является задолженным.

Вопрос о природе соглашения о предоставлении отступного является в научном плане дискуссионным. Но в практике судов утвердилась позиция (п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), согласно которой при согласовании отсрочки передачи отступного между сторонами возникает именно факультативное обязательство. Из этого может быть теоретически сделан вывод, что единственный способ породить факультативное обязательство состоит в заключении соглашения об отступном.

Практическим следствием такого вывода может являться возможность применения правовых позиций ВС РФ, сформулированных

в отношении отступного (в частности, п. 2–9 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), в отношении любых факультативных обязательств.

Но в принципе можно пойти и иным путем, если мы будем считать, что соглашение об отступном заключается всегда и только уже после появления погашаемого обязательства (пусть и до начала просрочки) и направлено на создание условий для его погашения. Тогда заключение договора, изначально оговаривающего факультативное обязательство, не будет рассматриваться как порождающее обязательство с одновременным установлением возможности погасить его путем передачи заранее оговоренного отступного, и здесь будет налицо обычное соглашение о факультативном обязательстве. Если же стороны достигают соглашения о трансформации исходного долга в факультативный, то налицо действительно соглашение об отступном. Впрочем, вопрос о необходимости такой дифференциации спорен.

Дополнительная литература

Белов В.А. Факультативные обязательства // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3. С. 4–60.

Захаркина А.В. Факультативные обязательства по российскому гражданскому праву. М., 2017.

Карпетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 3. С. 148–155.

Павлов А.А. Тезисы к проблеме факультативных обязательств // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 16. Ярославль, 2009. С. 98–103.

Пухан И. Альтернативные обязательства и *facultas alternativa* // Римское право / Пер. с макед. В.А. Томсинова, Ю.В. Филиппова; Под ред. В.А. Томсинова. М., 1999.

Сарбаш С.В. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 3 (приложение). С. 10–66.

Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств: Учеб. пособие. 3-е изд., испр. и доп. М., 2020. С. 39–44.

Статья 308.3 Защита прав кредитора по обязательству

1. В случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, иными законами или договором либо не вытекает из существа обязательства. Суд по требованию кредитора вправе присудить в его пользу денежную сумму (пункт 1 статьи 330) на случай неисполнения указанного судебного акта в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения (пункт 4 статьи 1).

2. Защита кредитором своих прав в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи не освобождает должника от ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (глава 25).

Комментарий

1. Иск об исполнении обязательства в натуре

Комментируемая норма закрепляет правило, согласно которому кредитору по обязательству по общему правилу доступен иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре, т.е. иск, цель которого состоит в том, чтобы обеспечить реальное исполнение обязательства. Появление ст. 308.3 ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., разрешило важный и вызывавший ранее споры вопрос о сфере применения такого иска. Несмотря на упоминание иска об исполнении обязанности в натуре в ст. 12 ГК РФ, ранее существовала точка зрения, согласно которой такой иск доступен кредитору только в случаях, когда речь идет о присуждении к уплате денежного долга, об отобрании индивидуально-определенной вещи у должника на основании ст. 398 ГК РФ, либо когда право на присуждение к исполнению в натуре дает специальная норма закона. В рамках новой ст. 308.3 ГК РФ доступность по общему правилу кредитору возможности подать такой иск и рассчитывать на его удовлетворение окончательно подтверждена, а иное может вытекать из закона, договора или существа обязательства.

Решение российского законодателя установить доступность иска о присуждении к исполнению обязательства в натуре в качестве общего правила и допустить исключения, когда это вытекает из закона, договора и существа обязательства, является правильным. Оно в общем и целом соответствует доминирующему сейчас в цивилистической традиции континентально-европейских стран подходу. Классическое римское право допускало взыскание денежного долга,

но не поддерживало идею о допущении иска о понуждении должника к исполнению неденежного обязательства в натуре, сводя защиту прав кредитора по таким обязательствам к взысканию убытков. Но в результате эволюции континентально-европейской догматики в период Средневековья и Нового времени восторжествовал обратный подход, и принцип реального исполнения обязательств стал признаваться и даже в каком-то смысле выходить на первый план. В результате в континентально-европейских странах сейчас, как правило, признается, что кредитор должен иметь выбор между защитой своего права за счет, во-первых, организационных средств защиты (расторжение договора, приостановление встречного исполнения); во-вторых, обращения к компенсационным механизмам (взыскание убытков, неустойки), которые реализуют модель защиты права, именуемую в литературе по экономическому анализу права нередко *liability rule*; в-третьих, принуждения должника к исполнению обязательства в натуре (модель *property rule*). В большинстве континентально-европейских стран такой иск допускается не только в случае взыскания денежного долга, но и в форме принуждения к исполнению неденежного обязательства в натуре в качестве общего правила. В то же время данное правило обычно знает ряд исключений, а сам такой иск используется кредиторами не часто, в основном тогда, когда разрыв договорной связи и взыскание убытков вместо реального исполнения эффективно кредитора не защищает.

Международные акты унификации договорного права также идут по этому же пути, устанавливая доступность иска о принуждении к исполнению обязательства в натуре в качестве общего правила как для денежных, так и неденежных обязательств, но допускают исключения. При этом авторы таких международных актов, в отличие от российского законодателя, пытаются эти исключения обозначить прямо, не скрываясь за оценочным понятием существа обязательства (ст. 7.2.1 и 7.2.2 Принципов УНИДРУА, ст. III.—3:301 и III.—3:302 Модельных правил европейского частного права).

Надо иметь в виду, что в странах англосаксонской правовой традиции в качестве общего правила установлено ограничение на удовлетворение таких исков применительно к неденежным обязательствам. Классическое английское право (*common law*) — как и классическое римское право — в принципе не допускало принуждение к исполнению неденежных обязательств в натуре. Со временем в рамках права справедливости (*law of equity*) была признана доступность кредитору опции принуждения должника к исполнению его неденежного обязательства в натуре, но лишь в качестве исключения из этого общего

правила, доступного в ограниченных случаях и с учетом соблюдения ряда условий.

По сути, правопорядки, стартуя с диаметрально противоположных позиций, пытаются нащупать те ситуации, когда такой иск удовлетворять целесообразно, а когда нет. Просто одни стартуют с позиции общего правила о доступности такого способа защиты, а другие — с обратной позиции.

Иногда выдвигается идея о необходимости возвращения к римским истокам или стандартам классического английского общего права, допущения только компенсационной защиты прав по неденежным обязательствам и блокирования кредитору доступа к принуждению к исполнению в натуре в связи с тем, что принуждение к осуществлению обещанного неденежного предоставления является неприемлемым ограничением свободы. Предлагается считать, что обязательство предполагает не более чем право кредитора на взыскание убытков в случае неисполнения должником обещанного. Но если быть последовательным при реализации классического римского решения и при этом не допускать по общему правилу взыскание карательных компенсаций, значительно превосходящих возможные убытки кредитора, мы должны будем поощрять умышленное эффективное нарушение договора (*efficient breach*). И, действительно, при узком взгляде на проблему может показаться, что в ситуации, когда убытки должника от сохранения и исполнения программы договорных правоотношений превышают убытки кредитора от разрыва или изменения условий, исполнение договора на заранее согласованных условиях порождает снижение экономического благосостояния (экономически неэффективно), и поэтому если мы блокируем сверхкомпенсации и возможность понуждения к исполнению в натуре, мы *de facto* создаем правовые условия для стимулирования таких эффективных нарушений: кредитор — де взыщет с должника свои убытки, получит в деньгах суррогат своего позитивного интереса и, как минимум, не проиграет, а должник, возместив убытки по суду, все равно останется в выигрыше. В итоге никто не останется обиженным, общее экономическое благосостояние вырастет (с точки зрения критерия эффективности по Парето).

Соответственно, в мире, в котором не допускается принуждение к исполнению в натуре и заблокированы сверхкомпенсационные денежные взыскания, любой рационально мыслящий должник, не обремененный моральными и репутационными ограничениями, всегда может отказаться исполнять свое обязательство при готовности покрыть убытки кредитора, которые тот сможет доказать в суде. В итоге сторо-

на договора будет заявлять отказ от исполнения или просто цинично игнорировать его условия каждый раз, когда предполагаемые убытки кредитора от срыва договорной программы, которые последний сможет, вероятнее всего, доказать, меньше выгоды должника, возникающей в связи с уклонением от исполнения. Ведь все равно у кредитора не останется иных средств защиты, кроме как взыскание убытков.

Но такой подход страдает тем недостатком, что альтернатива в виде защиты по модели *liability rule* (взыскание убытков) в большинстве случаев не позволяет эффективно защитить права кредитора, так как доказывание и взыскание всех убытков зачастую затруднено и, как правило, при взыскании убытков налицо недокомпенсация. Идея эффективного нарушения спотыкается на вопросе об ограниченных доказательственных возможностях потерпевшего контрагента. Нередко позитивный интерес кредитора не может быть адекватно измерен в деньгах, определение денежного эквивалента затруднено из-за уникальности предмета предоставления, многие реально возникающие убытки в результате срыва договорной программы не удастся доказать в силу отдаленности причинной связи, а также в силу ряда иных объективных сложностей.

Осознавая, что доказать все свои убытки в суде кредитор не сможет, должник может решаться на отказ от исполнения договора и трансформацию своего регулятивного долга в ответственность не только когда нарушение и умышленные изменение или разрыв договорной связи эффективны, но и в случаях, когда убытки кредитора объективно намного выше, но просто с трудом доказуемы. Чем ярче в конкретной стране выражены проблемы доказывания убытков, тем меньше *ожидаемая* (т.е. поправленная на вероятность присуждения) компенсация, которую должник должен будет выплачивать в случае срыва договора. При этом люди при принятии решений опираются на ожидаемое (т.е. помноженное на вероятность) значение издержек от принятия решения. Поэтому идея легализации свободы выхода из договорной программы или ее циничного игнорирования при условии готовности возмещения убытков, которые кредитор сможет доказать в суде (а именно это и происходит в случае тотального блокирования иска об исполнении в натуре в сочетании с запретом на сверхкомпенсационные взыскания), кажется неверной в качестве общего и универсального правила. В реальном мире, в котором доказывание убытков представляет собой серьезнейшую проблему, никакого приращения экономической эффективности при реализации теории эффективного нарушения не произойдет. Вместо этого запрет на понуждение к исполнению в натуре в сочетании с запретом на взыскание карательных

компенсаций будет стимулировать совершение множества в реальности неэффективных нарушений, увеличивать общее число нарушений договоров, подрывать договорную дисциплину и в долгосрочной перспективе подрывать социальный капитал, доверие и готовность полагаться на обещания партнеров. Посылая участникам оборота такие неправильные сигналы, объявляя порочное с моральной точки зрения (неверность своему слову) нормальным и даже достойным, мы будем способствовать дестабилизации оборота и хрупкости обязательственных связей. На договорные права станет сложнее опираться.

В тех случаях, когда кредитору доступен иск о принуждении к исполнению в натуре, должник, пожелавший выйти из договора, вынужден обращаться к кредитору с предложением добровольного расторжения и вступать с ним в переговоры о размере компенсации за разрыв контракта *ex ante*, достижение добровольного соглашения гарантирует, что все реально возникающие убытки кредитора будут покрыты. Если добровольное расторжение произошло, значит, кредитору была предложена компенсация, которая превышает его убытки, а раз должник готов такую компенсацию предложить, значит его выгода от разрыва договора выше убытков кредитора, и расторжение действительно экономически эффективно. В итоге доступность кредитору такого иска создает для должника стимулы не к оппортунистическому нарушению обязательства с предложением кредитору идти в суд и мучительно доказывать свои убытки, а к вступлению в переговоры с кредитором и цивилизованному разрыву контракта по соглашению с ним и предварительной выплатой справедливой и достаточной компенсации.

В то же время действительно в целом ряде случаев против допущения принуждения к исполнению обязательства в натуре может быть выдвинуто множество дополнительных аргументов. Поэтому нам не избежать поиска неких более тонких правил, основанных на балансе аргументов за и против принуждения и интересов сторон. Допущение иска об исполнении обязательства в натуре не может быть универсальным, а может допускаться только в тех или иных пределах. Поиск этих пределов все известные правопорядки, включая английское право, давно ушедшее от тотального запрещения таких исков, и российское право в том числе, мучительно занимают.

При этом следует учитывать, что в случае, когда в силу закона, договора или существа обязательства кредитору недоступен иск о принуждении к исполнению в натуре, обязательство не превращается в натуральное, и кредитор не оказывается беззащитным, так как ему остается доступным универсальный способ защиты — право на вызы-

скание убытков (а также в ряде случаев и иные средства защиты, такие как взыскание неустойки, приостановление встречного исполнения, расторжение договора и возврат того имущества, которое он сам предоставил должнику в обмен на обещанное, но не осуществленное предоставление).

В российской судебной практике иски об исполнении неденежных обязательств в натуре встречаются не так часто, как иски о взыскании основного долга. Тем не менее такие иски нередко заявляются и иногда поддерживались и поддерживаются в практике высших судебных инстанций (см.: п. 61 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 (истребование в натуре недвижимости, не переданной продавцом по договору купли-продажи, и принудительная регистрация перехода права собственности на покупателя); постановления Президиума ВАС РФ от 11 апреля 2000 г. № 6056/99, от 30 мая 2000 г. № 6088/99, Определение СКЭС ВС РФ от 30 октября 2017 г. № 305-ЭС17-10397 (удовлетворены иски о поставке товара в натуре); постановления Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2002 г. № 7715/01 (удовлетворен иск о принуждении энергоснабжающей организации к исполнению своих обязательств), от 28 июля 2011 г. № 3024/11 (признан допустимым иск об устранении дефектов в выполненных работах в натуре), от 2 апреля 2013 г. № 17195/12 (признан допустимым иск об устранении недостатков в проектной документации в натуре); определения СКЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. № 305-ЭС16-14210 (удовлетворено требование о понуждении к предоставлению банковской гарантии), от 24 октября 2017 г. № 308-ЭС17-8172 (должник присужден к выполнению работ по восстановлению пункта геодезической сети), от 7 декабря 2017 г. № 310-ЭС17-12472 (имело место замещение воли должника на подписание акта о распределении долей в рамках общей долевой собственности); определения СКГД ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54 (удовлетворено требование о понуждении cedenta к уступке права требования), от 10 апреля 2018 г. № 71-КГ18-3 (удовлетворен иск о принуждении к технологическому присоединению).

1.1. Вариации иска об исполнении в натуре и его отличия от других способов защиты

Исполнение в натуре — это по большей части иск о присуждении, которое состоит либо в принуждении должника к тому или иному поведению, удовлетворяющему обязательственное притязание кредитора (например, принуждение к осуществлению гарантийного ремонта), либо к непосредственному доставлению кредитору за счет должника того результата, который должник должен был обеспечить (например, присуждение к переоформлению подлежащих отчуждению акций

на покупателя). В контексте ситуаций принуждения к совершению волеизъявления такой иск приобретает черты преобразовательного иска, поскольку доставление кредитору обещанного результата в виде необходимого волеизъявления должника осуществляется за счет вынесения волезамещающего решения суда, принудительное исполнение которого в принципе не предполагается.

Кроме того, к требованиям об исполнении в натуре относят не только исполнение должного при полном отсутствии исполнения до этого (поставить товар, выполнить работы, возвратить арендованную вещь), но и устранение недостатков, допущенных в ранее осуществленном предоставлении. На такую квалификацию иска об устранении недостатков прямо указывает и п. 2 ст. III.–3:302 Модельных правил европейского частного права.

Иск о регистрации перехода права собственности на покупателя в соответствующих реестрах также представляет собой разновидность обсуждаемого здесь иска о понуждении к исполнению обязанности в натуре. Если недвижимость не была передана во владение покупателя, он вправе подавать иск о принудительной регистрации перехода права собственности в соответствии с п. 3 ст. 551 ГК РФ вместе с требованием об истребовании недвижимости из владения продавца по правилам ст. 398 ГК РФ. Вынесенное судом решение станет правовым основанием для регистрации вместо заявления продавца. Если же покупатель уже вступил во владение недвижимостью, он вправе подать самостоятельный иск о регистрации перехода права собственности. Впрочем, очевидно, что обязанность подать заявление о регистрации перехода права в случае, когда продавец уже передал владение покупателю, обладает определенной спецификой: например, встает вопрос об уместности применения правил об исковой давности к такому требованию (подробнее см. комментарий к ст. 398 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Аналогичный иск о регистрации перехода права может быть заявлен при уклонении от подачи должником соответствующих распорядительных волеизъявлений, направленных на регистрацию перехода права на иные регистрируемые имущественные права (например, такое требование в отношении бездокументарных ценных бумаг и доли в ООО может быть заявлено в соответствии с правилами п. 4 ст. 149.2 ГК РФ и п. 11 ст. 21 Закона об ООО).

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 398 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Понуждение к воздержанию от каких-либо действий в соответствии с п. 6 ст. 393 ГК РФ (о пресечении соответствующих действий), если такое воздержание входило в предмет обязательства должника, также может быть признано разновидностью данного иска, но здесь больше оснований видеть частное проявление иного способа защиты, упомянутого в ст. 12 ГК РФ, а именно — «пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения» (подробнее об иске о пресечении поведения, нарушающего негативное обязательство или создающего угрозу такого нарушения, см. комментарий к п. 6 ст. 393 ГК РФ).

Та же дуалистическая природа обнаруживается и применительно к требованию о возмещении ущерба деликтным иском. С одной стороны, такой иск понуждает делинквента к исполнению своего вытекающего из закона охранительного обязательства (в денежной форме или согласно ст. 1082 ГК РФ в натуре), но с другой — мы здесь имеем реализацию таких упомянутых в ст. 12 ГК РФ способов защиты, как восстановление положения, существовавшего до нарушения права (в случае возмещения вреда в натуре), а также взыскание убытков (в случае возмещения вреда в деньгах).

При первом приближении может показаться, что этот иск подразумевает исключительно неденежное исполнение. Но это не совсем так. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре имеет место и тогда, когда истец требует погашения денежного долга. В ст. 12 ГК РФ, где перечисляются признаваемые правом способы защиты гражданских прав, не упоминается такой способ защиты, как взыскание основного денежного долга, но при этом упоминается иск о присуждении к исполнению обязанности в натуре. Именно к последней категории исков и следует относить иск о взыскании основного долга, поскольку посредством такого иска кредитор принуждает ответчика к исполнению своей основной обязанности, к осуществлению того предоставления, которое он обязался осуществить. Тот факт, что судебная практика избегает применения такого понятия в отношении денежных обязательств и предпочитает использовать термин «взыскание долга / задолженности», связан с тем, что сочетание слов «в натуре» с семантической точки зрения не вполне сочетается с денежным долгом.

Иск об исполнении обязательства в натуре следует отличать от иска о признании права. Если на основании договора купли-продажи недвижимости продавец обязан передать покупателю все здание или помещение в нем во владение и перенести собственность, обратившись в ЕГРН, но не делает этого, покупатель истребует владение и добивается

регистрации перехода права не путем подачи иска о признании права. И отобрание вещи, и регистрация перехода права собственности — это иски о присуждении. Пока решение не будет исполнено и право собственности не будет зарегистрировано за покупателем, последний согласно подходу, отраженному в ГК РФ (ст. 8.1 и п. 2 ст. 223 ГК РФ), хотя и оспариваемому рядом цивилистов, не является собственником. А если на момент обращения в суд он не собственник, то и иск о признании права предъявлять некорректно. То же и с отчуждением акций, доли в ООО или регистрируемого объекта интеллектуальной собственности: подаваемый покупателем иск, направленный на переоформление акций, доли в ООО или, скажем, патента в соответствующем реестре, не означает, что истец просит суд констатировать, что истец являлся к моменту обращения в суд обладателем данного имущественного права; истец просит, чтобы ему *присудили* данное право. Впрочем, на практике покупатели нередко подают в таких ситуациях иски о признании права собственности. Если объект уже существует и у ответчика имеется распорядительная власть, некорректная формулировка иска не имеет особого значения: суд просто должен переквалифицировать поданный иск в иск об отобрании или регистрации перехода права собственности и рассмотреть его в рамках такой квалификации (подробнее на сей счет см. комментарий к ст. 398 ГК РФ).

1.2. Позитивные предпосылки для удовлетворения иска

Для того чтобы можно было обсуждать удовлетворение иска о понуждении к исполнению обязательства должника, должен быть соблюден ряд условий, как материально-правовых (например, отсутствие обоснованного возражения должника о пропуске давности), так и процессуальных (например, соблюдение правил подсудности).

В частности, для осуществления права кредитора на присуждение к исполнению в натуре в судебном порядке необходимо, чтобы:

- существовало то самое обязательство;
- обязательственное требование подлежало судебной защите и не относилось к категории натуральных;
- по общему правилу обязательство созрело, и должник находится в просрочке по данному обязательству (впрочем, здесь мыслимы некоторые исключения).

1.2.1. Обязательство, к исполнению которого возможно принуждение

Особенностью требования об исполнении обязанности в натуре является то, что притязание вытекает из обязательственных отношений, т.е. относительного правоотношения, в котором обязанности должника противостоит право требования кредитора. Основанием для возникновения такого правоотношения являются сделка (как договор,

так и одностороннее волеизъявление) или накопление иного фактического состава (подробнее об основаниях возникновения обязательства см. комментарий к п. 2 ст. 307 ГК РФ).

Например, требование об исполнении обязанности имеет место при истребовании неосновательного обогащения. Это может быть и взыскание денежного кондикционного долга, и присуждение к возврату иного имущества, являвшегося предметом неосновательного обогащения (п. 1 ст. 1104 ГК РФ).

Различные обязанности, являющиеся составным элементом обязательственной связи между конкретными лицами, могут возникать в силу множества иных законодательных предписаний. Например, для управляющей организации предусмотрена обязанность передать техническую документацию на многоквартирный дом и иные связанные с управлением таким домом документы вновь выбранной управляющей организации (ч. 10 ст. 162 ЖК РФ, Постановление Президиума ВАС РФ от 30 марта 2010 г. № 17074/09). Также по смыслу п. 7 ст. 213.26 Закона о банкротстве для включения в конкурсную массу общего имущества, перешедшего супругу должника по результатам изменения режима собственности внесудебным соглашением о разделе имущества, должник обязан передать все полученное им общее имущество финансовому управляющему должника. При уклонении супруга от передачи полученного финансовый управляющий вправе требовать отобрания этого имущества у супруга применительно к правилам п. 3 ст. 308.3 ГК РФ (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 48).

В частности, иск об исполнении в натуре допустим также при уклонении от исполнения корпоративного обязательства. Основанием для такого вывода является п. 3 ст. 307.1 ГК РФ, согласно которому общие положения об обязательствах (т.е. и ст. 308.3 ГК РФ) применяются к требованиям, возникшим из корпоративных отношений (поскольку иное не установлено ГК РФ, иными законами или не вытекает из существа соответствующих отношений). Из корпоративных правоотношений вытекает большое количество исков о признании, преобразовательных исков и исков о присуждении. Если с помощью иска одна из сторон корпоративных отношений пытается добиться осуществления предоставления, входящего в предмет соответствующей корпоративной обязанности другой стороны таких правоотношений, мы имеем иск об исполнении обязательства в натуре.

Иск об исполнении в натуре может, в частности, заявляться:

– об обязанности общества предоставить информацию по иску участника / акционера;

- о выплате действительной стоимости доли при исключении участника;
- о выплате начисленных дивидендов;
- об истребовании у бывшего директора документов, относящихся к деятельности юридического лица, в том числе и арбитражным управляющим (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53);
- об обязанности провести общее собрание участников общества (п. 8 ст. 55 Закона об АО, Постановление Президиума ВАС РФ от 23 октября 2012 г. № 7508/12);
- о понуждении общества включить предложенный вопрос в повестку дня общего собрания акционеров (п. 6 ст. 53 Закона об АО).

1.2.2. Допустимость судебной защиты

Для удовлетворения иска необходимо установить, что обязательство в принципе подлежит судебной защите. Если должник проиграл свой автомобиль в карты, иск об истребовании автомобиля подлежит отклонению, так как такое обязательство носит натуральный характер (ст. 1062 ГК РФ).

1.2.3. Созревание обязательства

По общему правилу для удовлетворения иска необходимо, чтобы должник ранее нарушил соответствующее обязательство и находился в просрочке, не имея права приостановить исполнение, противопоставив его требованию кредитора.

Например, притязание об истребовании у должника вещей, подлежащих передаче кредитору, будет оставлено без удовлетворения, если срок исполнения данного обязательства не истек.

То же касается и ситуации реализации должником права приостановить свое исполнение в случае, когда истец должен был исполнить свое встречное обязательство первым по очереди, но не исполнил свое обязательство. Ведь при приостановлении исполнения срок исполнения обязательства той стороны, которая осуществляет приостановление, смещается. Например, если по условиям договора покупатель должен был внести предоплату, но не внес ее, его иск об истребовании у продавца вещи будет отклонен (подробнее см. комментарий к ст. 328 ГК РФ).

По этой же причине от должника недопустимо требовать совершения каких-либо действий, если возможность их осуществления поставлена в зависимость от исполнения кредитором своих кредиторских обязанностей, которые к моменту рассмотрения спора не были выполнены (ст. 406 ГК РФ). Обоснование достаточно простое: при просрочке кредитора в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ нет просрочки должника, т.е. нет факта нарушения обязательства. А если должник не нарушает обяза-

тельство, то кредитор и не может прибегнуть к такому способу защиты своего права, как понуждение к исполнению обязанности в натуре. Если заказчик не передал подрядчику вещь для ремонта, то он и не может требовать осуществления ремонта в натуре.

Мыслимы ли исключения из правила о том, что присуждение к исполнению в натуре предполагает созревший характер обязательства должника, наличие просрочки и отсутствие у должника права отложить собственное исполнение? Как представляется, да.

Во-первых, можно допустить исключения для случаев, когда исполнение кредиторской обязанности, обуславливающей исполнение должником его обязательства, неактуально для случая принудительного исполнения решения. Если, например, кредитор подал иск о взыскании долга, а должник заявляет о том, что он не платил из-за невыставления кредитором счета на оплату, к которому была привязана оплата, это может привести к освобождению должника от просрочки по п. 3 ст. 405 ГК РФ, но вряд ли в такой ситуации есть основания для отказа в иске о взыскании самого долга.

Другой пример: иногда у должника может быть эффективное возражение против удовлетворения требования кредитора в силу неопределенности фигуры кредитора, но далее один из претендентов на требование заявляет иск к должнику и суд находит его притязание на обладание требованием обоснованным. В такой ситуации, несмотря на то что до момента вынесения решения должник в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ был вправе приостановить исполнение, это не препятствует удовлетворению иска.

Во-вторых, иногда у должника может быть эффективное возражение против удовлетворения требования кредитора в связи с неисполнением встречного обязательства кредитором, и должник может легитимно приостановить исполнение до получения исполнения от кредитора, но это может не стать препятствием к удовлетворению иска, если суд присудит обе стороны к взаимному осуществлению встречных предоставлений. Такая ситуация возможна в случаях, когда в силу программы договорных правоотношений обмен встречными предоставлениями должен быть одновременным, либо в некоторых иных схожих ситуациях. Например, такая ситуация складывается при удовлетворении иска об исполнении реверсивного обязательства по возврату полученного имущества в сценарии расторжения sinalлагматического договора, по которому ранее были осуществлены встречные предоставления. Так, если покупатель заявил правомерный отказ от договора, обнаружив в вещи существенный дефект, и продавец не оспаривает отказ, но заявляет требование о возврате вещи, покупатель вправе не возвращать вещь до возврата упла-

ченной им цены, но между сторонами может быть спор о том, возврат какой суммы причитается покупателю. В такой ситуации суд согласно складывающейся сейчас в России судебной практике должен вынести решение о взаимном возврате имущества, присуждая покупателя вернуть вещь и продавца вернуть предоплату (по модели двусторонней реституции по недействительному договору) и установив в резолютивной части решения очередность и порядок взаимного возврата полученного. Например, суд может постановить, что в начале продавец вносит положенную сумму на депозитный счет приставов, и только затем созревают условия для эффективного принудительного исполнения той части решения, которая касается истребования у покупателя проданной вещи (подробнее см. комментарий к ст. 328 ГК РФ). Получается, что у покупателя в этом примере право приостановить исполнение будет сохраняться даже на момент вступления в силу решения суда о присуждении, но это не будет формальным барьером для вынесения решения о присуждении, если принудительная сила судебного акта поставлена под условие.

В-третьих, принуждение к исполнению обязательства, срок исполнения которого формально не истек, может теоретически обсуждаться в ситуации, когда должник заранее объявляет, что исполнять обязательство не будет. Логично ли заставлять кредитора ждать наступления просрочки для подачи иска? Не логичнее ли дать ему право подать иск в такой ситуации заранее, превентивно и получить судебное решение о присуждении с указанием соответствующего срока исполнения (если решение суда вступит в силу ранее наступления срока)? Ведь иначе кредитор столкнется с серьезной задержкой, так как судебное разбирательство требует времени. Позитивный же интерес кредитора в получении решения о присуждении на будущее, которое позволит перейти к принудительному исполнению сразу после начала просрочки, при первом приближении кажется заслуживающим защиты.

Мыслимы и иные ситуации, в которых может показаться разумным предоставить кредитору возможность заявления иска о понуждении к исполнению в натуре еще не созревшего обязательства. Например, когда арендодатель правомерно уведомил арендатора о прекращении договора по истечении определенного срока и становится очевидным, что по окончании этого срока арендатор предмет аренды не вернет (арендатор начал оспаривать отказ арендодателя или иным образом проявляет свое несогласие).

Но сложность с реализацией такого сценария состоит в том, что за период между вынесением решения и наступления срока исполнения у должника могут возникнуть возражения против удовлетворения

требования, либо само обязательство должника, которое он отказывается исполнять, поставлено под условие встречного исполнения или иное условие. Например, представим, что страховщик до наступления страхового случая заявляет, что отказывается платить, если случай наступит: возможно ли удовлетворение превентивного иска о взыскании под условием наступления страхового случая?

Данный вопрос достаточно непрост, ибо удовлетворение такого превентивного иска о присуждении неминуемо будет во многих случаях означать вынесение условного решения суда, сама возможность которых в российском процессуальном праве ставится под сомнение. Такая возможность, тем не менее, видимо, может допускаться, если у кредитора имеется заслуживающий защиты интерес в превентивном присуждении. В этом случае суд выносит решение и указывает срок и (или) условия его принудительного исполнения.

В-четвертых, возможны ситуации, когда должник не исполняет некий длящийся договор, предполагающий пролонгированное исполнение (по месяцам, по частям и т.п.), и имеет место просрочка в части одного из периодов или частей исполнения, а кредитор, столкнувшись с просрочкой, подает иск о понуждении к исполнению не только или даже не столько той части предоставления, по которой должник уже допустил просрочку (в ряде случаев в этом просто может отсутствовать смысл), сколько требование исполнять обязательство в будущем согласно согласованному в договоре графику и иным условиям? В таких ситуациях кредитор хочет добиться того, чтобы должник не просто приступил к исполнению, но и далее не впадал в «рецидив».

Например, может ли покупатель, не получивший первую из 100 запланированных партий, потребовать поставки не только этой первой партии, но и принуждения ответчика к дальнейшему соблюдению графика отгрузки? Если арендодатель, сдавший арендатору помещение в торговом центре, не исполняет свое обязательство по обеспечению функционирования парковки на территории перед торговым центром, может ли арендатор подать иск, предметом которого будет не только принуждение к открытию такой парковки, но и принуждение арендодателя в течение 10 лет предстоящей аренды соблюдать данное обязательство? Ведь иначе, выиграв иск о присуждении, кредитор может столкнуться с тем, что решение будет исполнено, но должник опять повторит нарушение.

Предъявление требований на будущее допускается в рамках исков о взыскании периодических платежей (алименты, рента, выплата регулярного возмещения за вред, причиненный здоровью). Но что насчет иных подобных случаев?

В Определении СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2019 г. № 306-ЭС18-20653 признано допустимым требовать не только пресечения действий, угрожающих нарушением права, но и пресечения попыток уменьшить объем деятельности по сравнению с текущим (ограничить режим потребления энергии). По сути, суд признал возможным рассмотрение иска об обязанности продолжить энергоснабжение на текущем уровне. Президиум ВАС РФ прямо допускал понуждение должника к исполнению договора энергоснабжения, предусматривающего поставку энергии в течение предстоящего года, причем ВАС РФ не выяснял, не предусматривает ли договор внесение авансов за каждый предстоящий месяц (Постановление Президиума ВАС РФ от 15 февраля 2002 г. № 7715/01).

Легитимный интерес кредитора в таких ситуациях может заключаться в предотвращении предвидимого будущего нарушения (в том числе на фоне делящихся отношений с должником, предусматривающих повторяющееся исполнение). Разрешение предъявления подобных требований может показаться целесообразным, так как позволит избежать многочисленных разбирательств в отношении аналогичных требований, ясность в отношении которых может быть установлена еще в первом процессе как минимум, и есть основания полагать, что допущенные нарушения будут повторяться в будущем.

Но заслуживающий внимания интерес должника в таких ситуациях заключается в том, что в период между вынесением решения о присуждении к будущему исполнению и наступлением срока для исполнения у должника могут возникнуть возражения против требования кредитора, которые могли бы привести к отклонению иска. Например, что делать, если суд присудил энергоснабжающую организацию к обеспечению согласованного объема предоставления на период до истечения срока договора, но далее потребитель перестал платить, и энергоснабжающая организация пытается приостановить подачу энергии. Не будет ли такое приостановление нарушением судебного решения? Здесь явно требуются определенные процессуальные гарантии уточнения обязательной силы судебного акта, реализация которых возможна, видимо, путем обращения в суд, вынесший решение (например, с заявлением о приостановлении исполнения решения суда на тот или иной период), либо допущения вынесения изначально условного решения, присуждающего к исполнению на будущее при условии созревания всех оснований для исполнения.

В некоторых иностранных правопорядках процессуальные кодексы предусматривают специальные положения относительно возможности судебной реализации будущих требований в ряде случаев и с рядом

оговорок (например, в Германии). Но в контексте российского процессуального права вопрос о процессуальном обеспечении таких исков заслуживает обсуждения.

Впрочем, все эти вопросы требуют серьезной проработки с участием специалистов в процессуальном праве.

1.3. Абсолютные препятствия к удовлетворению иска

Несмотря на то что данный иск согласно комментируемой норме является доступным кредитору по общему правилу, следует обратить внимание на целый ряд важных ограничений. Некоторые из них однозначно признаны в российском праве, другие являются предметом дискуссий. Количество таких исключений значительно, так что на практике подобные иски оказываются доступны далеко не всегда.

1.3.1. Наличие прямого законодательного ограничения

Необходимо учитывать, что, несмотря на наличие общего правила, допускающего присуждение к исполнению обязательства в натуре, специальные нормы могут исключить указанное средство защиты. Это следует и из положений ст. 308.3 ГК РФ, которые говорят, что такой иск в случае нарушения обязательства допускается, если иное не установлено в законе.

Есть ли такие примеры?

В соответствии со ст. 557 ГК РФ в случае передачи продавцом покупателю недвижимости, не соответствующей условиям договора продажи недвижимости о ее качестве, покупатель не вправе требовать замены товара ненадлежащего качества на товар, соответствующий договору. Впрочем, данное ограничение в полной мере вытекает из существа отношений и признавалось бы, даже если бы данной нормы не было. Если предметом обязательства является передача индивидуально-определенной вещи или иного уникального имущества, передача произошла, но имущество носит дефектный характер, кредитор не может требовать осуществить повторное предоставление. Вместо этого он в ряде случаев может требовать устранения дефекта в натуре.

Примеры же, когда само присуждение к исполнению в натуре может быть помыслено, но специальная норма закона такой способ защиты специально блокирует, обнаружить затруднительно.

1.3.2. Неопределенность предмета требования

Вне зависимости от основания возникновения требования об исполнении в натуре крайне важно, чтобы его предмет был определен. Конечно, требование об определенности / определенности предмета обязательства является безусловным для самого существования обязательства, однако применительно к иску об исполнении в натуре оно принимает более жесткую форму. Если обязательство может иметь

не определенное, а определимое к моменту исполнения содержание (включая ситуации, когда определение содержания обязательства осуществляется за счет применения таких оценочных критериев, как разумность усилий или добросовестность), предмет иска не может быть определен — он должен быть четко определенным. Недостаточная определенность требуемых по суду действий не позволяет удовлетворить иск о понуждении должника к исполнению в натуре.

Так, если из просительной части иска о понуждении к исполнению в натуре не будет четко и однозначно вытекать, присуждения чего требует истец, это может явиться самостоятельным основанием для отказа в иске ввиду потенциальной неисполнимости судебного акта. Так, например, согласно п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г. № 49 возможность возложения на ответчика обязанности по восстановлению нарушенного состояния окружающей среды поставлена в зависимость от наличия проекта восстановительных работ, разработанного и утвержденного с соблюдением требований действующего законодательства. Следовательно, суд, удовлетворяя требование о возмещении вреда в натуре, должен основываться на соответствующем проекте и указать на него в резолютивной части решения. Эта позиция касается такого способа защиты, как восстановление состояния, имевшего место до нарушения, но она применима и к искам о присуждении к исполнению обязанности в натуре.

По этим причинам суд должен отказать в удовлетворении требований о понуждении к исполнению в натуре обязанности директора управлять обществом разумно и добросовестно. Данная обязанность установлена в законе, но удовлетворение требования о понуждении к исполнению такой неопределенной обязанности немыслимо. Если кредитор убедил суд, что из этого общего стандарта поведения вытекает конкретное действие и требует его совершения в натуре, допустимость иска о понуждении к совершению такого действия может обсуждаться. Но если кредитор потребовал в судебном порядке заставить директора вести себя разумно, не конкретизируя данное притязание, в иске должно быть отказано. Суд не может выносить решение со столь неопределенной резолютивной частью, так как судебное решение должно разрешать спор, а не порождать новые раунды разногласий о том, что, собственно, подразумевается в таком решении. Иначе говоря, данное ограничение вытекает из принципа эффективности правосудия.

1.3.3. Наличие договорного ограничения

В силу прямого указания в п. 1 ст. 308.3 ГК РФ стороны вправе в своем соглашении заблокировать возможность удовлетворения иска об исполнении обязательства в натуре. Это в полной мере соответствует

принципу свободы договора и не нарушает баланс интересов сторон, если речь идет об исключении возможности понудить к исполнению неденежного обязательства, и при этом договор не исключает право расторжения договора и возврат предоставленного должнику встречного исполнения, а также взыскание убытков. Так, например, договор купли-продажи может исключить право покупателя требовать поставки оплаченного товара в натуре, если при этом у покупателя остается возможность расторгнуть договор и потребовать возврата уплаченной предоплаты и взыскания убытков.

Здесь только стоит отметить, что договорные условия, ограничивающие доступные кредитору средства защиты на случай нарушения его права, согласно расширительно толкуемому положению п. 4 ст. 401 ГК РФ не имеют силы в ситуациях, когда нарушение договора носило умышленный характер. Сама эта норма касается условий об ограничении или освобождении от ответственности, но российская судебная практика уже распространила эту норму на попытки исключения ряда других средств защиты (например, в отношении условия договора об исключении права на расторжение договора такой подход закреплен в п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Будет ли это ограничение распространяться на исключение права потребовать исполнения обязательства в натуре (с оставлением кредитору возможностей требовать возмещения убытков, расторжения договора и возврата ранее им предоставленного)? Пока данный вопрос в судебной практике не прояснен, но вполне вероятно судебная практика ответит на этот вопрос положительно.

При этом следует заметить, что такие договорные ограничения *ex ante* ничтожны, если блокируют право на присуждение к исполнению в натуре, предусмотренное в потребительском законодательстве (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

1.3.4. Невозможность исполнения

Препятствием к понуждению должника к исполнению обязательства в натуре является невозможность исполнения. Данное ограничение прямо предусмотрено для всех видов обязательств в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

То же ограничение см. в п. 3 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права и ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА.

Это ограничение вытекает не столько из существа обязательства, сколько из здравого смысла и существа отношений.

Когда наступает объективная перманентная невозможность исполнения, обязательство прекращается автоматически (п. 1 ст. 416 ГК РФ), и удовлетворение иска о понуждении к исполнению обязательства

в природе исключается в силу отсутствия обстоятельства как такового. Но на практике нередко возникает временная невозможность исполнения. К ней относятся временные фактические (например, военные действия в регионе исполнения), а также юридические препятствия (например, введение эмбарго, экспортных ограничений, санитарно-эпидемиологических запретов). Согласно п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 подобные препятствия сами по себе не прекращают обязательства должника, но кредитор не лишен права отказаться от договора, если вследствие просрочки, возникшей или предвидимой в связи с наступлением подобных обстоятельств, кредитор утрачивает интерес в исполнении (подробнее см. комментариев к ст. 416 ГК РФ; о сложностях в применении этого вывода к ситуациям юридической невозможности см. комментариев к ст. 417 ГК РФ). Возникновение подобных временных препятствий ставит вопрос об их влиянии на возможность реализации кредитором требования об исполнении обязательства в натуре до отпадения препятствия.

Буквальное прочтение п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 может натолкнуть на вывод о том, что при наличии таких сугубо временных препятствий, способных отпасть в обозримой перспективе, на момент вынесения решения суда иск должен быть отклонен.

Но разумно ли это с учетом того, что препятствие в будущем может действительно отпасть? В российской практике единообразного подхода к решению данной проблемы не сложилось.

Согласно одной позиции, требование о реальном присуждении должно быть отклонено, если в момент вынесения решения существуют временные непреодолимые препятствия, не позволяющие должнику исполнить обязательство. Как правило, суды, отклоняя требования истца ввиду временной невозможности исполнения, не указывают, вправе ли данное лицо реализовать свои требования после отпадения препятствия. Как представляется, это возможно, так как отсутствие препятствия к моменту подачи нового иска обновляет фактическое основание иска, и уже нельзя говорить о том, что новый спор будет касаться того же предмета и основания, нарушения запрета на тождественные процессы не будет. Здесь возникает та же ситуация, что и в случае с заявлением преждевременного иска до наступления срока исполнения. Если такой иск будет отклонен по причине ненаступления срока, то после его наступления новый иск вполне возможен, поскольку фактическое основание иска в части элемента созревания требования обновлено.

Обратный подход иногда встречается в практике нижестоящих судов, когда суды начинают исследовать вопрос об определенности срока существования временного препятствия. Согласно этому подходу, если очевидно, что препятствие точно отпадет в будущем, но неизвестно, когда это произойдет (например, открытие судоходства на ежегодно замерзающей реке), иск об исполнении в натуре при временной невозможности может быть удовлетворен. Данное обстоятельство связано с требованиями ст. 174 АПК РФ, предусматривающей, что решение, обязывающее ответчика совершить определенные действия, должно содержать информацию о сроке их совершения. Обстоятельство, которое гарантировано в будущем наступит, но неизвестно, когда это произойдет точно, является именно сроком с точки зрения ГК РФ (ст. 190 ГК РФ) и процессуального законодательства (ч. 2 ст. 113 АПК РФ, ч. 2 ст. 107 ГПК РФ).

Это решение кажется вполне приемлемым, ведь формально нарушение обязательства при наличии временных препятствий налицо. Да, возможно, характер препятствия освобождает должника от ответственности за просрочку, но это не отменяет сам факт просрочки. Для реализации этой опции необходимо ограничительно истолковать позицию ВС РФ о том, что невозможность исполнения препятствует удовлетворению иска об исполнении в натуре, и отнести ее только к ситуациям, когда а) невозможность носит бесповоротный характер (например, гибель индивидуально-определенной вещи) и обязательство попросту прекратилось или б) препятствие может отпасть в будущем, но гарантии этого нет. Если же отпадение препятствия в будущем предопределено, суд может удовлетворить иск и отсрочить принудительное исполнение решения до момента отпадения препятствия. Но какой-либо ясной практики по данному вопросу на уровне позиций высших судов пока нет, так что вопрос может вызывать дискуссии.

В некоторых правопорядках, например в Германии, идут дальше и допускают удовлетворение иска и в том случае, если устранение препятствия зависит от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или нет. Согласно данной позиции, во время существования препятствия допускается возможность судебного рассмотрения иска о принуждении к исполнению, но решение суда выносится под условием (на случай отпадения препятствия). Если должник присуждается исполнить обязательство только при отпадении точно описанных препятствий, имеет место решение, подлежащее исполнению при соблюдении необходимого условия. Чтобы начать исполнительное производство, кредитор сначала должен доказать, что препятствия устранены. Данная позиция кажется в целом прием-

лемом с точки зрения процессуальной экономии, как минимум если вероятность отпадения препятствия в ближайшем будущем достаточно высока, и у кредитора имеется легитимный интерес получить судебное решение о присуждении заранее.

Однако в России успешная реализация подобной опции затруднительна ввиду часто звучащих сомнений в отношении допустимости постановки решения суда под условие. Эти сомнения кажутся избыточными, а условные иски должны допускаться при наличии у истца заслуживающего уважения интереса в получении судебного решения до наступления условия (и уже сейчас такие ситуации в судебной практике точно допускаются). Такой интерес может быть налично, когда вероятность отпадения препятствия достаточно высока, а выжидание отпадения препятствия для заявления иска может неприемлемо отсрочить удовлетворение притязания кредитора. Поэтому, возможно, было бы разумно признать допустимость обращения в суд до отпадения временных препятствий с просьбой присудить ответчика к предоставлению в натуре обещанного под условием отпадения препятствия. Классический пример: суд по требованию кредиторов собственника или государственных органов наложил запрет на распоряжение принадлежащим собственником имуществом (арест) и запретил органу государственной регистрации совершать регистрационные действия, направленные на регистрацию обременений, прекращения или перехода права в отношении данного имущества, но собственник ранее по договору купли-продажи обещал передать соответствующее имущество некоему покупателю, срок передачи наступил, но произвести распоряжение продавец из-за введенных запретов не может. В такой ситуации покупатель, крайне заинтересованный в получении данного имущества, может, конечно, ждать снятия ареста, чтобы затем подать иск и еще год или более ждать окончания судебных процедур, но было бы странно лишать его возможности обратиться в суд немедленно с требованием присудить ему данное имущество под условием снятия с него в будущем арестов. В последнем случае если и когда арест будет снят, покупатель сможет немедленно добиться осуществления своего права требования на стадии исполнительного производства. Это просто, удобно и эффективно.

Далее следует сделать еще несколько уточнений.

Во-первых, в сценарии наступления окончательной и бесповоротной невозможности исполнения (а при отказе от идеи условного присуждения и в сценарии временных препятствий) для того чтобы воспрепятствовать удовлетворению требования кредитора о понуждении к исполнению в натуре, достаточно по общему правилу установить

факт наступления такой невозможности (например, гибели отчуждаемой вещи, возникновения устойчивой инвалидности, препятствующей исполнению обязательства, и т.п.). Причем отказ в иске не зависит от того, по каким причинам такая невозможность произошла. Не желая передавать вещь кредитору, недобросовестный ответчик может уничтожить ее, и в иске о понуждении к исполнению должно быть в такой ситуации все равно отказано. Защита нарушенного права в таком случае будет возможна только путем выплаты денежной компенсации (возврат уплаченной цены, взыскание убытков и (или) неустойки).

Во-вторых, суд не может понудить к исполнению обязательства как тогда, когда исполнение не только фактически заблокировано (фактическая невозможность), так и если исполнение будет неправомерно (юридическая невозможность). Например, если после заключения договора были введены те или иные законодательные запреты на оборот тех или иных огнеопасных средств, препятствующие исполнению обязательства по отчуждению товара по ранее заключенному договору, суд не может принудить должника к совершению запрещенных действий по транспортировке и отгрузке такого товара. Как минимум если эти запреты претендуют на перманентность, а вероятность отпадения препятствия носит крайне гипотетический характер, в иске следует отказать. Обратное можно допустить в случае, когда юридическое препятствие по определению носит временный характер и гарантированно или с большой вероятностью отпадет (например, карантин). В таком случае мыслимо обсуждать удовлетворение иска с отсрочкой исполнения или с постановкой принудительного исполнения под условие.

В-третьих, суд должен отказать в иске о понуждении к исполнению в натуре, если достоверно установлено, что принудительное осуществление истребуемого кредитором предоставления повлечет нарушение права третьего лица (как минимум такого права, которое может быть противопоставлено кредитору, требующему принудительного исполнения). Природе судебной функции противоречит вынесение решения, которое будет со всей очевидностью для суда нарушать закон и, в частности, защищаемые законом права третьих лиц. Так, например, если ранее суд признал продавца незаконным владельцем вещи и присудил виндикацию в пользу собственника, иск покупателя, которому незаконный владелец должен передать данную вещь по договору купли-продажи, об отобрании данной вещи по ст. 398 ГК РФ должен отклоняться.

Другой пример — случай понуждения на основании, скажем, предварительного договора стороны к заключению основного обязательственного договора в ситуации, когда на заключение основного договора

требуется в силу закона согласие третьего лица или государственного органа. Несмотря на то что в большинстве случаев основной договор, заключенный по результатам вынесения решения без требуемого в силу закона согласия третьего лица, будет лишь оспоримым, и наличие судебного акта о введении в действие договора не помешает его впоследствии аннулировать на основании ст. 173.1 ГК РФ по иску третьего лица или соответствующего государственного органа, суд не должен изначально выносить такое решение, а кредитор вынужден ограничиться взысканием убытков. Логично вовлечение третьего лица или государственного органа в процесс, и если третье лицо (государственный орган) в процессе откажется заключение основного договора согласовывать, суд должен отказать в иске. В такой ситуации логично предотвращать нарушение. Иллюстрацией может являться иск арендатора об обязанности собственника заключить договор аренды имущества, находящегося в ипотеке, в отсутствие согласия залогодержателя (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2012 г. № 6616/12).

Далее представим, что между сторонами уже заключен обязательственный договор, который сам по себе не требовалось согласовывать с третьими лицами или государственными органами, но согласие в силу закона требовалось на совершение распорядительной сделки, т.е. непосредственное распоряжение по договору. Если сам обязательственный договор не требует согласия и не является оспоримой сделкой при отсутствии согласия, а согласие требуется на совершение распоряжения по договору, то при принуждении к распоряжению (например, при принудительном переводе прав на долю в ООО на покупателя по правилам абзаца третьего п. 11 ст. 21 Закона об ООО) при отказе третьего лица (государственного органа) давать согласие на такое распоряжение суд также не может легализовать неправомерное распоряжение, так как это представляется противоречащим природе судебной функции.

Более сложный случай имеет место тогда, когда оспоримым в силу отсутствия требуемого по закону согласия третьего лица (государственного органа) является уже заключенный сторонами обязательственный договор, договор не аннулирован по иску третьего лица (государственного органа), но кредитор пытается добиться принудительного исполнения по обязательству, вытекающему из такого договора. Если третье лицо (государственный орган), узнав о поданном иске, заявляет иск об оспаривании сделки, являющейся основанием для обязательства, на принудительное осуществление которого направлен исходный иск, такой иск должен быть рассмотрен вместе с первоначальным иском, а само третье лицо (государственный орган) должно иметь процессуальный статус третьего лица, заявляющего самостоятельные требова-

ния. Если суд найдет основания для аннулирования такой сделки, это станет основанием для отказа в удовлетворении первоначального иска о принуждении к исполнению обязательств в натуре, так как отпадет правовое основание для самого обязательства совершить распоряжение. Если не найдет (например, по причине пропуска исковой давности), первоначальный иск может быть удовлетворен при отсутствии иных препятствий к его удовлетворению. Но что, если третье лицо (государственный орган), чье требуемое по закону согласие не было получено, оспоримый обязательственный договор не оспорит или пропустило давность на оспаривание? Суд, казалось бы, не должен отказывать в иске о принудительном исполнении обязательств, из него вытекающих, так как договор как правовое основание для распоряжения (в том числе принудительного) действителен, пока не оспорен. Но вопрос в целом дискуссионный. Могут звучать голоса в пользу того, что любая из сторон оспоримой, но еще не аннулированной сделки, нарушающей права и охраняемые законом интересы третьих лиц, вправе в любой момент одуматься и отказаться ее исполнять, и тогда права кредитора будут ограничены взысканием убытков. Например, представим, что продавец в лице своего законного представителя заключил договор купли-продажи квартиры, на который требовалось согласие органа опеки (согласно господствующему взгляду согласие в таком случае требуется на заключение самого договора купли-продажи), согласие не было испрошено и получено, а значит, договор пока еще действителен, но далее опекун одумался и заявил, что нарушать права ребенка и свои обязанности не намерен и отказывается совершать распоряжение: неужели суд присудит к отобранию квартиры на том основании, что сам договор не был пока еще аннулирован?

В-четвертых, если должник не может осуществить задолженное и при этом либо не существует третьего лица, которое могло бы исполнить обязательство за должника, либо возложение исполнения на третье лицо невозможно в силу ст. 313 ГК РФ, налицо объективная невозможность исполнения. И в такой ситуации иск о присуждении к исполнению должен по общему правилу отклоняться однозначно, если только препятствие не носит временный характер, либо гарантированно, либо с высокой вероятностью отпадет в ближайшем будущем и нет оснований для вынесения решения, направленного на отсроченное или условное присуждение. Критерием наличия / отсутствия объективной невозможности исполнения в данном случае будет содержание установленной в законе прямо, согласованной сторонами или подразумеваемой в силу обычаев или принципа доброй совести программы обязательства должника. Поэтому объективная

невозможность налицо, и должника следует освободить от исполнения обязательства в натуре в случае, если не только сам должник, но никто другой осуществить исполнение не может, либо не может совершить задолженное только сам должник, но возможность возложения исполнения обязательства на третье лицо противоречит зафиксированной в законе, условиях договора или вытекающей обычаев, принципа доброй совести и существа обязательства и договора программе обязательственного правоотношения (ст. 313 ГК РФ).

При этом при оценке существа обязательства на предмет соотносимости с возложением исполнения на третье лицо следует учитывать волю сторон и характер договора. Если, например, из договора вытекает, что должник должен был исполнять обязательство по поставке лома и отходов, которые образуются в результате его собственной производственной деятельности, очевидно, что стороны не имели в виду поставку покупателю лома и отходов, закупаемых должником у третьих лиц (пусть это прямо в договоре и не зафиксировано). Поэтому иск о понуждении к поставке таких лома и отходов в натуре должен отклоняться, если данный товар отсутствует у ответчика, так как налицо невозможность исполнения обязательства в натуре (Определение СКЭС ВС РФ от 4 июля 2019 г. № 305-ЭС18-22976).

Если же возможность возложения исполнения обязательства на третье лицо не была исключена из программы обязательственного правоотношения в силу закона, условий сделки, обычаев и принципа доброй совести с учетом существа обязательства и договора и существует третье лицо, которое способно осуществить предоставление, удовлетворяющее кредитора, налицо субъективная невозможность исполнения. Субъективная невозможность сама по себе не является абсолютным препятствием для удовлетворения иска о понуждении к исполнению обязательства в натуре, когда для должника сохраняется возможность поручить исполнение третьему лицу (ст. 313 ГК РФ) и обеспечить исполнение обязательства и решения суда таким образом. В то же время, если должник в такой ситуации предпринимал разумные попытки привлечь третьих лиц, однако такие попытки склонить их к сотрудничеству не увенчались успехом, и ответчик представил убедительные тому доказательства, следует, видимо, отказывать в иске. Соответствующая позиция подтверждена, в частности, в Определении СКЭС ВС РФ от 24 октября 2017 г. № 308-ЭС17-8172.

Этот подход относится не только к договорным требованиям. Так, в силу п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 30 ноября 2017 г. № 49 при решении вопроса об удовлетворении требования о возмещении вреда в натуре в соответствии с п. 2 ст. 78 Закона об охране окружаю-

шей среды суд определяет, является ли принятие мер, направленных на восстановление нарушенного состояния окружающей среды, объективно возможным. Применительно к п. 1 ст. 308.3 ГК РФ суду следует исходить из того, осуществимо ли устранение наступивших негативных изменений окружающей среды в результате проведения ответчиком восстановительных работ как его собственными силами (при наличии технической и иной возможности), так и путем привлечения третьих лиц.

В-пятых, в таком же ключе следует оценивать наступление невозможности исполнения в ситуации, когда предметом обязательства должника является обеспечение волеизъявления третьего лица или когда для исполнения обязательства должнику необходимо склонить к сотрудничеству конкретное третье лицо. Как пример можно привести обязательства, согласно которым должник обещает кредитору добиться от третьего лица совершения односторонней сделки (например, выдачи банковской гарантии) или выкупить вещь у третьего лица и перепродать ее кредитору. В подобном случае в содержание обязательства должника включаются действия, достижение результата, которого невозможно добиться без доброй воли третьего лица. В такой ситуации сам по себе факт того, что понуждение должника к исполнению обязательства предполагает его взаимодействие с определенным третьим лицом, не может являться абсолютным препятствием к удовлетворению иска об исполнении в натуре (например, если должник даже не попытался наладить контакт с третьим лицом). Так, понуждая ответчика к исполнению обязательства по обеспечению контрагента банковской гарантии, СКЭС ВС РФ обратила внимание на отсутствие в материалах дела доказательств обращения ответчика в кредитные учреждения по вопросу выдачи банковской гарантии и наличия объективных обстоятельств, препятствующих ее получению (Определение СКЭС ВС РФ от 30 января 2017 г. по делу № 305-ЭС16-14210).

Но что, если ответчик предпринял разумные меры для достижения согласия с третьим лицом, однако последнее все равно отказывается от совершения волеизъявления? В подобной ситуации исчерпание должником разумных мер по склонению третьего лица к совершению того, что должник обещал обеспечить кредитору, должно, видимо, приводить к отклонению иска. При этом вопрос о том, следует ли должнику предпринимать какие-то сверхусилия для того, чтобы переубедить третье лицо, правильно было бы решать исходя из договоренностей должника с кредитором, обычаев и принципа доброй совести, однако по общему правилу следует презюмировать, что, если не предусмотрено иное, от должника ожидаются лишь разумные предложения в адрес

третьего лица (предложение купить вещь по рыночной стоимости, а не в два или более раз дороже): если он не смог обеспечить обещанный результат, несмотря на такие усилия, он все равно может быть привлечен к ответственности, но иск кредитора о понуждении в натуре должен, видимо, блокироваться.

1.3.5. Недопустимость принуждения к предоставлению дара

Как представляется, в силу этических соображений суд должен отклонить иск о присуждении к исполнению обязательств одарить по консенсуальному договору дарения или передать имущество в безвозмездное пользование (ссуду). Права одаряемого или ссудополучателя при этом могут защищаться иском о возмещении убытков¹. Естественно, одаряемый (или ссудополучатель) вряд ли сможет найти должнику адекватную замену, но это не мешает суду отказать в иске о присуждении в натуре. Принуждение к дарению кажется проявлением высшей степени цинизма.

В ряде дел, связанных с дарением недвижимости, Коллегия допускала принудительную регистрацию перехода права собственности на предмет дарения в ЕГРН при уклонении дарителя от подачи соответствующих заявлений в Росреестр (определения СКГД ВС РФ от 13 мая 2014 г. № 5-КГ14-24 и от 11 октября 2016 г. № 78-КГ16-42). При этом ВС РФ в приведенных судебных актах по-разному подошел к соотношению требования о принудительной регистрации перехода права собственности на одаряемого с вопросом о передаче объекта во владение приобретателя. Так, в определении от 11 октября 2016 г. № 78-КГ16-42 Суд прямо сослался на п. 61 Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 и указал, что для разрешения иска о государственной регистрации перехода права собственности на квартиру по договору дарения следует установить не только наличие документа о передаче имущества, но и фактическую передачу вещи во владение одаряемого. Однако в Определении от 13 мая 2014 г. № 5-КГ14-24, напротив, было указано, что данное обстоятельство не имеет значения, и требовать регистрации перехода права можно и при отсутствии установленного факта передачи недвижимости одаряемому.

Как представляется, когда недвижимость фактически передана одаряемому и проблема состоит лишь в том, что даритель уклоняется от регистрации перехода права, одаряемый может заявить иск о реги-

¹ При этом логично исходить из того, что и убытки в таких ситуациях должны взиматься не по модели защиты позитивного интереса, а лишь в объеме интереса негативного.

страции перехода права, ибо иначе возникает неопределенность в отношениях сторон, ведь истребовать назад подарок даритель не сможет, и у одаряемого имеется законное владение, которое он может в силу ст. 305 ГК РФ защищать и против дарителя. Если даритель переоформил право собственности на недвижимость на покупателя в ЕГРН, но уклоняется от передачи недвижимости, одаряемый может истребовать недвижимость у дарителя, так как уже стал собственником. Но если даритель передумал осуществлять дар, уклоняется от вручения недвижимости и осуществления регистрации перехода права на одаряемого, иск одаряемого об отобрании подарка по ст. 398 ГК РФ и (или) о регистрации перехода права собственности должен отклоняться.

Впрочем, как мы видим, ясной судебной практики высших судов с подтверждением данного тезиса пока нет.

1.3.6. Недопустимость принуждения к тесному сотрудничеству и длительному взаимодействию

Суд должен по общему правилу отклонить иск об исполнении в натуре, если вынесение решения будет вовлекать ответчика в длительное и тесное сотрудничество с истцом, которое требует в нормальных условиях доброй воли и настроения на сотрудничество обеих сторон.

Такое ограничение может быть применено к договорам строительного подряда на строительство большого объекта недвижимости (например, атомной электростанции или небоскреба) на земле заказчика. Даже если заказчик с трудом может найти подрядчику замену, трудно назвать разумным решение, которое будет обязывать подрядную организацию в течение многих лет строить соответствующий объект и тесно взаимодействовать с заказчиком по данному вопросу.

То же касается и понуждения к тесному сотрудничеству по договорам совместной деятельности, направленному на реализацию некоего дорогостоящего и длительного бизнес-проекта, и иным подобным договорам.

Когда речь идет об истребовании имущества, обещанного в качестве вклада товарища в общее дело, вопрос об удовлетворении такого иска достаточно спорен, так как здесь на повестке не стоит вопрос о принуждении к тесной и длительной кооперации. Но в судебной практике по данному вопросу встречается некоторый разнобой. Ранее в Постановлении Президиума ВАС РФ от 8 августа 2000 г. № 7274/99 Суд указывал по поводу вопроса о допустимости принуждения к внесению вклада в совместную деятельность следующее: «Поскольку подлежащий внесению денежный вклад по договору простого товарищества становится общей долевой собственностью товарищей, сторона по договору не вправе требовать взыскания в принудительном порядке

с другой стороны в свою пользу суммы вклада, так как это противоречит природе договора данного вида». Но затем в п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 была закреплена следующая правовая позиция: «В ситуации, когда вопреки условиям договора товарищ, обязанный внести вклад в общее дело в виде права аренды или посредством передачи земельного участка в общую собственность товарищей, уклоняется от совершения необходимых для этого действий, другие участники договора простого товарищества вправе в судебном порядке требовать исполнения указанного договора применительно к пункту 3 статьи 551 ГК РФ».

Если речь идет лишь о принуждении товарища к передаче имущества в общее дело, чем, собственно, и исчерпывался его вклад в общее дело, понуждение действительно теоретически может быть помыслено. Но если речь идет о попытке понуждения товарища к тесной и длительной кооперации с партнерами на ниве достижения целей товарищества, такой иск должен по общему правилу как минимум отклоняться. Иначе суд будет принуждать стороны к длительному тесному взаимодействию, без которого реализация такого партнерства и сотрудничества вряд ли возможна. Но суд не может заставить стороны тесно сотрудничать. Это противоречит кооперативному характеру договора простого товарищества. Например, если соседи договорились, объединив взносы и прилагая свои организационные возможности и усилия, заасфальтировать дорогу к месту расположения своих домов, но далее один из соседей уклонился от внесения взноса на финансирование проекта и перестал взаимодействовать с партнерами в отношении решения иных организационных вопросов, не отвечает на звонки и не обеспечивает выполнение мероприятий, за которые он отвечает по условиям договора, вопрос о взыскании денежного взноса может ставиться, но принуждение товарища-оппортуниста к кооперации с партнерами в части приложения организационных усилий кажется абсурдным. Иначе суд своим решением будет провоцировать новые раунды конфликтов. Но однозначного подтверждения этой позиции в практике ВС РФ пока нет.

1.3.7. Недопустимость понуждения к исполнению обязательства, предполагающего использование творческих навыков, способностей и мастерства

Иск об исполнении в натуре должен также отклоняться, когда он направлен на принуждение гражданина к совершению действий, требующих использования им своих личных навыков, мастерства и творческих способностей (например, иск к артисту о принуждении к съемкам в кинофильме). Это ограничение уже подтверждено в практике ВС РФ.

Как указано в абзаце третьем п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, «кредитор не вправе также требовать по суду исполнения в натуре обязательства, исполнение которого настолько связано с личностью должника, что его принудительное исполнение будет нарушать принцип уважения чести и достоинства гражданина. Например, не подлежат удовлетворению требования о понуждении физического лица к исполнению в натуре обязательства по исполнению музыкального произведения на концерте». Более правильным было бы говорить о том, что такое присуждение будет непропорциональным поправием личной свободы человека. Причины такого ограничения вполне понятны и имеют не только сугубо этическую природу, но и связаны с тем, что творчество, осуществляемое под угрозой уплаты штрафов, астрента или иных санкций, теряет свою истинную природу духовной стороны жизни человека. И здесь опять же неважно, может кредитор найти должнику замену или нет.

Известно это основание для отказа в иске об исполнении в натуре и многим зарубежным правовым порядкам, и международным актам унификации частного права (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права).

В своей последующей кассационной практике ВС РФ несколько расширил данное ограничение и по этому основанию отказал в удовлетворении иска об исполнении в натуре, заявленного не к гражданину, а к киностудии об исполнении обязательства по съемке фильма. В этом акте (Определение СКЭС ВС РФ от 14 декабря 2017 г. № 305-ЭС17-7826) был сформулирован подход, согласно которому требование о реальном присуждении противоречит существу обязательства, если его исполнение предполагает использование творческого труда.

1.3.8. Противоречие публичным интересам

В одном акте ВС РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 4 июля 2019 г. № 305-ЭС18-22976) встречается указание на то, что основанием для отказа в удовлетворении иска о понуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре может быть противоречие публичным интересам. Суд указал, что «характер вещей, передаваемых по договору (вещи, образующиеся в результате деятельности воинских частей в ракетной и космической промышленности), свидетельствует о невозможности понуждения к исполнению указанного обязательства в натуре, поскольку это может противоречить публичным интересам (безопасность, обороноспособность, сохранение в тайне определенных технологий)».

Идея о том, что добровольная передача вещей, предусмотренная договором, законна и публичные интересы не нарушает, а та же

передача на основании судебного акта будет нарушать публичные интересы, может показаться спорной. Если сам договор не порочен в силу незаконности содержания и при этом добровольное исполнение не блокируется юридической невозможностью исполнения, то логика в ограничении права на присуждение к исполнению обязательства в натуре не вполне очевидна.

Впрочем, исключить какие-то ситуации, когда принудительное исполнение обязательств в натуре по суду может обоснованно блокироваться соображениями защиты публичного интереса, нельзя (например, принуждение к выполнению в натуре тех или иных обязательств в области военно-промышленных отношений или поставок военной техники).

1.4. Ограничения на удовлетворение иска о присуждении к исполнению в натуре, основанные на тесте адекватности выбора данного средства защиты

Если позитивные предпосылки для удовлетворения иска налично, а вышеуказанные абсолютные препятствия для удовлетворения иска об исполнении обязательства в натуре отсутствуют, это не значит, что такой иск должен безусловно удовлетворяться. В ряде случаев он все равно может быть отклонен, если выбор в пользу такого способа защиты представляет собой злоупотребление правом с учетом соотношения существа обязательства, интересов сторон и конкретных обстоятельств. Злоупотребление правом на выбор такого способа защиты права налично в тех случаях, когда выбор данного способа защиты вместо альтернативных вариантов (например, отказа от договора, заключения заменяющей сделки и взыскания убытков) кажется очевидно неадекватным и не соответствующим балансу интересов сторон. В отличие от указанных в п. 1.3 абсолютных препятствий, для обнаружения которых достаточно анализа природы обязательства, в нижеуказанных случаях требуется анализ адекватности выбора такого способа защиты истцом с учетом всех обстоятельств дела.

Ключевой тест на добросовестность выбора кредитором иска об исполнении в натуре обязательства в качестве способа защиты права, как представляется, состоит в следующем. Злоупотребление правом налично, а такой иск в отступление от общего правила должен быть отклонен, если позитивный интерес кредитора в принудительном реальном исполнении обязательства именно должником вместо взыскания убытков, с одной стороны, находится в явной диспропорции с интересом должника избежать принуждения и трансформировать регулятивное обязательство в выплату кредитору денежной компенсации и общественным интересом в избегании новых конфликтов

и затрат публичных ресурсов на реализацию исполнения принуждения, с другой стороны.

Какие факторы здесь могут приниматься во внимание?

Во-первых, ключевое значение имеет вопрос о том, потребует ли исполнение решения суда в случае удовлетворения иска участия должника

Во-вторых, степень выраженности позитивного интереса кредитора в реальном исполнении обязательства именно должником, которая тем выше, чем менее адекватно интерес кредитора защищает альтернатива в виде взыскания убытков. Чем сложнее оценка позитивного интереса кредитора в деньгах, тем больше оснований для удовлетворения иска, и наоборот. При этом ключевой маркер степени затруднительности оценки позитивного интереса в деньгах — это степень заменимости должника в качестве лица, обеспечивающей доставку кредитором соответствующего предоставления.

В-третьих, подлежит учету фактор затруднительности исполнения обязательства для самого должника.

В-четвертых, подлежит учету и фактор степени затруднительности администрирования процесса принудительного исполнения.

В-пятых, в ряде ситуаций могут приобрести значение и некоторые иные факторы.

1.4.1. Значение вопроса о том, требуется ли участие должника в исполнении решения

Алгоритм проверки иска об исполнении обязательства в натуре на предмет добросовестности разумно начинать с учета следующего обстоятельства. Следует определить, насколько затруднительным может оказаться исполнение решения суда в случае удовлетворения иска. Если принудительное предоставление кредитором причитающегося по обязательству не потребует совершения должником тех или иных действий и исполнение решения суда может быть обеспечено без сотрудничества должника, по общему правилу тест на добросовестность пройден и иск может быть удовлетворен.

Обсуждать соразмерность позитивного интереса кредитора в реальном исполнении обязательства должником и интересом должника в трансформации своего обязательства в денежный долг по возмещению убытков в такой ситуации по общему правилу нет необходимости. Даже если есть вероятность того, что разрыв договора с возмещением убытков эффективнее, чем его принудительное исполнение, так как убытки кредитора от разрыва, возможно, меньше убытков должника от реализации договорной программы, иск о принуждении к исполнению обязательства по общему правилу должен удовлетворяться. Кредитор не должен помимо своей воли втягиваться в доказывание

своих убытков. По общему правилу его выбор в пользу принуждения к исполнению обязательства в натуре в такой ситуации ставиться под сомнение с точки зрения добросовестности не может.

О каких случаях идет речь? Решение суда о взыскании денежного долга исполняется путем списания денег со счетов должника силами приставов-исполнителей или даже без их участия (при прямом направлении взыскателем исполнительного листа в банк, обслуживающий должника), а при отсутствии денег — путем обращения взыскания на иное имущество должника и продажи его с торгов. Если в предмет обязательства должника входили передача индивидуально-определенной вещи (например, недвижимости) или некоего родового товара, наличествующих у ответчика, переоформление принадлежащих должнику акций, доли в ООО, патента или товарного знака, приставы-исполнители или сам кредитор вполне могут обеспечить исполнение решения и без участия ответчика (наличествующая у ответчика индивидуально-определенная вещь будет отобрана по правилам ст. 398 ГК РФ, а право собственности на недвижимость записано на основании решения суда в ЕГРН за кредитором, имеющийся у ответчика на складе товар будет также изъят и передан истцу, доля в ООО переоформлена на покупателя в ЕГРЮЛ, акции — в реестре акционеров, патенты или товарные знаки — в соответствующих реестрах объектов исключительных прав). Соответственно, в таких случаях потенциальная заменимость должника не имеет особого значения, и у кредитора по общему правилу при наличии позитивных предпосылок для удовлетворения иска (п. 1.2 комментария к настоящей статье), отсутствии абсолютных оснований для отклонения такого иска (п. 1.3 комментария к настоящей статье), а также иных оснований для отклонения иска, обсуждаемых далее по тексту п. 1.4 комментария к настоящей статье, есть право требовать исполнения обязательства в натуре и рассчитывать на удовлетворение иска. То же касается и исков о понуждении к волеизъявлению, так как здесь решение суда вовсе не подлежит исполнению, а просто заменяет собой волеизъявление.

Могут быть ситуации, когда речь идет о последующем изменении обстоятельств, сделавших исполнение договора явно невыгодным или ненужным для должника, и налицо условия для расторжения договора по ст. 451 ГК РФ. В такой ситуации должник может заявить иск о расторжении, в том числе в ответ на иск кредитора о принудительном исполнении обязательства¹. Если оснований для допущения

¹ При этом, как представляется, при готовности должника возместить все убытки кредитора суд мог бы менее требовательно относиться к соблюдению всех крайне

расторжения договора на фоне изменившихся обстоятельств нет, и договор сохраняет свое действие, суд должен удовлетворять заявленный иск о присуждении к исполнению в натуре без оглядки на возможное наличие условий для «эффективного разрыва договора» при условии, что решение может быть исполнено без участия ответчика. Если обязательство таково, что в случае удовлетворения иска исполнить решение без участия ответчика будет невозможно, и вынесение решения об исполнении в натуре будет означать, что пристав-исполнитель станет под угрозой тех или иных штрафных санкций (публичных штрафов, угрозы уголовной ответственности и судебной неустойки) принуждать ответчика совершить требуемые от него действия, ситуация более тонкая.

Если в случае удовлетворения иска для исполнения решения потребуется участие должника, приставы с большой вероятностью будут втянуты в потенциально длительное администрирование исполнительного производства, будут вынуждены осуществлять пролонгированный контроль за поведением ответчика, периодически возвращаться к вопросу о состоянии процесса исполнения, выносить те или иные постановления. И при этом даже если должник исполнит решение, качество того предоставления, которое под угрозой публичной ответственности он был вынужден осуществить, может вполне предсказуемо оказаться невысоким, что способно породить новые раунды споров. В подобных случаях, когда исполнение решения о присуждении в случае его вынесения невозможно без участия должника, необходимо пристальнее присмотреться к адекватности выбора кредитором такого средства защиты, сопоставляя интерес кредитора в получении предоставления именно от должника за счет использования судебной власти, с одной

жестких условий для применения ст. 451 ГК РФ (например, в плане оценки непредвидимости и независимости изменения обстоятельств от поведения истца). В качестве альтернативы право могло бы вместо ослабления жестких условий для расторжения в связи с существенным изменением обстоятельств на фоне готовности истца возместить весь позитивный интерес контрагента в деньгах пойти иным путем — легализовать в исключительных случаях расторжение договора не в соответствии со ст. 451 ГК РФ, а на основании принципа доброй совести с условием о выплате всех убытков контрагента в сценарии превращения договора в невыгодный или ненужный на фоне изменившихся обстоятельств (подробнее см. комментарий к ст. 451 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса (Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ — А.Г. Карапетов)). Но при несоблюдении крайне строгих требований, указанных в ст. 451 ГК РФ, допущение расторжения под условием возмещения всех убытков контрагенту может быть допущено только в самых исключительных случаях, когда речь идет о последующих изменениях обстоятельств, и не вызывает никаких сомнений то, что убытки для должника от сохранения договора со всей очевидностью намного превосходят вероятные убытки кредитора от разрыва договора.

стороны, и те неудобства и социальные потери, которые такой выбор способа защиты порождает, с другой стороны.

1.4.2. Фактор заменимости должника и затруднительности оценки позитивного интереса кредитора в деньгах

В ситуации, когда в случае удовлетворения иска решение суда будет невозможно исполнить без участия должника, следует в первую очередь определить, может ли должник быть легко заменен. Если кредитору затруднительно защитить свой позитивный интерес, обратившись к третьему лицу, получив от него аналог того, что обещал должник, и взыскав с должника убытки, предоставление должника уникально и либо не имеет аналогов или имеет отдаленные аналоги. Расчет убытков в такой ситуации крайне затруднен. Да и навязывать кредитору обращение к каким-то отдаленным аналогам некорректно, когда у него есть право на получение того предоставления, которое был обязан осуществить конкретный должник. В такой ситуации иск о понуждении должника к реальному исполнению должен в большинстве случаев удовлетворяться, несмотря на то что решение суда невозможно исполнить без участия ответчика (естественно, если отсутствуют иные препятствия для удовлетворения иска). Но если должник легко заменим, а то, что обязан был сделать по обязательству он, может предоставить кредитору множество третьих лиц, иск о понуждении к исполнению в натуре, исполнение которого потребует значительных затрат, связанных с возбуждением и администрированием исполнительного производства, должен отклоняться, а кредитор — стимулироваться к заключению заменяющей сделки и выбору взыскания убытков как более эффективного в заданных условиях способа защиты. Когда предмет предоставления не уникален и доступен на рынке, рассчитать убытки взамен реального исполнения обычно достаточно просто, и с точки зрения баланса интересов сторон поведение кредитора, который планирует принуждать должника к совершению соответствующих действий на стадии исполнительного производства, выглядят, как правило, иррационально. Нелепо требовать в судебном порядке от должника поставки в натуре партии щебенки, когда истец может легко купить тот же товар на любом рынке и далее взыскать с должника все убытки.

Там, где отсутствует адекватный развитый рынок и кредитор не может удовлетворить свой позитивный интерес, реализовав его за счет заключения договора с третьим лицом (другим контрагентом), суды должны склоняться к удовлетворению такого рода исков, несмотря на то что исполнение решения потребует участия самого ответчика (если, конечно, налицо позитивные предпосылки для удовлетворения иска, указанные в п. 1.2 комментария к данной статье, и при этом от-

существуют указанные в п. 1.3 комментария к настоящей статье абсолютные основания для отклонения данного иска и иные специфические препятствия, обсуждаемые далее по тексту п. 1.4 комментария). Но при наличии возможности без труда заменить должника, заключив аналогичную сделку с третьим лицом, и защитить свой интерес в получении соответствующего предоставления за счет взыскания убытков право не должно допускать удовлетворение таких исков о принуждении, при удовлетворении которых на стадии исполнения решения суда приставам-исполнителям придется под угрозой тех или иных штрафов и иных санкций стимулировать должника к совершению требуемых действий.

Это ограничение связано с реализацией как принципа экономической эффективности, так и принципа эффективности правосудия. Нет смысла поощрять подачу исков о присуждении к исполнению в натуре, которые повлекут в случае их удовлетворения значительные сложности на стадии исполнительного производства, потребуют интенсивного вовлечения приставов-исполнителей в процесс контроля над исполнением решения, породят новые раунды споров (о качестве предоставления, осуществляемого должником под принуждением, и т.п.), если кредитор может легко заключить заменяющую сделку с третьим лицом и взыскать с должника убытки, в том числе в виде ценовой разницы, или абстрактные убытки по правилам ст. 393.1 ГК РФ, которые при этом будет в данном случае достаточно легко доказать. Правовым основанием для применения такого ограничения является п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете злоупотребления правом.

Это правило пока не в полной мере отражено в практике высших судебных инстанций. Как справедливо указано в абзаце четвертом п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, при оценке адекватности иска об исполнении обязательства в натуре существу обязательства судам следует исходить из того, что «не может быть отказано в удовлетворении иска об исполнении обязательства в натуре в случае, когда надлежащая защита нарушенного гражданского права истца возможна только путем понуждения ответчика к исполнению в натуре и не будет обеспечена взысканием с ответчика убытков за неисполнение обязательства, например, обязанностей по представлению информации, которая имеется только у ответчика, либо по изготовлению документации, которую правомочен составить только ответчик». В то же время здесь Суд лишь утверждает, что суд не должен отказывать в иске о понуждении к исполнению в натуре (защита по модели *property rule*) в ситуации, когда компенсационная защита прав кредитора по модели *liability rule* не способна эффективно защитить позитивный интерес кредитора в получении соответствующего предоставления. Но Суд пока

не пошел дальше и не указал прямо, что при заменимости должника иск о принуждении к исполнению в натуре должен отклоняться, если принудительное исполнение будет невозможно обеспечить на стадии исполнительного производства без участия должника. Но фиксация данной правовой позиции могла бы значительно стабилизировать судебную практику и обеспечить необходимый баланс интересов сторон.

1.4.3. Значение фактора затруднительности исполнения для должника

Кроме того, применительно к ситуациям, когда решение суда в случае его вынесения невозможно было бы исполнить без участия должника, при применении теста на добросовестность вполне может учитываться фактор затруднительности исполнения для должника. Интерес кредитора в получении реального исполнения именно от должника может быть выражен в большей или в меньшей степени¹, и здесь при балансировании интересов нельзя игнорировать и интерес должника, который может столкнуться с серьезными затруднениями при попытке исполнить обязательство.

Иногда на чаше весов, балансирующей интересы вовлеченных сторон, следует учесть возражение должника о том, что исполнение обязательства для него крайне затруднительно (например, в силу возникших после появления обязательства обстоятельств, преодоление которых связано с необходимостью несения должником непропорциональных расходов, разрешения возникших существенных техниче-

¹ Вопрос заменимости должника и аналогичности обещанного предоставления такого должника и альтернативного возможного предоставления, которое может осуществить третье лицо, а следовательно, и легкости трансформации позитивного интереса кредитора в денежный эквивалент — это вопрос степени. Между абсолютно уникальным предоставлением (например, транспортировкой груза по маршруту, по которому перевозку технически может осуществить только один перевозчик, который им является должником по обязательству) и абсолютно заменимым предоставлением (например, покраска забора) пролегает значительное число промежуточных ситуаций. Например, представим, что автомобильный дилер, продавший новый автомобиль, нарушает свое обязательство по осуществлению гарантийного ремонта в рамках дилерской гарантии. Теоретически покупатель может обратиться к другому официальному дилеру, а затем взыскать все затраты на ремонт с продавца, но такой дилер может располагаться в сотнях километрах от места жительства покупателя, и обращение к нему потребует от покупателя значительных неудобств и затрат. Кроме того, могут быть ситуации, когда на рынке кредитор может получить не полный аналог того предоставления, которое ему обязан был предоставить должник (например, в качестве единственной альтернативы перевозки груза в тот или иной регион по железной дороге грузоотправителю доступен вариант перевозки груза автомобильным транспортом). В таких ситуациях взыскание убытков может не вполне точно защитить позитивный интерес кредитора, так как далеко не все неблагоприятные последствия, возникающие у кредитора в результате обращения к третьему лицу, будут легко трансформированы в денежный эквивалент. Подобные ситуации потребуют от суда более тонкой балансировки интересов сторон.

ских сложностей и принятия повышенных рисков). Невозможности исполнения здесь может не быть, но в ряде случаев, когда исполнение обязательства для должника стало настолько более обременительным, что это явно непропорционально интересу кредитора в исполнении обязательства именно данным должником и избегании риска недокомпенсации в альтернативном сценарии взыскания убытков, попытка кредитора настоять на реальном исполнении может рассматриваться как злоупотребление правом.

При этом здесь имеют значение не столько сами затруднения (например, возросшие расходы) на стороне должника, сколько сопоставление этих затруднений с интересом кредитора в реальном исполнении обязательства именно данным должником. Когда очевидно, что все убытки кредитора или иные неблагоприятные последствия, которые возникнут в сценарии поиска замены должнику или в связи с получением от третьего лица не абсолютного аналога обещанного предоставления, намного ниже выросших затрат должника на исполнение, попытка настаивать на принуждении к исполнению обязательства в натуре выглядит сомнительно с точки зрения принципа доброй совести и запрета на злоупотребление правом, а также попросту экономически неэффективно. Если указанные элементы находятся в явной диспропорции, суд с учетом конкретных обстоятельств может отказать в иске со ссылкой на ст. 10 ГК РФ.

Например, возможно ли принуждение зарубежной подрядной организации к выполнению работ в условиях введенных ограничений на въезд иностранного персонала в страну, где такие работы планировалось проводить? О невозможности исполнения здесь речь может не идти, но подрядчику придется при попытке исполнения потратить значительно большие усилия и средства, чем он планировал. Такое принуждение может быть заблокировано, если попытка настоять на реальном исполнении вместо того, чтобы подождать прекращения подобных препятствий или поручить выполнение работ местным подрядчикам, взыскав все убытки с должника, представляет собой непропорциональную реакцию кредитора. В такой ситуации может быть очевидно, что интерес кредитора в реальном исполнении обязательства именно данным подрядчиком не его прихоть и не иррациональное использование средств защиты, так как квалификация местных подрядчиков может быть несколько меньше, и говорить о легкой доступности кредитору абсолютного аналога нельзя. Но его попытка настоять на понуждении должника к исполнению обязательства в такой ситуации может быть отвергнута как непропорциональная с точки зрения справедливости и баланса интересов сторон реакция на нарушение,

если убытки кредитора и связанные с вынужденной переориентацией на другого подрядчика неудобства и риски (включая риск получить менее качественное предоставление) явно ниже дополнительных затрат должника на попытку исполнить обязательство на фоне возникших затруднений.

В равной степени вряд ли может быть удовлетворен иск о принуждении поставщика-производителя к ремонту поставленного оборудования, если поставщик давно перепрофилировал свою деятельность, закрыл ремонтный цех, распустил персонал, работающий на данном производстве, и продал соответствующее оборудование, а заказчик мог бы вместо попытки настоять на реальном исполнении поручить ремонт другой организации и взыскать все убытки. Риск того, что сторонняя ремонтная организация может быть не идеальной заменой производителю, знающему поставленное оборудование и все его технические особенности, безусловно, позволяет говорить о том, что хотя должник и не является уникальным, он вместе с тем и не является легко и без каких-либо значимых рисков заменимым. А значит, казалось бы, это открывает доступ к удовлетворению иска, но с учетом того, что попытка исполнить обязательство для должника в сложившихся условиях представляет существенные сложности, значение которых может превзойти все риски и неудобства кредитора, связанные с обращением к третьим лицам, суду следует оценить выбор кредитором средства защиты на предмет злоупотребления правом.

Другим классическим является пример, в рамках которого продавец уникального кольца уронил его в озеро, а затраты по найму водолазов и проведению подводных работ по поиску предмета купли-продажи оказались бы явно несоразмерны по сравнению со стоимостью самого кольца и интересом кредитора в его получении. Да, именно такого кольца может и не быть на рынке, и необходимость приобретать иное, похожее кольцо вместо приглянувшегося для вручения невесте перед свадьбой может вызвать для кредитора некоторые неудобства, которые не просто перевести в денежный эквивалент при попытке взыскания убытков. Но с учетом того, что затраты должника на попытку найти кольцо явно превосходят все эти неприятности для кредитора, понуждение к исполнению в натуре может быть оценено на предмет злоупотребления правом.

Этот подход можно проиллюстрировать и на другом известном примере. Подрядчик, обязавшийся произвести работы по созданию бассейна глубиной 5 м, допустил ошибку, в результате чего глубина построенного бассейна составила 4,9 м. Удовлетворение требований заказчика о понуждении подрядчика к устранению недостатков

привело бы к чрезмерным расходам, значение которых многократно превосходит позитивный договорный интерес кредитора. Удовлетворение иска привело бы к существенному дисбалансу между затратами подрядчика и интересом заказчика в получении бассейна оговоренной глубины и было бы несправедливо и экономически неэффективно, если заказчик не может убедительно обосновать, в чем принципиальность такого строгого соблюдения глубины бассейна и почему он не может удовлетвориться возмещением убытков или соразмерным снижением цены.

На это могут возразить, что ответчик в подобных ситуациях возникновения значительных затруднений мог бы предъявить встречный иск о расторжении или изменении договора по правилам ст. 451 ГК РФ в связи с существенным изменением обстоятельств. Но нередко условий для применения этой статьи может не быть (например, обстоятельства изменились по причинам, зависящим от должника, или возникновение новых обстоятельств он должен был предвидеть), и поэтому оснований для расторжения или изменения договора и освобождения должника от ответственности может не быть, но требовать от него реального исполнения несправедливо с учетом соотношения затруднений, с которыми столкнется должник, с одной стороны, и объективным интересом кредитора в реальном исполнении — с другой, и поэтому кредитор должен ограничиться взысканием убытков. Более того, применительно к обязательствам, имеющим внедоговорные основания возникновения, ст. 451 ГК РФ вовсе неприменима.

Этот критерий отказа в иске об исполнении в натуре хорошо известен международным актам унификации частного права (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права). Критерий существенной затруднительности как основание для отклонения иска о принуждении к исполнению обязательства в ситуациях, в которых исполнение потребует от должника существенных затрат, находящихся в явном несоответствии с интересом кредитора в реальном исполнении, признается в гражданских кодификациях некоторых стран (например, абз. 2 § 275 ГГУ). Данный критерий следует учитывать при оценке иска о присуждении к исполнению на предмет добросовестности и в российском праве. Кредитора это не оставляет без защиты, так как его право на взыскание убытков взамен реального исполнения под вопрос не ставится. Но применять этот критерий следует осторожно, и только в тех случаях, когда затраты должника на исполнение заведомо перевешивают позитивный договорный интерес кредитора в реальном исполнении обязательства именно данным должником, и нет никаких сомнений в обратном.

Если затраты должника значительно выросли, но пропорционально вырос и позитивный интерес кредитора (например, в силу того, что цены, которые назначают третьи лица за аналогичное предоставление, также выросли, либо в силу того, что доступные на рынке аналоги значительно хуже), говорить о недобросовестности попытки потребовать исполнения в натуре, видимо, нельзя.

Кроме того, нет сомнений, что должен отклоняться иск о понуждении к исполнению обязательства, если изменившиеся после заключения договора обстоятельства делают исполнение обязательства для должника морально неприемлемым, и этот интерес должника явно перевешивает позитивный интерес кредитора в получении исполнения в натуре. Например, если подрядчик после личной трагедии ушел в монастырь и прекратил коммерческую деятельность либо выехал за рубеж в связи с поступающими угрозами, иск заказчика о принуждении подрядчика к личному устранению дефекта в выполненных ранее работах может быть отклонен, даже если заказчик может испытать некоторые затруднения при попытке найти должнику замену и трансформации своего притязания во взыскание с подрядчика убытков. В некоторых странах в таких ситуациях так называемой моральной невозможности исполнения закон прямо говорит об исключении возможности принуждения к исполнению в натуре (см., например, абз. 3 § 275 ГГУ).

При этом чем выше степень практической или моральной затруднительности исполнения для должника, тем более значимый позитивный интерес в реальном исполнении обязательства именно должником должен обосновать кредитор, чтобы рассчитывать на удовлетворение его иска, и наоборот. Эти факторы соотносятся, как сообщающиеся сосуды. Нельзя исключить того, что в ряде случаев даже при уникальности предмета предоставления должника и наличии на рынке лишь отдаленных аналогов либо при наличии существенных затруднений в поиске альтернативы предоставлению должника попытка кредитора настоять на реальном исполнении будет на фоне существенных затруднений выглядеть как злоупотребление правом. Например, попытка принудить подрядчика выполнить ту или иную работу, которую не может выполнить никто другой, на фоне ситуации, когда у подрядчика выявлена тяжелая форма рака, которая объективно не делает исполнение невозможным в принципе, но делает попытку прямого принуждения подрядчика к исполнению своего обязательства вместо того, чтобы тратить свое время на попытку спасти собственную жизнь, явно аморальным злоупотреблением правом. В силу той же взаимозависимости двух указанных факторов, чем сложнее кредитору найти адекватную замену должнику, чем важнее

для него исполнение обязательства именно должником и чем менее эффективно кредитор защищает возмещение убытков, тем более серьезные затруднения должен продемонстрировать должник, чтобы добиться отклонения иска. При этом стоит напомнить, что все эти тонкие балансировки интересов сторон уместны только в тех ситуациях, когда обязательство в случае удовлетворения иска на стадии исполнения решения суда невозможно будет исполнить без участия самого должника. Там, где решение суда может быть исполнено без участия ответчика (например, истребование акций у продавца, уклоняющегося от их переоформления), анализировать соотношение позитивного интереса кредитора и затрат должника на исполнение не нужно, и такие иски должны удовлетворяться.

1.4.4. Фактор степени затратности принудительного исполнения

Не может игнорироваться и то, какова степень тех затруднений, которые может вызвать попытка принудительного исполнения решения о принуждении к исполнению в натуре в ситуации невозможности исполнения решения без участия должника. Чем выше социальные затраты на исполнение решения суда и связанные с этим риски и неудобства, тем больше оснований для отклонения иска. Но этот фактор следует оценивать в совокупности с другими вышеуказанными аргументами в пользу против присуждения. Чем менее ярко выражен интерес кредитора в реальном исполнении обязательства именно должником, тем больше вероятность, что этот интерес окажется менее значимым, чем затруднения на стадии исполнения решения суда об исполнении обязательства в натуре.

Так, в иске следует отказать, если исполнение решения в случае его вынесения потребует не просто участия должника, но и значительно количества времени и приведет к тому, что пристав-исполнитель будет вынужден осуществлять длительный контроль за действиями должника, и при этом объективный позитивный интерес кредитора в таком принуждении вместо отказа от договора и взыскания убытков не перевешивает те социальные издержки и затруднения, которые будут вызваны в случае удовлетворения иска.

Например, судебная практика справедливо считает невозможным принуждение продавца, обещавшего построить и передать недвижимость, к выполнению обязательства по ее строительству, допуская лишь иск об отобрании недвижимой вещи, которая уже находится во владении продавца (п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54). Иное решение применительно к договорам купли-продажи создаваемой в будущем недвижимости означало бы, что приставам-исполнителям придется контролировать длительный

и зачастую многолетний процесс строительства недвижимости, несмотря на то что пристав не является компетентным лицом в данной сфере деятельности. Ключевым аргументом против удовлетворения такого иска является невозможность обеспечения надлежащего контроля за исполнением решения суда, что может привести к новым спорам уже на стадии исполнительного производства и подрывает авторитет судебной власти и судебного акта, обязательного к исполнению для должника.

Но этот фактор следует оценивать комплексно по принципу сообщающихся сосудов с возможными аргументами в пользу удовлетворения иска: чем длительнее сам процесс, к которому кредитор желает принудить должника, тем более весомым должен быть позитивный интерес кредитора в реализации взаимодействия именно с данным должником. Например, когда должник является монополистом, принуждение к длительному по протяженности предоставлению может оказаться не нарушающим запрет на злоупотребление правом.

Впрочем, однозначной и универсальной позиции высших судов по этому основанию для отказа пока нет.

1.4.5. Иные ипостаси применения запрета на злоупотребление правом к иску об исполнении обязательства в натуре

В практике встречаются некоторые примеры отклонения иска об исполнении обязательства в натуре, которые было бы разумно обсуждать через призму теста на добросовестность.

(а) Например, встает вопрос о возможности понуждения к кредитованию и предоставлению займа по консенсуальному договору.

Судебная практика ВАС РФ последовательно отказывалась признавать возможность понуждения банка к предоставлению кредита по заключенному договору кредита, несмотря на консенсуальность такого договора и отсутствие у банка права произвольно отказаться от договора (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 и п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Судя по всему, если продолжать придерживаться такой позиции применительно к кредитам, аналогичный подход должен применяться и к консенсуальным договорам займа. Тогда заемщик, столкнувшийся с тем, что банк (или займодавец по консенсуальному займу) неправомерно уклоняется от предоставления займа и тем самым нарушает свое обязательство, вправе отказаться от договора в ответ на данное нарушение и взыскивать убытки по правилам п. 5 ст. 453 ГК РФ и ст. 393.1 ГК РФ вместо реального исполнения (в том числе убытки, рассчитанные по формулам конкретной и абстрактной ценовой разницы), но не

может в судебном порядке понудить займодавца к предоставлению займа.

Такое жесткое решение не разделяется в большинстве правопорядков (например, в немецком праве взыскание с банка кредита вполне возможно). И совсем сложно найти правопорядки, которые такое ограничение применительно к денежному займу или кредиту поддерживают.

Политико-правовая основа такого решения может вызывать споры. Возможно, логика здесь состоит в том, что нередко у займодавца (банка) могут возникнуть серьезные сомнения в отношении платежеспособности заемщика, но перспективы доказывания наличия таких оснований в суде для обоснования отказа от договора в силу ст. 807 и 821 ГК РФ могут быть достаточно туманны (информация, например, может представлять собой неофициальный отчет службы безопасности банка о вовлечении руководства заемщика в преступную деятельность). Подобная информация может свидетельствовать о значительном повышении кредитного риска, но доказать эти сведения в суде может быть нелегко. В такой ситуации займодавец может быть готов возместить доказанные убытки заемщика, но не готов брать на себя риск предоставления займа (кредита). С учетом уязвимого положения займодавца (банка) на этапе до предоставления займа по консенсуальному договору займа (или кредита), возможно, такое решение и имеет под собой определенные основания. Тем не менее вопрос о целесообразности сохранения в судебной практике ограничительного подхода в отношении понуждения к предоставлению займов и кредитов может вызывать и вызывает серьезные разногласия.

Возможным решением могло бы быть применение теста на добросовестность. Если заемщик может легко получить кредит (заем), вступив в договор с третьим лицом (например, потребительский кредит), его попытка настоять на кредитовании ответчиком может быть расценена как недобросовестность. Но если выбор у заемщика ограничен и легко найти нового кредитора затруднительно (например, речь идет о крупном кредите под строительный проект), такое принуждение можно было допустить. Впрочем, вопрос может быть предметом дискуссии.

Как бы то ни было, это ограничительное правило в любом случае должно рассматриваться как диспозитивное и допускающее возможность установления в договоре возможности судебного понуждения к предоставлению займа (кредита). Политико-правовая подоплека вышеописанного правила, выработанного в рамках судебной практики ВАС РФ, явно не претендует на то, чтобы императивность такого правила была признана убедительным решением.

(б) Остро стоит также проблема присуждения к исполнению «открывающего» обязательства по синаллагматическому договору

Пункт 3 ст. 328 ГК РФ устанавливает правило, согласно которому в договоре, предусматривающем встречное исполнение, ни одна из сторон не вправе требовать исполнения от другой стороны, не предоставив причитающегося с нее встречного исполнения. Одно из возможных толкований данного положения состоит в том, что сторона синаллагматического договора не может требовать от другой стороны принудительного исполнения, не осуществив свое встречное предоставление. Нередко высказывается позиция о том, что данное ограничение касается и тех случаев, когда речь идет о попытке истребовать реальное исполнение от той стороны, которая согласно закону, обычаю или условиям договора должна была осуществить свое исполнение первой по очереди (например, истребовать внесение предоплаты или передачи недвижимости, отчуждаемой на условиях рассрочки платежа). Есть некоторые примеры применения такого ограничения на практике, но полной ясности в российском праве по данному вопросу нет.

Как представляется, здесь не стоит придерживаться жесткого запрета, а логичнее применять тест на добросовестность, и такие иски можно удовлетворять, если заключение заменяющей сделки затруднено (подробнее о данной проблеме см. комментарий к п. 3 ст. 328 ГК РФ).

1.4.6. Иные случаи злоупотребления правом как основание для ограничения иска

Выше приводился ряд примеров того, как блокировка иска о присуждении к исполнению в натуре происходит не в силу специальных указаний закона, существа обязательства или условий договора, а в силу применения запрета на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Но перечислить все возможные примеры исчерпывающим образом попросту невозможно.

Так, очевидным злоупотреблением является попытка понудить должника передать в натуре имущество, которое кредитор в силу закона или договора должен будет немедленно вернуть. Например, если покупатель пытается добиться от продавца передачи вещи в ситуации, когда покупатель сам должен был передать эту вещь третьему лицу на основании договора купли-продажи и уже впал в просрочку, и при этом созревшее требование третьего лица о передаче данной вещи перешло к тому же продавцу в результате цессии, универсального правопреемства или по иному основанию, несколько странно истребовать у продавца в натуре вещь, которую сам истец-покупатель немедленно должен будет передать ответчику-продавцу по другому обязательству.

1.5. Пропуск разумного срока на предъявление иска о понуждении к исполнению в натуре

Также надо выделить еще одно условие удовлетворения данного иска, не упомянутое в ст. 308.3 ГК РФ, но, как представляется, вытекающее из принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом.

Речь идет о том, что иск о принуждении к исполнению неденежного обязательства в натуре может быть отклонен, если он заявлен по прошествии разумного срока после того, как кредитор узнал или должен был узнать о нарушении договора, и долгая пассивность кредитора сформировала у должника разумные ожидания в отношении неосуществления кредитором права на принудительное исполнение. Иначе говоря, здесь может обсуждаться вариант применения правила эстоппель (подробнее об эстоппеле см. комментарий к ст. 10 ГК РФ).

Это условие связано с тем, что иначе создавалась бы крайне длительная (до трех лет) неопределенность в отношении перспектив выбора кредитором такой несколько экзотичной стратегии защиты, как принуждение должника к исполнению неденежного обязательства в натуре вместо выбора альтернативных средств защиты, носящих организационный характер или направленных на выплату денег (например, взыскание убытков). Так, если покупатель выявляет дефект в поставленной продукции, своевременно уведомляет об этом продавца, но предъявляет иск об устранении дефекта или о замене товара по прошествии двух с половиной лет после этого, такое поведение покупателя может быть признано злоупотреблением правом. Также может быть оценено на предмет добросовестности заявление покупателем иска об отобрании квартиры, подлежавшей передаче по договору купли-продажи, через 2 года и 11 месяцев после того, как продавец заявил о своей неспособности исполнить обязательство по тем или иным причинам.

Чем дольше кредитор не заявляет требование об исполнении неденежного обязательства в натуре, тем сильнее укрепляется уверенность должника в том, что кредитор не заинтересован в реальном исполнении обязательства и, вероятнее всего, прибегнет к компенсационным или организационным средствам защиты. Если подрядчик построил дом, но не смог выполнить 1% от согласованного объема работ, пассивность заказчика, на протяжении нескольких лет даже не напоминавшего подрядчику о данном нарушении, может вселить в подрядчика уверенность в том, что заказчик, видимо, удовлетворил свой интерес иным образом, например, обратившись к третьему лицу, или вовсе потерял

интерес в этом. В таких условиях заявление заказчиком иска под конец срока давности может подорвать разумные ожидания подрядчика. За эти года обстоятельства могут сильно измениться, должник мог попросту перепрофилировать свою деятельность и обновить в связи с этим штат сотрудников.

Иначе говоря, если кредитор так хочет добиться реального исполнения неденежного обязательства именно от должника, он, столкнувшись с просрочкой, не должен сидеть на печи, и не должен своей пассивностью давать должнику разумные основания верить в то, что кредитор потерял этот интерес.

При определении разумного срока, бездействие в течение которого блокирует право на принудительное исполнение неденежного обязательства в силу правила эстоппель, следует учитывать все обстоятельства и в том числе содержание досудебной коммуникации сторон с целью определить наличие фактора подрыва разумных ожиданий. Например, если покупатель, не получив товар вовремя, заявлял продавцу неоднократно претензии насчет поставки задержанной партии или о своем намерении в будущем заявить иск о поставке товара в натуре, данный период может быть дольше, чем в ситуации, когда покупатель, столкнувшись с просрочкой, молчал, либо такое поведение кредитора в принципе исключит квалификацию его иска в качестве недобросовестного, так как должник в течение всего срока давности должен был находиться в тонусе и не мог сформировать разумные ожидания по поводу перспектив обращения кредитора за принудительным исполнением. Главное, что следует определить, — это то, нарушает ли заявление такого иска разумные ожидания должника, образовавшиеся в результате бездействия кредитора.

При этом если право кредитора на принудительное исполнение в натуре блокируется в связи с задержкой в реализации в силу доброй совести, это не означает, что кредитор остается без защиты, он не лишается права на отказ от договора и возврат предоплаты, а также права на взыскание убытков, если сроки давности по таким требованиям не прошли.

К денежным обязательствам это ограничение неприменимо. Срока давности для защиты должника от затягивания кредитором судебной защиты своего права на получение оплаты вполне достаточно.

Данное правило известно праву некоторых зарубежных стран и международным актам унификации (ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА, п. 4 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права). Но пока в судебной практике российских высших судов подтверждения применения такого ограничения не обнаруживается.

1.6. Допустимость удовлетворения требования об исполнении различных типов неденежных обязательств

Применение указанных в п. 1.2–1.5 позитивных предпосылок для удовлетворения иска об исполнении в натуре неденежного обязательства и ограничений дает следующие результаты применительно к разным видам неденежных обязательств.

1.6.1. Иски о передаче в натуре недвижимости, документов или иной индивидуально-определенной вещи

Такие иски могут удовлетворяться по правилам ст. 398 ГК РФ при отсутствии указанных в п. 1.2.–1.5 комментария к настоящей статье оснований для отказа в них.

Условием удовлетворения данного иска является нахождение истребуемой вещи у ответчика. При этом бремя доказывания отсутствия индивидуально-определенной вещи у ответчика справедливо возлагать на последнего. Если продавец обязан передать покупателю картину, не покупатель, заявивший иск о ее отобрании, должен доказывать, что картина находится у продавца на момент рассмотрения иска, а покупатель должен, возражая против удовлетворения иска, доказать, что вещь у него отсутствует (была им продана третьему лицу, украдена у него и т.п.).

Там, где речь идет об отобрании недвижимости или иной вещи, права на которую подлежат правоустанавливающей регистрации, помимо отобрания вещи кредитор может требовать и регистрации перехода права в соответствующем реестре (ст. 551 ГК РФ). Если вещь уже передана и налицо лишь уклонение должника от регистрации, кредитор может требовать только регистрации. Если регистрация произошла, а вещь не передана, кредитор будет требовать только отобрания вещи. Если должник ни обеспечил перенос права собственности, ни передал владение, кредитор вправе требовать по суду и того, и другого.

Подробный разбор такого иска и множества различных деталей см. комментарий к ст. 398 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

Но что, если вещи у ответчика нет и истец просит суд присудить ответчика к созданию вещи или ее приобретению у третьего лица? Так как решение такого рода не может быть исполнено без участия ответчика, здесь следует применить тест на добросовестность (п. 1.4 комментария к настоящей статье). В частности, следует выяснить, каков объективный интерес кредитора беспокоить суды таким иском

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 398 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

вместо взыскания убытков, может ли кредитор легко получить аналогичное предоставление, обратившись к третьим лицам, и защитить свой позитивный интерес за счет взыскания убытков, а также степень затруднительности исполнения обязательства для должника и затруднительности контроля за исполнением решения суда в случае его вынесения.

В п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 применительно к строительству здания (сооружения) Суд прямо указал на невозможность удовлетворения иска о понуждении к строительству, но, возможно, на фоне появления в ГК РФ ст. 308.3 некоторые исключения при незаменимости должника могут быть допущены (например, при незаменимости должника).

Причем, как представляется, чем более продолжителен процесс создания вещи, тем более серьезные аргументы должны быть приведены для обоснования адекватности иска о понуждении к созданию вещи. Например, если в примере со строительством дома (который продавец должен был передать покупателю после окончания строительства) удовлетворение иска возможно в самых исключительных случаях, то в случае, когда речь идет о движимой вещи, создание которой не займет длительного времени, ситуация менее драматична.

Если принуждение к созданию вещи в принципе не подпадает под описанные в п. 1.3–1.5 комментария ограничения и, в частности, проходит тест на адекватность и добросовестность, логично соединять в иске и решении требования о понуждении к созданию вещи и передаче самой вещи по ст. 398 ГК РФ, а при необходимости и иск о регистрации перехода права в соответствующем реестре. Например, если продавец должен был по условиям договора выделить из своего участка новый участок и переоформить его на покупателя, но не делает этого, покупатель может потребовать от продавца совершить необходимые действия, направленные на выделение участка, а также отобрания участка после его создания и регистрации перехода права на него в ЕГРН. Суд в таком случае в решении закрепляет срок на проведение мероприятий, направленных на создание участка, обязывает ответчика их провести под угрозой начисления астрента, а также постановляет истребование самого участка и регистрацию перехода права под условием предварительного создания. Истребование участка и регистрация перехода права произойдут после исполнения первой части решения суда. Там же, где уникальная вещь принадлежит третьему лицу, можно обсуждать комбинацию требования об отобрании с требованием о понуждении к согласованию приобретения вещи у третьего лица для последующей передачи истцу. Здесь опять же решение суда исполня-

лось бы стадийно: сначала под угрозой уплаты судебной неустойки ответчик должен был приобрести вещь у третьего лица, а затем она становится доступной для отобрания. Тем не менее такой иск должен пройти тест на адекватность (п. 1.4 комментария к настоящей статье), что означает необходимость выяснения адекватности выбора такого способа защиты вместо отказа от договора взыскания убытков. Кроме того, даже если такой иск прошел тест на адекватность (должник незаменим), он должен по общему правилу отклоняться в силу абсолютных ограничений, указанных в п. 1.3 комментария к настоящей статье, если налицо доказательства того, что соответствующее третье лицо отказывается продавать свое имущество должнику.

ВАС РФ высказывался о невозможности понуждения продавца к приобретению отсутствующей у него недвижимости у третьего лица для последующей передачи истцу в п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54. Но, как представляется, в тех случаях, когда ответчик с трудом заменим и он в суде не представляет доказательств того, что он, в принципе, пытался приобрести вещь у третьего лица, удовлетворение иска возможно. Это тем более очевидно в случаях, когда у ответчика есть правовая возможность приобрести вещь помимо воли текущего собственника. Например, представим, что продавец, имеющий право на приватизацию квартиры, обязался ее приватизировать и затем передать покупателю, но не делает этого. Если иск о понуждении проходит тест на адекватность и истец доказал, что он заинтересован именно в этой квартире, а не какой-то другой, а взыскание убытков его адекватно не защищает (например, истец — это сосед, для которого было важно приобрести именно эту примыкающую квартиру), принуждение продавца вполне возможно, так как тому не составит труда приватизировать квартиру, в этом вопросе он не является заложником доброй воли текущего собственника.

1.6.2. Иски о переоформлении на покупателя доли в ООО, акций, патентов или товарных знаков и иных имущественных прав, учитываемых в тех или иных реестрах

Удовлетворение такого иска, направленного на переоформление регистрируемых имущественных прав в соответствующем правоустанавливающем публичном или частном реестре, возможно, если соответствующее имущество на момент рассмотрения иска принадлежит ответчику, поскольку исполнение решения возможно без участия ответчика (переоформление прав в соответствующем реестре), если налицо все позитивные предпосылки для удовлетворения требования кредитора, оговоренные в п. 1.2 комментария, и отсутствуют указанные в п. 1.3 комментария абсолютные основания для отказа в иске. Акции

или облигации будут переоформлены на покупателя в соответствующем частном реестре (п. 4 ст. 149.2 ГК РФ) или в депозитарии, доли будут переоформлены на кредитора в ЕГРЮЛ (п. 11 ст. 21 Закона об ООО). По идее, то же должно происходить и в отношении регистрируемых исключительных прав: они должны подлежать переоформлению в соответствующих реестрах объектов исключительных прав. Так как такие иски предполагают, что в случае их удовлетворения решение суда может быть исполнено без участия ответчика, анализ на адекватность выбора этого способа защиты по общему правилу не актуален.

Если на момент рассмотрения спора у ответчика отсутствует соответствующее имущество, применимы выводы, которые были сделаны выше применительно к аналогичной ситуации, возникающей в случае отчуждения индивидуально-определенной вещи (см. п. 1.6.1 комментария к настоящей статье). Если, например, по условиям договора продавец должен был сначала реализовать опцион и выкупить долю в ООО у третьего лица, а затем переоформить ее на покупателя, но не сделал этого, покупатель может заявить иск о понуждении к реализации опциона и переоформлении доли на себя. Решение суда будет исполняться стадийно. Первое требование не может быть исполнено без участия ответчика, но тест на адекватность такого способа защиты, указанный в п. 1.4 комментария к настоящей статье, здесь будет, вероятнее всего, пройден, так как заключить заменяющую сделку иску может быть проблематично, и, кроме того, для приобретения доли ответчику достаточно заявить акцепт по опциону (текущий собственник заблокировать приобретение ответчиком доли не сможет). Соответственно, суд обязывает ответчика в течение определенного срока приобрести долю под угрозой уплаты судебной неустойки и присуждает переоформление доли на истца-покупателя после этого.

1.6.3. Иск о переводе нерегистрируемых имущественных прав на кредитора

Согласно п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 в договоре, на основании которого производится уступка, может быть также предусмотрено, что требование перейдет в момент совершения отдельного соглашения, непосредственно оформляющего уступку (отдельного двустороннего документа о переходе требования). Если cedent уклоняется от подписания такого документа, цессионарий вправе требовать перевода права на себя. Из приведенного разъяснения видно, что понуждение к уступке обязательственного права возможно. По сути, в такой ситуации суд выносит преобразовательное судебное решение, не требующее исполнения, доставляя самим фактом вынесения решения то, что кредитору причиталось по обязательству. Такое

требование можно отнести к искам, предполагающим в случае их удовлетворения волеизъявляющее судебное решение и не требующим тех или иных действий от ответчика. Вступление в силу решения суда о переводе прав на истца заменяет распорядительное волеизъявление должника, которое cedent обязался совершить, но не совершил. Соответственно, право перейдет с момента вступления в силу решения суда.

Стоит, впрочем, уточнить, что удовлетворение такого иска возможно, если отсутствуют указанные в п. 1.3 и 1.4 комментария препятствия к удовлетворению такого иска (например, если обязательственное право отчуждалось в качестве дара, истребование такого права должно блокироваться).

Тот же подход применим и к иным нерегистрируемым имущественным правам, если согласно закону или договору отчуждение таких прав во исполнение обязательства должно было происходить на основании отдельного распорядительного волеизъявления (например, в случае нарушения продавцом исключительного права на литературное произведение своего обязательства перенести это исключительное право на покупателя на основании отдельного распорядительного акта).

Но что, если требуемого права у ответчика нет? Если данное право может быть приобретено у третьего лица без каких-либо затруднений и должник даже не пытался этого сделать, суд, видимо, может удовлетворить иск о понуждении должника к совершению действий по приобретению права у третьего лица и присуждению к автоматическому переводу права на истца после его приобретения. Однако это возможно, только если для кредитора должник незаменим и соблюдаются иные критерии теста на добросовестность и адекватность (п. 1.4 комментария к настоящей статье). Кроме того, такое принуждение должно блокироваться, если должник представил доказательства того, что третье лицо отказывается от отчуждения ему данного права. Так, например, в одном деле ВС РФ удовлетворил иск о понуждении cedent к уступке цессионарию отсутствующего у cedent права требования, учтя, что ответчику для приобретения требования достаточно было перечислить цену выкупа третьему лицу (Определение СКГД ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54). Действительно, если cedent достаточно уплатить долг за должника текущему кредитору для того, чтобы перехватить данное требование по п. 2 и 5 ст. 313 ГК РФ, или при наличии соглашения об уступке, предусматривающего автоматический переход права в момент уплаты цены выкупа, ответчику не составит труда приобрести право, и он не является заложником произвольного усмотрения текущего кредитора, суд может присудить ответчика к совершению действий, необходимых для приобретения права, и указать,

что право будет считаться перешедшим истцу в момент, когда оно окажется у ответчика.

1.6.4. Иски о понуждении к заключению договора или совершению иного волеизъявления

Такие иски не требуют исполнительного производства на случай их удовлетворения, поскольку судебное решение заменяет собой требуемое волеизъявление. Решение носит преобразовательный характер, вводя договор или иное сделочное волеизъявление в действие. Согласно п. 4 ст. 445 ГК РФ договор при его заключении в судебном порядке на основании иска кредитора считается заключенным на условиях, указанных в решении суда, по общему правилу с момента вступления в законную силу соответствующего решения суда. При этом дополнительных действий сторон (подписание двустороннего документа, обмен документами, содержащими оферту и ее акцепт, и т.п.) не требуется (п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Аналогичный подход был поддержан еще в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 октября 2011 г. № 4408/11. Согласно же п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 исполнительный лист не выдается по спорам о понуждении к заключению договора. Соответственно, удовлетворение такого иска возможно даже при заменимости должника.

Обязательство заключить договор может вытекать либо из федерального закона (например, публичный договор), либо из добровольно принятого обязательства, например из заключенного сторонами предварительного договора (п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49).

Требование о понуждении к заключению договора может быть заявлено вне зависимости от того, уклоняется ли обязанное лицо от заключения договора в целом или имеются разногласия в отношении некоторых условий договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 31 января 2012 г. № 11657/11, Определение СКЭС ВС РФ от 21 апреля 2016 г. № 302-ЭС16-4516, п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49).

Более подробно об иске о понуждении к заключению договора см. комментарий к ст. 445 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

В качестве еще одной ситуации, когда речь идет о понуждении к волеизъявлению, можно привести пример, когда ответчик отказы-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 445 ГК РФ – А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

вается подписать акт о реализации инвестиционного проекта. Такие действия препятствуют инвесторам в оформлении прав на объект, в строительство которого они вложили свои средства. В подобных делах кредиторы заявляют исковые требования об обязанности публично-правового образования (стороны инвестиционного контракта) подписать акт о результатах инвестиционного проекта. Как отмечено в Постановлении Президиума ВАС РФ от 4 июня 2013 г. № 1276/13 и Определении СКЭС ВС РФ от 7 декабря 2017 г. № 310-ЭС17-12472, иск о понуждении к исполнению этого обязательства является надлежащим способом защиты нарушенных прав кредиторов. В случае его удовлетворения суд, руководствуясь нормами закона, применимыми к отношениям сторон, и условиями заключенного инвестиционного контракта, указывает в судебном акте результат раздела между сторонами созданного инвестиционного объекта (помещений в созданном объекте или доли в праве собственности на него). Такой судебный акт, вступивший в законную силу, представляется вместо акта о реализации инвестиционного проекта для регистрации права собственности его участников на указанные в нем объекты.

Спорным и пока не проясненным является вопрос о принуждении к голосованию на общем собрании участников, акционеров или собраниях членов иных гражданско-правовых сообществ, если соответствующая сторона была обязана к тому или иному голосованию по условиям обязательства (например, вытекающего из корпоративного договора), но нарушила это обязательство, проголосовав иным образом или не приняв участия в собрании. Теоретически можно помыслить решение суда, обязывающее ответчика проголосовать на следующем собрании определенным образом, но это очень неудобная модель, так как период рассмотрения спора может превысить любые разумные временные пределы приготовления к следующему собранию.

Вместо этого мыслимо признание решения частично или полностью недействительным, на что применительно к корпоративным договорам о голосовании прямо указывает абзац первый п. 6 ст. 67.2 ГК РФ. Но для этого требуется, чтобы в корпоративном договоре участвовали все участники корпорации.

Более того, в ситуации, когда в корпоративном договоре участвуют все участники корпорации, теоретически можно обсуждать и исправление результатов корпоративного решения, принятого в условиях нарушения одной из сторон своих обязательств по голосованию, путем утверждения судом нового корпоративного решения. В последнем случае суд выносит возмещающее преобразовательное решение о коррекции содержания решения собрания согласно программе до-

говорных обязательств, если не представлены доказательства того, что исполнение такого обязательства незаконно, противоречит основам нравственности или правопорядка, нарушает те или иные охраняемые законом интересы. Суд в этом случае утверждает в судебном порядке новое решение таким образом, чтобы воспроизвести результат, который был бы налицо, если бы ответчик исполнил свои обязательства.

Например, представим, что согласно корпоративному договору, заключенному всеми участниками ООО, один из участников должен был проголосовать при определенных условиях за увеличение уставного капитала, но на собрании подал голос против. Взыскание убытков в такой ситуации – крайне малоэффективный способ защиты, а должник незаменим, так как кредитор не может получить предоставление в виде поданного голоса за увеличение капитала от третьего лица. Принуждение к голосованию на следующем собрании также неэффективно: сначала придется завершить все судебные разбирательства, затем созвать внеочередное собрание и только на нем рассчитывать на то, что ответчик исполнит решение под угрозой начисления астрента. Что делать если ответчик посчитает выгодным заплатить астрент, но не исполнять решение? Созывать общее собрание вновь? Это все крайне неудобно. Куда проще было бы просто вынести решение об изменении содержания принятого ранее решения, заменив поданный ответчиком голос против на голос за. В таком случае решение будет считаться измененным с момента вступления в силу решения суда. Впрочем, следует учесть, что этот вариант пока в судебной практике не подтвержден.

1.6.5. Иски о передаче информации или документации

Такие иски согласно критерию, закрепленному в п. 1.4, могут удовлетворяться, если кредитор не может легко получить необходимую ему информацию или документацию из другого источника. В данном случае иск должен удовлетворяться, несмотря на то что исполнение такого решения нередко невозможно без участия ответчика.

Высшая инстанция неоднократно высказывалась о допустимости заявления и удовлетворения требований о предоставлении информации и (или) документации в натуре (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53, Определение СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 308-ЭС18-8991, Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2012 г. № 9011/12).

В п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 приводятся два примера, в которых взыскание с ответчика убытков не сможет в полной мере восстановить нарушенное право кредитора, и суды должны склоняться к удовлетворению иска об исполнении в натуре:

- 1) неисполнение обязанности по предоставлению информации, которая имеется только у ответчика;
- 2) нарушение обязанности по изготовлению документации, которую правомочен составить только ответчик.

Как видно из названных ситуаций, ВС РФ в обоих случаях использует одно общее основание: истец не имеет возможности заключить заменяющую сделку.

К типовым ситуациям, отражающим данный подход, можно отнести следующие:

- участник или акционер юридического лица требует у общества предоставления внутренних документов (например, документов, подтверждающих права общества на имущество, находящееся на его балансе; протоколов общих собраний, заседаний совета директоров общества, ревизионной комиссии общества и т.д.);
- общество обращается к бывшему генеральному директору с требованием о передаче внутренних документов юридического лица;
- вновь избранная управляющая организация требует от прежней управляющей организации передать техническую документацию на многоквартирный дом и иные документы, связанные с управлением таким домом;
- цессионарий требует от cedenta передачи документов, удостоверяющих права требования к должнику.

1.6.6. Иски о принуждении к выполнению работ или услуг

Такие иски вызывают особый интерес. Ранее иногда суды ставили под сомнение саму возможность требовать в судебном порядке выполнения работ или оказания услуг (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 7 марта 2000 г. № 3486/99). Нередко суды рассуждали так: случай неисполнения должником обязательств по оказанию услуг или выполнению работ ст. 397 ГК РФ закрепляет за кредитором право по своему усмотрению в разумный срок поручить выполнение обязательства третьему лицу за разумную цену либо выполнить его своими силами и потребовать от должника возмещения расходов и других убытков.

Представляется, что такой грубый подход не вполне соответствует описанным в п. 1.3 и 1.4. комментария к настоящей статье критериям определения допустимости иска о понуждении к исполнению в натуре. Если кредитор может легко заменить должника и получить аналогичное предоставление от третьего лица, такой иск должен по общему правилу действительно отклоняться, а кредитору следует защищать свое право, отказавшись от договора в целом или в части, поручив выполнение работ или оказание услуг третьему лицу и предъявив нарушителю требование о возмещении убытков в виде соответствующей

ценовой разницы, либо отказаться от договора и прибегнуть к институту абстрактных убытков (ст. 393.1 ГК РФ). Но в ряде случаев принуждение к исполнению обязательств такого рода для заказчика не имеет адекватных альтернатив из-за ограниченной конкуренции на рынке, и при этом отсутствуют указанные в п. 1.3 комментария к настоящей статье абсолютные основания для их отклонения: в данной ситуации подобные иски могут все же удовлетворяться без оглядки на то, что на стадии исполнения решения не получится добиться исполнения без участия ответчика. Поэтому логично исходить из того, что ст. 397 ГК РФ сама по себе не лишает кредитора возможности по своему выбору потребовать от должника исполнения его обязательства в натуре с учетом изложенных выше ограничений. Эти положения закреплены в п. 24 и 25 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и нередко встречаются в практике высшей инстанции по конкретным делам (Определение СКЭС ВС РФ от 24 октября 2017 г. по делу № 308-ЭС17-8172 по делу об исполнении обязательства по восстановлению пункта геодезической сети).

Впрочем, если корректно применять все критерии допустимости подобного иска, обсуждавшиеся в п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье, окажется, что удовлетворение иска о принуждении к выполнению работ или оказанию услуг должно происходить в редких, скорее исключительных, случаях.

1.6.7. Иски о принуждении к устранению дефектов в переданном товаре или выполненных работах

Судебная практика такие иски в ряде случаев допускает. Так, например, удовлетворялись иски покупателей (заказчиков) о принуждении продавца (подрядчика) к устранению дефектов в переданной вещи или результате выполненной работы (Определение СКГД ВС РФ от 1 марта 2016 г. № 4-КГ15-70; постановления Президиума ВАС РФ от 28 июля 2011 г. № 3024/11, от 2 апреля 2013 г. № 17195/12). Это вполне соответствует описанному в п. 1.4 комментария к настоящей статье тесту на адекватность в тех случаях, когда защита покупателя (заказчика) посредством поручения выполнения работ по устранению дефектов третьим лицам невозможна или затруднительна и у покупателя (заказчика) есть охраняемый законом интерес защищать свое право посредством принуждения именно должника к устранению дефектов. Такая ситуация, например, имеет место тогда, когда поставщик является эксклюзивным дистрибьютором, уполномоченным на ремонт поставленной техники, а привлечение неавторизованных ремонтных компаний может быть опасным или может повлечь утрату права по гарантии. Также, видимо, можно

привести в качестве еще одной иллюстрации договор, заключенный на торгах. Привлечение сторонней ремонтной компании может быть достаточно проблематичным в связи с необходимостью проведения новых специальных торгов.

Но если истец вполне мог бы поручить устранение дефектов третьему лицу и его позитивный интерес в таком случае существенно не пострадает, в удовлетворении подобного иска следует отказывать. Истец должен в такой ситуации поручать исправление третьим лицам и защищать свой позитивный интерес за счет взыскания убытков.

1.6.8. Принуждение к передаче родовых вещей

Такое требование тоже в ряде случаев может быть допущено, но здесь требуется соблюдение ряда условий.

Судебная практика (постановления Президиума ВАС РФ от 24 июня 2003 г. № 3260/03, от 8 февраля 2002 г. № 2478/01 и от 23 февраля 1999 г. № 5033/98) долгие годы исходила из того, что иск о поставке товара в натуре должен быть отклонен, если истец не доказал фактическое наличие истребуемого товара у ответчика.

Но Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 изменило практику. Согласно абзацу второму п. 23 этого [Постановления](#) «отсутствие у должника того количества вещей, определенных родовыми признаками, которое он по договору обязан предоставить кредитору, само по себе не освобождает его от исполнения обязательства в натуре, если оно возможно путем приобретения необходимого количества товара у третьих лиц...».

Ключевое значение здесь имеет фраза «само по себе». Представляется, что здесь ВС РФ имел в виду, что сам факт отсутствия у должника требуемых товаров недостаточен для однозначного вывода о невозможности удовлетворения иска о присуждении к исполнению в натуре. Согласно описанному в п. 1.4 комментария к настоящей статье тесту на добросовестность и адекватность выбора данного средства защиты отсутствие товара у ответчика означает, что исполнение решения будет невозможно без участия ответчика. В таких условиях иск может быть удовлетворен, только если кредитор не может легко заменить должника и получить аналогичное предоставление, обратившись к третьим лицам. Соответственно, если будет доказано, что покупатель не может легко найти адекватную замену продавцу (например, в данном регионе продавец является единственным дистрибьютором соответствующего товара), такой иск не должен быть отклонен, даже если товар отсутствует у ответчика. Так что действительно само по себе отсутствие требуемого товара у ответчика не препятствует удовлетворению иска, но, если это обстоятельство сочетается с фактором наличия у истца

возможности легко заключить заменяющую сделку с иным продавцом, иск о присуждении к передаче товара должен отклоняться.

Подобный иск может также отклоняться и при наличии иных оснований для отклонения иска, указанных в п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье.

1.6.9. Негативные обязательства

Как уже отмечалось, если должник нарушает негативное обязательство или возникает реальная угроза такого нарушения, кредитор может обратиться в суд с иском о пресечении поведения, нарушающего такое обязательство (*injunction*). Данный иск, удовлетворение которого допускается п. 6 ст. 393 ГК РФ, по своей целевой направленности представляет собой вариацию иска об исполнении обязательства в натуре. Суд запрещает должнику совершать те или иные действия под угрозой административной и уголовной ответственности, он также может по заявлению истца установить астрент. Далее если ответчик нарушит запрет, он будет нарушать не просто обязательство, а судебный акт со всеми вытекающими отсюда последствиями.

Так как исполнение решения суда невозможно без соответствующего поведения ответчика, есть основания подвести данный иск под действие теста на адекватность (п. 1.4 комментария к настоящей статье). Но в подавляющем большинстве случаев данный тест будет пройден, так как должник в таких ситуациях, как правило, не может быть заменен. Это легко увидеть, если оценить самые типичные примеры — обязательства по неразглашению или по неконкурированию.

Подробнее о данном иске см. комментарий к п. 6 ст. 393 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

1.7. Проблема понуждения к исполнению кредиторской обязанности

На кредиторе по обязательству лежит особая кредиторская обязанность осуществить принятие исполнения и совершить иные действия, необходимые для обеспечения должнику возможности исполнить обязательство. Нарушение таких обязанностей влечет впадение кредитора в просрочку, что согласно ст. 406 ГК РФ дает должнику возможность взыскать с кредитора убытки, а также порождает в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ исключение признания наличия просрочки на стороне должника и, соответственно, ответственности должника и блокирует возможность применения к нему любых иных обусловленных просрочкой средств защиты. Из общих принципов права, а также применяемых

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 393 ГК РФ — В.В. Байбак).

по аналогии правил п. 3 ст. 484, п. 4 ст. 486, п. 2 ст. 515 и п. 2 ст. 719 ГК РФ, дающих продавцу (подрядчику) право на отказ от договора при уклонении покупателя (заказчика) от принятия товара (результата работ), следует также, что должник, столкнувшийся с затянувшейся просрочкой кредитора, может отказаться от договора, если такая просрочка является существенным нарушением договора.

Но может ли должник, не желающий отказываться от договора и при этом не заинтересованный в сохранении подвешенности в отношениях сторон, попытаться в судебном порядке понудить кредитора к совершению действий по обеспечению должнику возможности исполнить обязательство или к принятию собственного исполнения? Даже при отсутствии на его стороне в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ просрочки и освобождении от какой-либо ответственности должник может не желать более находиться в обязательственной связи с кредитором и поддерживать готовность исполнять обязательство в момент, когда кредитор вдруг надумает выйти из просрочки кредитора, а расторжение договора может не соответствовать его интересам. Может ли тогда должник предъявить иск о понуждении к исполнению кредиторской обязанности и рассчитывать на его удовлетворение? Если у кредитора имеется обязанность принять исполнение (а из нашего закона, предусматривающего в ст. 406 ГК РФ взыскание убытков на случай нарушения кредиторской обязанности, это недвусмысленно вытекает), то можно ли себе помыслить и иск о понуждении к исполнению этой обязанности в натуре?

Если речь идет о кредиторских обязанностях по обеспечению должнику возможности исполнить свое обязательство-предоставление, то принуждение к исполнению такой обязанности кажется принципиально противоречащим существу кредиторской обязанности. Например, принуждение заказчика к передаче вещи в ремонт неприемлемо.

Более сложный вопрос касается возможности принуждения к исполнению кредиторской обязанности принять осуществляемое должником предоставление.

Согласно п. 3 ст. 484 ГК РФ в случаях, когда покупатель в нарушение закона, иных правовых актов или договора купли-продажи не принимает товар или отказывается его принять, продавец *вправе потребовать от покупателя принять товар* или отказаться от исполнения договора. Означает ли эта норма, что российское право признает возможность принуждения к принятию исполнения?

Как представляется, принуждение к принятию исполнения представляет собой аномалию и противоречит существу такой кредиторской обязанности. Могут ли быть признаны какие-то исключения?

Если речь идет о денежном обязательстве или обязательстве передать ценные бумаги, у должника вовсе нет проблем, так как закон позволяет ему освободиться от долга путем депонирования денег или ценных бумаг у нотариуса (ст. 327 ГК РФ). Соответственно, иски о понуждении к принятию платежа или ценных бумаг должны отклоняться однозначно.

Но что, если речь идет о таком предоставлении, в отношении которого согласно закону невозможно депонирование (в первую очередь движимые вещи или недвижимость)? Должника по такому обязательству передать вещь может не устраивать ситуация, когда он уже готов передать вещь кредитору, а тот просто не собирается ее принимать. Безусловно, продавец или подрядчик, которые предложили покупателю или заказчику принять соответствующую вещь, столкнувшись с просрочкой кредитора, могут взыскать долг, если он еще не погашен (на что, в частности, прямо указано в п. 4 ст. 486, п. 4 ст. 514, п. 2 ст. 515 ГК РФ). Но что, если деньги уже уплачены, а кредитор вещь не забирает? Должник несет затраты на хранение, а депонировать вещь у нотариуса, сняв с себя обязательство по передаче вещи, он не может, так как закон такой опции не предусматривает. Какой выход из положения? Оптимальным решением видится право должника продать вещь третьим лицам по разумной цене после одного-двух предупреждений кредитора и депонировать полученную сумму у нотариуса в порядке ст. 327 ГК РФ за вычетом суммы, равной убыткам должника, возникшим в связи с просрочкой кредитора. Такое право вполне можно вывести из общих принципов права (добросовестности, разумности и справедливости) на основании п. 2 ст. 6 ГК РФ, но проще применять по аналогии закона похожие механизмы, которые предусмотрены в п. 6 ст. 720, ст. 738 ГК РФ (на случай уклонения заказчика от принятия результата выполненной работы), в п. 2 ст. 899 ГК РФ (на случай неисполнения поклажедателем своей обязанности забрать сданную на хранение вещь) и в п. 3 ст. 1003 ГК РФ и п. 2 ст. 1004 ГК РФ (на случай уклонения комиссионера от исполнения своей обязанности забрать у комитента свое имущество при досрочном расторжении договора). Аналогичное решение (право должника продать третьим лицам вещь, которую кредитор не забирает) закреплено в ст. III.–2:111 Модельных правил европейского частного права (подробнее см. комментарий к ст. 406 ГК РФ).

Но и здесь должник может столкнуться с проблемами, так как продать вещь третьим лицам может быть крайне сложно. Во-первых, эта сложность заявляет о себе, когда вещь принадлежит кредитору, и должник, будучи добросовестен, предупредит потенциальных покупателей

о том, что он продает чужое: мало кто в такой ситуации вещь купит. Кроме того, могут быть и чисто технические проблемы с отчуждением чужой вещи. Например, отремонтированный автомобиль, который заказчик почему-то не забирает из автосервиса, автосервису будет сложно продать с учетом особенностей системы регистрации транспортных средств. Во-вторых, проблема возникает и тогда, когда вещь настолько уникальна, что на нее просто не найдется желающих.

Нельзя ли допустить, что в подобных исключительных ситуациях столь нелепый на первый взгляд иск о понуждении кредитора к исполнению своей обязанности забрать вещь все-таки может быть заявлен? Возможно, такое исключение может быть обнаружено в случаях, когда должник обязан вернуть кредитору принадлежащую последнему движимую вещь и сталкивается с такой безвыходной ситуацией, когда иные механизмы защиты своих прав заблокированы или затруднены. Это касается случаев уклонения арендодателя от принятия возвращаемой арендатором движимой вещи, заказчика — от принятия отремонтированной подрядчиком вещи, поклажедателя — от принятия возвращаемой ему хранителем вещи и т.п.

Если такие исключительные обстоятельства отсутствуют, по общему правилу подобный иск должен отклоняться. Это подтверждает и практика ВС РФ. В Определении СКЭС ВС РФ от 26 июня 2020 г. [№ 305-ЭС20-4196](#) рассматривался вопрос о понуждении арендатора к принятию вещи во владение: после заключения договора аренды арендатор передумал исполнять договор и решил уклониться от вступления во владение. Суд признал, что иск о понуждении к исполнению кредиторской обязанности в такой ситуации не может быть удовлетворен. Тем самым суд посчитал, что ни интерес арендодателя во взыскании арендной платы за весь период вплоть до истечения срока действия договора аренды, ни его намерение снять с себя бремя по контролю за объектом не могут быть признаны подлежащими защите посредством такого иска. Если арендатор фактически утратил интерес в пользовании объектом и отказывается его принимать, по мнению Суда, арендодатель может довольствоваться только взысканием убытков в размере позитивного интереса и обязан предпринимать действия, направленные на их минимизацию (вероятно, посредством отказа от договора и поиска нового арендатора).

Есть и еще один связанный вопрос. Если речь идет об обязательстве произвести распоряжение имуществом, подлежащим правоустанавливающей регистрации, можно ли себе помыслить, что с иском о принудительной регистрации перехода права обратится не кредитор по такому обязательству, а должник? Такая ситуация может возникнуть

в случае, когда кредитор уклоняется от обращения к соответствующему государственному или частному регистратору.

Стоит заметить, что в п. 3 ст. 551 ГК РФ применительно к купле-продаже недвижимости указано следующее: «В случае, когда одна из сторон уклоняется от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость, суд вправе по требованию другой стороны, а в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации об исполнительном производстве, также по требованию судебного пристава-исполнителя вынести решение о государственной регистрации перехода права собственности». Иначе говоря, закон недвусмысленно делает данный механизм принудительной регистрации перехода права симметричным. По смыслу данной нормы воспользоваться судебным механизмом регистрации перехода права может не только покупатель при уклонении продавца от совершения необходимых для регистрации действий, но и продавец при уклонении покупателя от совершения аналогичных действий. В то же время абзац третий п. 11 ст. 21 Закона об ООО говорит в этом плане только о праве приобретателя доли обратиться в суд с иском о регистрации перехода права на долю в ООО — о симметричном праве продавца закон умалчивает. Пункт 4 ст. 149.2 ГК РФ также дает такое право на судебную регистрацию изменения правообладателя в системе учета прав на бездокументарные ценные бумаги только приобретателю на случай уклонения отчуждающей стороны от передачи регистратору соответствующего заявления о списании бумаг. Применительно к ситуации с регистрируемыми объектами интеллектуальной собственности возникает аналогичный вопрос, который прямо в законе не урегулирован.

На настоящий момент какой-либо судебной практики в подтверждение того или иного подхода к решению вопроса о допустимости такого своеобразного варианта принуждения к исполнению кредиторской обязанности в натуре не имеется. В принципе, применительно к ситуации с недвижимостью возможность принудительной регистрации перехода права собственности в ЕГРН на покупателя кажется вполне логичной, если владение уже передано. Продавец не желает платить налоги и нести издержки и риски, связанные со статусом собственника, забрать владение назад нет правовых оснований и посему его интерес в переводе права собственности на покупателя в реестре кажется заслуживающим защиты. Приняв недвижимость во владение, покупатель исполнил свою основную кредиторскую обязанность. Уклонение от подачи заявления о регистрации перехода права в такой ситуации не может быть оправдано. Ситуация с долями в ООО, акция-

ми, исключительными правами на регистрируемые объекты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации более спорная.

1.8. Выбор средств защиты, несовместимых с исполнением в натуре

Самостоятельным ограничением для реализации иска об исполнении обязательства в натуре является выбор кредитором способа защиты, по своей природе исключающего присуждение к исполнению в натуре. Если кредитор заявляет отказ от договора, влекущий прекращение не исполненного должником обязательства, он не может после потребовать исполнения обязательства в натуре, так как обязательства должника больше нет. То же имеет место, если кредитор заявляет должнику требование, производное от такого отказа и очевидно свидетельствующее о воле кредитора на отказ от договора (например, заявляет требование о возврате предоплаты, уплаченной за не переданную ему вещь, о взыскании убытков, понесенных в связи с заключением заменяющей сделки, или штрафа, установленного в договоре на случай срыва договора по причине его нарушения должником). Кредитор не может одновременно и заявлять о прекращении нарушенного обязательства, и требовать его реального исполнения.

Также несовместимо с требованием исправить дефект в поставленном товаре или выполненных работах в натуре заявление о соразмерном уменьшении цены или требование о возмещении своих расходов на устранение дефектов (ст. 475, 723 ГК РФ). Уменьшение цены из-за дефекта может реализовываться в сценарии принятия кредитором (покупателем, заказчиком) дефектного исполнения с восстановлением своего интереса за счет получения скидки в цене: получить и такую скидку, и исправление дефекта в натуре невозможно — необходимо выбирать. Если же кредитор сам устранил дефект, то здесь вовсе непонятно, в чем смысл подачи иска об исправлении дефекта в натуре.

Если иск об исполнении в натуре несовместим с теми или иными средствами защиты, это значит, что он не может быть заявлен после того, как реализован конкурирующий способ защиты. Но этот иск не может быть заявлен и одновременно с конкурирующим юрисдикционным способом защиты. Так, например, арендодатель не может подать иск о понуждении арендатора к осуществлению текущего ремонта в соответствии с условиями договора и одновременно заявить требование о досрочном расторжении договора по тому же основанию.

В то же время кредитор вполне может предъявить иск о понуждении к исполнению в натуре, а затем на каком-то этапе, оценив перспективы его удовлетворения и исполнительного производства, отказаться от иска и вместо реального исполнения заявить конкурирующий способ защиты. Например, заказчик, вначале подавший иск об исправле-

нии дефекта в выполненных работах, может затем передумать, отказаться от иска, поручить исправление дефекта третьему лицу и затем заявить подрядчику иск уже с иным предметом (о взыскании таких расходов в качестве убытков).

См. по данному вопросу п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и комментарий к ст. 396 ГК РФ.

1.9. Банкротство и трансформация неденежных обязательств

По общему правилу с момента признания должника банкротом и открытия в отношении него конкурсного производства требования кредиторов по неденежным обязательствам имущественного характера трансформируются в денежные (абзац седьмой п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве; абзац второй п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35; п. 33 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2016) (утв. Президиумом ВС РФ 19 октября 2016 г.)). Исключением, в частности, является банкротство застройщика, в рамках которого при определенных условиях допускается погашение требований участников строительства путем передачи им в собственность жилых помещений, машино-мест и нежилых помещений в соответствующем объекте недвижимости (ст. 201.11 Закона о банкротстве).

Кроме того, трансформация не происходит, если обязательство должника состояло в передаче кредитору вещи, принадлежащей кредитору (возврат предмета аренды, отремонтированной подрядчиком вещи, сданной на хранение вещи и т.п.). Такие вещи просто не попадают в конкурсную массу должника и подлежат выдаче собственнику. То же касается и внедоговорного обязательства вернуть принадлежащую кредитору вещь (например, реституция).

1.10. Стадия исполнительного производства

В случае подачи иска о понуждении к заключению договора (в том числе на основании ранее заключенного предварительного договора), а также к совершению иного волеизъявления исполнение решения вовсе не требуется, так как суд выносит преобразовательное решение о признании договора заключенным (п. 4 ст. 445 ГК РФ) или возникновении правового эффекта иного требуемого от ответчика волеизъявления. Своим решением суд заменяет истребуемое волеизъявление ответчика, правовой эффект возникает в момент вступления в силу решения суда, исполнительное производство не возбуждается, а исполнительные листы по таким искам не выдаются (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50).

В ряде случаев достижение кредитором фактического результата, ради которого заявляется притязание об исполнении обязательства в натуре, не происходит в силу самого факта вступления в силу ре-

шения суда, но при этом не требуется и возбуждения исполнительного производства. Так, требование о регистрации перехода права собственности на недвижимость, заявленное в соответствии с п. 3 ст. 551 ГК РФ, в случае его удовлетворения приводит к совершению Росреестром соответствующей регистрации перехода права непосредственно на основании судебного решения. То же и с присуждением к регистрации перехода права на долю в ООО, акции, регистрируемые объекты интеллектуальной собственности.

Если суд вынес решение о взыскании долга, то при нежелании должника добровольно исполнить судебный акт взыскатель в силу действующего законодательства вправе без возбуждения исполнительного производства предъявить исполнительный лист в банк (если ему известен счет должника) и вправе рассчитывать на то, что банк спишет соответствующую сумму со счета должника (ст. 8 Закона об исполнительном производстве). Кроме того, взыскатель вправе инициировать возбуждение исполнительного производства в соответствии с правилами Закона об исполнительном производстве, обратившись к приставу-исполнителю. В последнем случае обращение взыскания осуществляется приставом-исполнителем в первую очередь на денежные средства, а при их отсутствии — на любое имущество должника, за исключением имущества, защищенного исполнительным иммунитетом (ст. 446 ГПК РФ).

В других ситуациях для фактического получения истцом обещанного ему результата необходимо возбуждение исполнительного производства, и иного пути у него нет, так как без услуг приставов-исполнителей не обойтись. Это касается, например, случаев отобрания у ответчика индивидуально-определенной вещи и выселения из занимаемого помещения. Когда для исполнения решения не требуется активное участие должника, исполнение таких решений осуществляется приставами за счет применения силы.

Но иногда без воли должника исполнить решение невозможно (например, выполнение работ или оказание услуг при отсутствии у приставов-исполнителей возможности возложить исполнение на третье лицо на стадии исполнительного производства по правилам п. 7 ч. 3 ст. 68 Закона об исполнительном производстве). Согласно п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, «удовлетворяя требование кредитора о понуждении к исполнению обязательства в натуре, суд обязан установить срок, в течение которого вынесенное решение должно быть исполнено»; в этом случае «при установлении указанного срока суд учитывает возможности ответчика по его исполнению, степень затруднительности исполнения судебного акта,

а также иные заслуживающие внимания обстоятельства». Но что, если решение ответчиком не будет исполнено?

Такие решения исполняются, естественно, за счет применения к ответчику инструментов косвенного принуждения. Так, существует возможность применения мер административной (ст. 17.14 и 17.15 КоАП РФ) или уголовной (ст. 315 УК РФ) ответственности. Но эти меры оказались явно недостаточными для обеспечения уважения к судебным решениям по гражданским делам. В итоге российское право пошло на рецепцию института «астрент» (подробнее см. ниже).

1.11. Астрент

Применительно к случаям, когда исполнение решения невозможно без участия ответчика, особую актуальность представляет положение предложения второго п. 1 ст. 308.3 ГК РФ, согласно которому суд вправе присудить по требованию кредитора и в его пользу денежную сумму, которую ответчик должен выплачивать в случае неисполнения основного решения суда. В самой комментируемой норме данное взыскание именуется судебной неустойкой и имеется не вполне удачная отсылка к ст. 330 ГК РФ, что вряд ли стоит толковать как признание такого денежного взыскания договорной или законной неустойкой с последующим применением к ней правил о неустойке (например, ст. 333 ГК РФ). Судебная неустойка представляет собой абсолютно своеобразный институт.

Тут мы имеем введение в наше законодательство института *l'astreinte* (далее – астрент). В XIX в. этот институт придумали и начали использовать французские суды без какой-либо опоры на закон. Затем он распространился в праве многих стран (Голландии, Бельгии, Италии, Португалии и др.), а в 2014 г. его рецептировали и в нашем праве. Причем сделано это было, как и во Франции XIX в., судами, а не законодателем. Данный институт в 2014 г. был закреплен в п. 3 теперь уже отмененного Постановления Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22. Но законодатель себя долго ждать не заставил, и с 1 июня 2015 г. астрент был внедрен в ГК РФ в рамках новой редакции ст. 308.3 ГК РФ. ВС РФ в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (п. 28–36) закрепил целый ряд важных разъяснений в отношении применения данного института. Позднее, в 2018 г., этот институт был закреплен в АПК РФ и ГПК РФ. Согласно ч. 4 ст. 174 АПК РФ «арбитражный суд по требованию истца вправе присудить в его пользу денежную сумму, подлежащую взысканию с ответчика на случай неисполнения судебного акта, в размере, определяемом арбитражным судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовест-

ного поведения». В ч. 3 ст. 206 ГПК РФ тогда же была закреплена аналогичная норма.

1.11.1. Природа астрента

Астрент представляет собой денежную сумму, которую суд, удовлетворивший иск о понуждении к исполнению обязанности в натуре, по просьбе истца присуждает в его пользу на случай уклонения ответчика от добровольного исполнения судебного акта и в целях стимулирования неукоснительного его исполнения. Размер астрента определяет судья сам, не будучи связан никакими тарифами или предложениями истца, а присуждаемая сумма перечисляется не в бюджет (как обычные штрафы), а в доход истца.

Астрент не носит компенсационный характер. Его задача не в том, чтобы покрыть убытки истца, которые у того возникают из-за неисполнения ответчиком судебного решения, а в том, чтобы устроить ответчика и заставить считаться с судебным решением, немедленно и неукоснительно его исполнить. Задача астрента — обеспечить превенцию случаев неисполнения судебного акта. Поэтому согласно п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 астрент не идет в зачет с убытками, возникшими в связи с правонарушением (такие убытки взыскиваются независимо от астрента).

В силу стимулирующего и откровенно карательного характера астрента его уплата не освобождает ответчика от исполнения судебного решения и не освобождает его от ответственности за неисполнение обязательства (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В силу специфики обязательства по уплате астрента проценты по ст. 395 ГК РФ на сумму присужденного астрента не начисляются (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.11.2. Сфера применения

Астрент может присуждаться судом по искам не только об исполнении позитивного обязательства в натуре, но и по искам о пресечении действий должника, нарушающих негативное обязательство воздержаться от определенных действий, а также по негативным искам (п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

В силу ст. 307.1 ГК РФ норма ст. 308.3 ГК РФ об астренте применима и к обязательствам, вытекающим из корпоративных правоотношений, например, при удовлетворении иска о передаче прежним директором документации, о предоставлении информации акционерам и т.п. (см. Определение СКЭС ВС РФ от 11 июля 2017 г. № 307-ЭС16-21419).

Со ссылкой на то, что ст. 308.3 ГК РФ регулирует принуждение к исполнению гражданско-правового обязательства, ВС РФ указал

в п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, что астрент не применяется к публичным правоотношениям (например, административным спорам), к трудовым спорам, пенсионным правоотношениям, а также к семейным спорам, связанным с личными неимущественными отношениями, а равно к спорам, вытекающим из отношений по социальной поддержке. Эта позиция представляется ошибочной. Данную норму вполне можно было бы применять по аналогии в контексте смежных областей частного права (например, в трудовом и даже в семейном). Более того, также были основания задуматься над применением ее в режиме межотраслевой аналогии закона в контексте споров, вытекающих из публично-правовых, пенсионных отношений, а также отношений в области социального обеспечения. Но ВС РФ в 2016 г. на это не пошел. В то же время данное разъяснение ВС РФ утратило свое значение, так как в 2018 г. в ч. 4 ст. 174 АПК РФ и в ч. 3 ст. 206 ГПК РФ институт астрента установлен для требований, которые рассматриваются в соответствии с указанными процессуальными кодексами, без каких-либо ограничений в отношении отраслей права. А в соответствии с данными кодексами рассматриваются и семейные, и трудовые споры. Так что возможность применения астрента по семейным или трудовым спорам, рассматриваемым по правилам ГПК РФ, открылась на законодательном уровне. Более того, в свете введения нормы об астренте в указанные процессуальные кодексы есть все основания применять астрент и по спорам, вытекающим из отношений в области социального или пенсионного обеспечения. Наконец, по той же причине астрент теперь может устанавливаться по административным спорам. И в Определении СКЭС ВС РФ от 23 марта 2021 г. № 306-ЭС20-12906 Суд это окончательно подтвердил, указав на возможность установления астрента по спору с публично-правовым образованием, вытекающим из административных правоотношений, в том числе об оспаривании ненормативного акта. Астрент не упомянут в КАС РФ, но, как представляется, нет ни одного значимого аргумента, в силу которого суд не может установить астрент по административно-правовым спорам, которые рассматриваются по правилам КАС РФ.

Остаются ли какие-то исключения, актуальные в контексте актуального состояния российского права?

Во-первых, астрент согласно п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не применяется к иску о взыскании денежного долга. Видимо, ВС РФ посчитал, что начисления процентов по правилам ст. 395 ГК РФ с точки зрения стимуляции к исполнению судебного решения о взыскании достаточно, и дополнительного стимулирова-

ния не нужно. Ранее ВАС РФ в Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22 установление астрента по денежным обязательствам в виде дополнительной ставки рефинансирования, прибавляемой к той ставке, которая текла и продолжает течь в связи с просрочкой в платеже, допускал. Отказ от этой идеи представляется ошибочным шагом. Сторонники запрета начисления астрента при взыскании денежного долга могут найти намек на такое решение в ч. 1 ст. 174 АПК РФ и ч. 1 ст. 206 ГПК РФ: нормы об установлении астрента содержатся в статьях, в названии которых говорится о решениях суда, которые обязывают ответчика совершить определенные действия, не связанные с взысканием денежных средств или с передачей имущества. В самих нормах об этом не сказано, но системное толкование может навести на мысль о том, что законодатель в процессуальных кодексах поддержал позицию ВС РФ. В то же время все это не препятствует в будущем пересмотреть позицию ВС РФ и распространить институт астрента на случаи взыскания долга.

Во-вторых, в ст. 174 АПК РФ и ст. 206 ГПК РФ, в которые законодатель и интегрировал нормы об астренте в 2018 г., говорится о порядке исполнения решения суда, обязывающего ответчика совершить определенные действия, не связанные с взысканием денежных средств или с передачей имущества. Это порождает вопрос о том, не относятся ли нормы об астренте, интегрированные в рамках соответствующих пунктов указанных статей, только к тем судебным решениям, которые упомянуты в этих статьях. Применительно к денежным обязательствам вопрос пока, как мы видели, решен, и применение астрента заблокировано. Но что насчет решений о передаче иного имущества? Если да, то это может поставить под вопрос возможность установления астрента по решению об истребовании имущества. Но такой поворот судебной практики был бы ошибкой. Остается надеяться на то, что данные нормы АПК РФ и ГПК РФ будут толковаться так, что это не поставит под вопрос право истца на установление астрента по требованию о передаче в натуре движимой или недвижимой вещи или документации. До принятия этих норм процессуальных кодексов в абзаце первом п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 Суд недвусмысленно допускал установление астрента по требованию о передаче индивидуально-определенной вещи.

В то же время, как представляется, астрент логично устанавливать только по тем решениям о передаче имущества, которые обязывают ответчика передать имущество. Например, вполне возможно установление астрента по искам о выселении или отобрании индивидуально-определенной вещи: такие решения могут исполняться за счет

применения силы, но суд вполне может облегчить работу приставам, просто установив чувствительный астрент на случай уклонения от добровольного исполнения решения суда и сопротивления приставам-исполнителям. В то же время установление астрента по решениям, которые от ответчика никаких конкретных действий не требуют, но создают достаточное правовое основание для внесения записи о переходе права в соответствующих реестрах (например, в ЕГРН по правилам ст. 551 ГК РФ), вряд ли логично допускать. В этом просто нет смысла. По таким решениям суда исполнительное производство не требуется: решение направляется истцом в соответствующий регистрирующий орган или оператору частного правоустанавливающего реестра (например, регистратору акций) и на основании решения вносится запись в реестре о правах.

1.11.3. Размер астрента

Суд должен определить размер астрента так, чтобы для ответчика исполнение решения оказывалось намного более выгодным, чем неисполнение и уплата астрента. При этом в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не указано, но можно вывести из самой этой общей идеи, что при определении размера астрента суд может учитывать финансовое положение ответчика: чем больше у ответчиков средств, тем более чувствительная сумма должна присуждаться. Аналогичный подход поддержан в Определении СКЭС ВС РФ от 15 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17260. Ведь деньги подчиняются закону убывающей предельной полезности: тысяча рублей в кармане бедняка равнозначна миллиону в кармане миллиардера. Если институт астрента носит стимулирующий характер и направлен на обеспечение эффективного исполнения судебных решений, этот фактор нельзя игнорировать.

Истец, безусловно, вправе предлагать суду те или иные расчеты астрента, которые суд может как принять, так и установить меньший размер астрента. Суд свободен в установлении астрента на том уровне, который ему покажется наиболее справедливым и эффективным. Впрочем, вряд ли суд может установить в качестве астрента сумму, которая выше той, которую предложил установить истец.

Постановление Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 прямо не указывает, но из самой сути института астрента, зарубежного опыта его применения, тех разъяснений, которые ранее давал ВАС РФ в Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22, и судебной практики самого ВС РФ по конкретным делам следует, что астрент может фиксироваться как в виде твердой суммы, так и в виде своеобразных судебных пеней (в виде той или иной суммы за каждый день неисполнения

решения суда в части основных требований истца). В случае, когда суд присуждает к совершению определенного действия или прекращению определенной деятельности и мыслима просрочка в исполнении судебного акта, астрент не просто может, но и должен устанавливаться в виде пеней за каждый день неисполнения судебного акта.

При этом, как справедливо разъяснил ВАС РФ в теперь уже отменном Постановлении Пленума от 4 апреля 2014 г. № 22, эти судебные пени могут носить прогрессивный характер. Иначе говоря, суд может определить астрент в виде одной суммы за каждый день неисполнения на первую неделю, более высокой суммы за упорствование ответчика и неисполнение решения в течение второй недели и т.д. Данный вариант прогрессивного астрента представляется очень востребованным и эффективным. Такая возможность, по сути, подразумевается в рамках упоминания п. 32 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 того, что суд может указать порядок определения суммы судебной неустойки. В Определении СКЭС ВС РФ от 5 февраля 2018 г. № 309-ЭС17-13957 Суд подтвердил возможность установления прогрессивной шкалы.

1.11.4. Процедурные аспекты

Астрент устанавливается судом по заявлению истца, а не по собственной инициативе. При этом такое заявление может быть подано при подаче иска, на стадии рассмотрения дела и даже на стадии исполнительного производства. Если до момента вынесения решения истец не просил суд установить астрент, суд его не устанавливает, но, если впоследствии, столкнувшись с нежеланием ответчика исполнять решение, истец обратится в суд с заявлением об установлении астрента, он действует в своем праве, и суд должен установить астрент (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Требовать начисления астрента после вступления в силу решения суда за период до установления астрента нельзя, астрент устанавливается только на будущее (определения СКЭС ВС РФ от 15 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17260 и от 19 октября 2018 г. № 303-ЭС18-9206).

После вынесения решения суда можно ходатайствовать об установлении астрента в рамках того же дела; возбуждение нового иска об установлении астрента не требуется (Определение СКЭС РФ от 19 октября 2018 г. № 303-ЭС18-9206).

При этом суд не вправе отказать в вынесении определения об установлении астрента, если он удовлетворяет или ранее уже удовлетворил иск. Установление астрента по заявлению истца – это не право, а обязанность суда (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Суд, вынося определение об установлении астрента, согласно п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 фиксирует размер астрента или порядок его определения и сразу же выдает исполнительный лист на его взыскание. Судебный акт в части взыскания астрента подлежит принудительному исполнению только по истечении определенного судом срока исполнения обязательства в натуре. Факт неисполнения или ненадлежащего исполнения решения суда устанавливается судебным приставом-исполнителем. После установления факта неисполнения судебного решения пристав-исполнитель списывает со счетов ответчика указанную сумму астрента, начисленную за соответствующий период времени, и перечисляет ее истцу. Если ответчик продолжает уклоняться от исполнения, эта процедура списания соответствующих сумм астрента со счетов должника или обращения взыскания на иное имущество должника с целью исполнения исполнительного листа о взыскании астрента будет продолжаться до тех пор, пока решение суда, обязывающее ответчика к совершению тех или иных действий, не будет исполнено.

Государственной пошлиной заявления об установлении астрента не облагаются (Определение СКГД ВС РФ от 6 марта 2018 г. № 70-КГ17-20).

1.11.5. Смягчения

Должник не обязан уплачивать судебную неустойку с момента незаконного отказа кредитора от принятия предложенного должником надлежащего исполнения (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

При наличии обстоятельств, объективно препятствующих исполнению судебного акта о понуждении к исполнению в натуре в установленный судом срок и освобождающих ответчика от ответственности по смыслу ст. 401 ГК РФ, ответчик вправе подать заявление об отсрочке или о рассрочке исполнения судебного акта (ст. 203, 434 ГПК РФ; ст. 324 АПК РФ). Если суд удовлетворяет такую просьбу, в соответствующие периоды астрент не начисляется (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, Определение СКЭС ВС РФ от 15 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17260).

Согласно п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, если после установления астрента возникла объективная перманентная невозможность исполнения обязательства, прекращающая само обязательство (например, гибель индивидуально-определенной вещи, подлежащей передаче кредитору), то астрент перестает начисляться с момента возникновения такого обстоятельства. Возникновение указанных обстоятельств является основанием для прекраще-

ния исполнительного производства как по требованию о понуждении к исполнению в натуре, так и по требованию о взыскании судебной неустойки. В то же время астрент, начисленный за период, предшествующий возникновению данного обстоятельства, подлежит взысканию.

Назначенный судом астрент не может быть снижен по правилам ст. 333 ГК РФ, но в одном случае ВС РФ в порядке исключения допустил снижение ранее установленного астрента со ссылкой на ст. 10 ГК РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 5 июня 2018 г. № 305-ЭС15-9591). В целом снижение судебной неустойки, назначенной самим судом, представляется явной аномалией.

1.11.6. Правопреемство

При универсальном правопреемстве на стороне должника (например, при реорганизации или наследовании) обязанность по уплате астрента сохраняется и переходит к правопреемнику, на которого переходит долг ответчика (п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В данном Постановлении ВС РФ обошел стороной вопрос о переводе долга. Ранее в уже отмененном Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22 (п. 5) было указано, что при переводе долга (сингулярном правопреемстве на стороне должника по основному обязательству), если иное не предусмотрено в соглашении сторон, обязательство по уплате астрента переходит к новому должнику. Этот подход логично применять и сейчас. Впрочем, вопреки тому, что указывал ВАС РФ, соглашением нового и прежнего должника вряд ли можно отступить от действующих по умолчанию правил о переходе долга.

Впрочем, в случае с переводом долга может встать вопрос о том, будет ли переведен по умолчанию на должника долг по уплате астрента, который был начислен, но не выплачен за период до перехода основного долга, или на него переходит обязанность уплачивать астрент лишь на будущее, за период после того, как он стал должником по соответствующему основному требованию, а ранее накопившийся долг по выплате астрента останется на исходном должнике. Пока данный вопрос однозначно не решен. На практике он практически не встает, так как перевод долга из неденежного обязательства встречается редко. Более актуален вопрос о последствиях универсального преемства в долге (на случай смерти должника или при реорганизации в форме разделения, присоединения, выделения или слияния). Применительно к реорганизации кажется очевидным, что преемство должно затрагивать и начисленный астрент. А вот с преемством на случай смерти вопрос менее однозначен с учетом карательной, а не компенсационной природы астрента, сближающей его по своим целям с административ-

ным штрафом, который не наследуется (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 418 ГК РФ).

В Постановлении Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не решен вопрос о влиянии универсального или сингулярного правопреемства в основном обязательстве на стороне истца на уплату астрента. Ранее в Постановлении Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22 этот вопрос был решен положительно. Представляется, что, несмотря на утрату этого разъяснения, у судов не должно быть сомнений, что при замене истца в связи с универсальным преемством астрент сохраняется, продолжает начисляться уже в пользу нового кредитора, и к нему же переходит и требование о выплате ранее начисленного астрента. Применительно к ситуации с сингулярным преемством в результате цессии вопрос более тонкий и связан с некоторой неопределенностью в толковании п. 1 ст. 384 ГК РФ, предписывающего подразумеваемый автоматический переход к цессионарию дополнительных прав кредитора при уступке основного притязания. Очевидно, что на будущее астрент будет причитаться уже цессионарию, но вопрос о подразумеваемой воле сторон уступить и требование о выплате уже начисленного астрента может обсуждаться. Сторонам стоит проговорить вопрос о судьбе этого начисленного астрента в соглашении, на основании которого происходит уступка. В конечном итоге все зависит от толкования такого соглашения.

1.11.7. Императивность

Исключить в договоре заранее возможность присуждения астрента нельзя (п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

1.11.8. Действие во времени

Требовать астрент можно и тогда, когда вынесено решение о присуждении к исполнению договора, заключенного до 1 июня 2015 г. (Определение СКГД ВС РФ от 11 сентября 2018 г. № 37-КГ18-4).

1.12. Замена способа исполнения

Если суд вынес решение об исполнении неденежного обязательства в натуре (выполнении работ, передаче товара и т.п.), а на стадии исполнительного производства выявляется затруднительность или тем более невозможность его исполнения, суд своим определением на основании соответствующего ходатайства истца, ответчика или пристава может изменить способ или порядок исполнения решения (ст. 324 АПК РФ, ст. 203 ГПК РФ). Судебная практика стала толковать данную норму расширительно и после некоторых колебаний стала на основании данных положений закона допускать возможность под видом изменения способа исполнения судебного решения фактическую замену на стадии исполнительного производства предмета самого требования

с исполнения в натуре на присуждение денежной компенсации (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2015 г. № 304-ЭС14-6750, Постановление Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. № 12981/12, п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50). Конечно же, здесь речь идет не об изменении способа или тем более порядка исполнения, и суд фактически допускает изменение предмета самого требования с исполнения в натуре на присуждение денежного суррогата. Логика такого расширительного толкования состоит в процессуальной экономии и избегании нового судебного процесса.

Наиболее часто встречающимися случаями замены предмета требования под видом изменения способа исполнения судебного акта являются случаи присуждения в пользу истца определенного имущества, которое у ответчика не обнаруживается, или обязанности ответчика совершить определенные действия, которые тот потерял возможность совершить (например, в связи с отзывом необходимой лицензии). Обычно при замене способа исполнения таких решений присуждается рыночная денежная стоимость присужденного имущества или стоимость соответствующих работ или услуг, которые истец поручает третьему лицу для того, чтобы защитить свой позитивный интерес.

Стоимость присужденного имущества должна определяться, согласно позиции ВАС РФ и ВС РФ, исходя из цен, действующих на момент предъявления заявления о замене «способа» исполнения (Определение СКЭС ВС РФ от 15 апреля 2015 г. № 304-ЭС14-6750, Постановление Президиума ВАС РФ от 4 марта 1997 г. № 5205/94). В данном случае речь идет, как правило, о взыскании убытков. Но если само имущество было объектом купли-продажи и за него вносилась цена, а рыночная стоимость имущества оказалась выше уплаченной истцом цены, такая конвертация предмета притязания приводит к тому, что *de facto* договор в этой части расторгается, покупателю возвращают цену и возмещают абстрактные убытки по модели позитивного договорного интереса. Более сложен вопрос определения природы такой компенсации в ситуации, когда рыночная стоимость оказалась ниже уплаченной цены: может ли здесь покупатель потребовать присуждения денежной компенсации в размере уплаченной цены? Как представляется, это было бы логично. Разумно исходить из того, что в такого рода случаях размер денежной компенсации должен определяться на основании текущей рыночной цены, но не быть меньше цены, уплаченной покупателем за данное имущество по договору.

Если истец, не добившись от ответчика исполнения решения о совершении определенных работ / услуг или передачи документации,

поручил выполнение работ / услуг или изготовление документации третьим лицам, он, согласно судебной практике, может рассчитывать на изменение способа исполнения решения суда на взыскание понесенных им расходов (постановления Президиума ВАС РФ от 19 марта 2013 г. № 12981/12, от 25 октября 2011 г. № 5910/11; п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 153). Более того, согласно практике ВАС РФ, истец вправе претендовать на взыскание суммы расходов, которые он еще не понес, но которые он вынужден будет понести, обратившись к помощи третьих лиц, в связи с неисполнением ответчиком судебного акта (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 10562/12). ВАС РФ обосновал это тем, что согласно ст. 15 ГК РФ в качестве убытков можно взыскать расходы, которые пострадавший еще не понес, но вынужден будет понести для восстановления нарушенного права. Если речь шла о действиях, которые ответчик должен был совершить в силу sinalлагматического возмездного договора, по которому истец уплатил цену, фактически истец добивается вместо присуждения к исполнению обязанности в натуре расторжения договора, возврата уплаченной цены и возмещения убытков либо по модели убытков по заменяющей сделке, либо по модели абстрактных убытков.

Но это не единственная возможная квалификация природы денежной компенсации. Например, если был подан иск о возврате неосновательного обогащения в натуре, но после присуждения имущество у ответчика не обнаружено, замена «способа» исполнения на взыскание денежной стоимости фактически означает конвертацию возмещения неосновательного обогащения в натуре в возмещение такого обогащения в денежном эквиваленте (ст. 1105 ГК РФ).

С учетом сказанного важно уточнить, что положения ГПК РФ и АПК РФ, допускающие изменение способа исполнения решения суда по заявлению как истца, так и ответчика и пристава-исполнителя, в отношении такого варианта фактической процессуальной подмены предмета требования под видом замены способа исполнения должны применяться ограничительно. Безусловно, должник может ходатайствовать об изменении способа и порядка исполнения в строгом смысле этих понятий, но не вполне логично с точки зрения базовых принципов диспозитивности цивилистического процесса, чтобы замену предмета притязания при невозможности исполнения изначально вынесенного решения суд производил по инициативе ответчика (должника) или пристава-исполнителя. Если после вынесения решения возникла невозможность исполнения (например, требуемая вещь погибла или пропала), а истец не требует замены «способа» исполнения, исполни-

тельное производство должно оканчиваться, и ответчик инициировать «конвертацию» решения в присуждение денежной компенсации не может.

Более сложный вопрос возникает в ситуации возникновения не возможности, а затруднительности исполнения решения суда. В таком случае у ответчика может быть легитимный интерес в подаче заявления о замене «способа» исполнения на взыскание с него денежной компенсации, если в обратном случае он вынужден продолжать уплачивать астрент. Но полной ясности по данному вопросу нет.

Как указано в Определении КС РФ от 18 декабря 2003 г. № 467-О, процессуальное законодательство не содержит перечня оснований для изменения способа и порядка исполнения судебного акта, а лишь устанавливает критерий их определения — обстоятельства, затрудняющие исполнение судебного акта, предоставляя суду возможность в каждом конкретном случае решать вопрос об их наличии с учетом всех обстоятельств дела.

Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 5 апреля 2011 г. № 17268/08 было отмечено, что достаточными доказательствами для замены способа исполнения судебного акта на денежное взыскание являются, в частности, установление специалистами, привлеченными в порядке ст. 61 Закона об исполнительном производстве, факта невозможности идентификации истребованного оборудования.

1.13. Право на отказ от договора и присуждение к исполнению в натуре

Интересный вопрос возникает в ситуации, когда в силу закона, обычаев, условий договора или принципа доброй совести одна из сторон договора вправе немотивированно отказаться от договора, эта сторона свое право на отказ не реализовала, но от исполнения обязательства уклонилась, и кредитор обратился в суд с иском о принудительном исполнении. То же и в случае, когда право на отказ было не безусловным, а могло быть реализовано при наступлении определенных условий, эти условия наступили, но должник к моменту обращения кредитора в суд такое право не реализовал. Препятствует ли само по себе наличие у ответчика права на отказ от договора удовлетворению иска? Очевидно, что нет. Если поставщик вправе отказаться от договора на будущее, воспользовавшись тем, что покупатель ранее допустил существенную просрочку при оплате предыдущей партии или курс иностранной валюты вырос выше порога, по достижению которого договор предоставляет поставщику возможность выхода из договора, наличие такого права само по себе не препятствует удовлетворению иска о понуждении к поставке товара.

Но что, если ответчик заявит о реализации своего права на отказ после предъявления иска? Если ответчик не утратил это право по тем или иным основаниям (например, в силу правила эстоппель), он может реализовать его и после предъявления иска и сослаться на это в своих возражениях. Если такой отказ прекращает его обязательство (что будет далеко не всегда, так как многие обязательства особенно в контексте договора, предполагающего пролонгированное исполнение обязательств по частям, переживают расторжение) и суд найдет отказ правомерным, в иске должно быть отказано. Например, если сторона договора мены передала контрагенту некое имущество и заявила иск об исполнении встречного обязательства, но ответчик далее обнаружил существенный дефект в переданном истцом имуществе и заявил правомерный отказ от договора, в иске должно быть отказано.

Но проблема возникает в контексте ситуации, когда решение о присуждении уже вынесено. Может ли ответчик реализовать свое право на отказ от договора с целью прекратить обязательство, принудительное исполнение которого суд присудил, после вынесения решения? Во многих случаях сам факт того, что ответчик не реализовал право на отказ в ходе судебного разбирательства, будет свидетельствовать в пользу блокирования такого отказа в силу эстоппеля. Это касается тех случаев, когда право на отказ зависело от наступления условия, это условие наступило до подачи иска или в ходе рассмотрения спора, и об этом ответчику было известно, но тем не менее ответчик отказ не заявил. В принципе, видимо, следует блокировать и право на немотивированный отказ от договора как минимум в части того созревшего обязательства, которое было просрочено и к исполнению которого суд присудил: если ответчик не удосужился реализовать его в ходе рассмотрения спора, парализация исполнения решения суда путем заявления такого отказа после вынесения решения явно недобросовестна.

Но могут быть случаи, когда вынесение решения о присуждении может не заблокировать право ответчика на отказ от договора с целью прекращения обязательства, к исполнению которого присудил суд.

Во-первых, спорный случай имеет место тогда, когда само основание для отказа возникло после вынесения решения или когда ответчик узнал о наличии такого основания для отказа после вынесения решения. Представим, что в вышеописанном примере с меной ответчик выявил существенный дефект в полученном от истца ранее имуществе уже после удовлетворения иска о присуждении к исполнению его собственного обязательства. Или такой пример: суд присудил заказчика к оплате выполненных работ, после чего в результате работ выявляется существенный дефект, который дает заказчику право на отказ от до-

говора и прекращение своего долга по оплате. Как в такой ситуации быть?

То же и в случае, когда соответствующее основание для отказа возникло после вынесения решения. Представим, что суд присудил арендодателя к передаче определенного производственного комплекса арендатору на основании п. 3 ст. 611 и ст. 398 ГК РФ, но далее у арендатора отзывают лицензии, необходимые для работы на соответствующем арендуемом объекте, что согласно программе договорных правоотношений и, в частности, п. 3 ст. 450.1 ГК РФ является основанием для отказа арендодателя от договора.

Неужели мы будем блокировать отказ от договора в таких ситуациях?

Это может показаться несправедливым и не вполне эффективным. Один из вариантов решения данной проблемы таков: подача и удовлетворение судом заявления о прекращении исполнения решения суда в связи с прекращением обязательства. В ст. 43 Закона об исполнительном производстве такое основание не предусмотрено, так что здесь потребуются расширительное толкование закона.

Впрочем, данный вопрос на стыке материального и процессуального права требует более серьезного анализа.

Во-вторых, еще один спорный случай будет налицо в тех случаях, когда суд присуждает к осуществлению пролонгированного и периодического предоставления на будущее. Представим, что суд присудил энергоснабжающую организацию к обеспечению договорного объема подачи электроэнергии на будущее (как было показано в п. 1.2.3 комментария к настоящей статье, иногда такие иски удовлетворяются), но далее через пару лет наступают условия для отказа энергоснабжающей организации от договора. Видимо, и в таком случае отказ от договора возможен, но, так как имеется судебное решение о присуждении к исполнению, это следует тем или иным образом реализовать в плане прекращения процессуальных правоотношений.

2. Принуждение к исполнению в натуре и ответственность за нарушение

Как справедливо отмечено в п. 2 комментируемой статьи, то, что кредитор смог добиться принуждения к исполнению обязательства в натуре, не означает, что кредитор лишен возможности привлечь должника к ответственности за нарушение обязательства по правилам гл. 25 ГК РФ. Если должник нарушил обязательство, а затем кредитор смог добиться его реального исполнения по суду, кредитор реализует свой позитивный договорный интерес, но при этом исполнение все

равно окажется ненадлежащим, так как в подавляющем большинстве случаев будет осуществлено на основании судебного решения с просрочкой. Соответственно, возникающие у кредитора убытки он также вправе взыскать с должника, если нет оснований для освобождения должника от ответственности.

Дополнительная литература

Громов А.А. Влияние невозможности исполнения на право требовать исполнения договорного обязательства в натуре: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017.

Ерохова М.А. О снижении судебной неустойки. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 05.06.2018 № 305-ЭС15-9591 // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 4–13.

Ерохова М.А. О судебной неустойке в российском праве. Анализ практики 2015–2017 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 7. С. 97–111.

Карапетов А.Г. Иск о присуждении к исполнению обязательства в натуре. М., 2003.

Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав: экономический взгляд [Начало] // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 11. С. 24–80; [Окончание] // Вестник экономического правосудия РФ. 2014. № 12. С. 24–73.

Павлов А.А. Присуждение к исполнению обязанности как способ защиты гражданских прав. СПб., 2001.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1185–1276.

Kleinschmidt J. Specific Performance // Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier. Vol. II. Oxford, 2012.

Oosterhuis J. Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century: Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation. Leiden; Boston, 2011.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Chr. von Bar, E. Clive. München, 2009. P. 824–843.

Reppen T. Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft. Paderborn; München; Wien; Zürich, 1994.

Riehm Th. Der Grundsatz der Naturalerfüllung (= Jus Privatum. Bd. 191). Tübingen, 2015.

Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives (= *Ius Commune Europaeum*. Vol. 71) / Ed. by J. Smits, D. Haas, G. Heslen. Antwerp; Oxford; Portland, 2008.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 832–840, 1579–1626.

The Right to Specific Performance. The Historical Development / Ed. by J. Hallebeek, H. Dondorp. Antwerp; Oxford; Portland, 2008.

Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. Oxford, 1988. P. 43–75.

Unberath H. Die Vertragsverletzung. Tübingen, 2007.

Weller M.-P. Die Vertragstreue. Tübingen, 2009.

Статья 309. Общие положения

Обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Условиями сделки может быть предусмотрено исполнение ее сторонами возникающих из нее обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления его сторон путем применения информационных технологий, определенных условиями сделки.

Комментарий

1. Надлежащее исполнение обязательства

Комментируемая норма, во-первых, закрепляет идею, прямо вытекающую из самой природы обязательства как юридической связи (должник должен исполнять обязательство надлежащим образом).

Во-вторых, эта же норма конкретизирует источники формирования содержания обязательства, т.е. устанавливает, что может определять требования к надлежащему исполнению.

Согласно данной норме то, что конкретно должен делать или не делать должник, может определяться условиями самого обязательства (имеются в виду в первую очередь условия договоров и односторонних сделок, порождающих само обязательство) и положениями закона или иных правовых актов (т.е. императивными и не исключенными соглашением сторон или положениями односторонних сделок диспозитивными нормами), как применимыми к отношениям сторон напря-

мую, так и в результате аналогии закона (ст. 6 ГК РФ) (о соотношении условий договора и положений закона или иных правовых актов см. комментарий к п. 4 ст. 421 и ст. 422 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). К этой же категории следует отнести и положения международных договоров, ратифицированных Российской Федерацией (например, Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров).

В части, не урегулированной условиями порождающих обязательство договоров (односторонних сделок) и диспозитивными или императивными нормами закона, иных правовых актов и международных договоров, содержание обязательства может определяться правовыми обычаями. На этот счет есть также прямое указание в ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ. В ряде случаев при наличии в норме закона указания об инверсии иерархии обычай применяется в приоритетном порядке по отношению к такой норме, но по общему правилу нормы закона, включая диспозитивные, имеют приоритет перед обычаем. То же и с условиями сделки: по общему правилу обычай не могут отменить прямо выраженное условие сделки и могут лишь восполнять программу порождаемых сделкой правоотношений, но закон может установить императивную норму, уточнив, что иное может следовать из обычая, и одновременно заблокировав право сторон отступать от предписаний данной законодательной нормы. В такой ситуации отклоняющийся от нормы обычай может оказаться сильнее условия сделки (о природе обычая см. комментарий к ст. 5 ГК РФ в другом томе серии #Глосса²).

Что же касается указания в комментируемой норме в связке с обычаем на «иные обычно предъявляемые требования», следует заметить следующее. Часто то, что должен сделать должник, может определяться тем, что обычно ожидает получить кредитор. Эти ожидания формируются с учетом сложившейся практики на том или ином рынке или в тех или иных нерыночных отношениях. Иногда специальные нормы дублируют ссылку на учет обычно предъявляемых требований. Например, согласно п. 2 ст. 469 ГК РФ «при отсутствии в договоре купли-продажи условий о качестве товара продавец обязан передать покупателю товар, пригодный для целей, для которых товар такого

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментариев к ст. 421 ГК РФ – А.Г. Карапетов, к ст. 422 ГК РФ – А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

² Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 5 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

рода обычно используется». Речь идет, по сути, об обычном качестве товара, т.е. таком качестве, которому подобный товар в большинстве случаев соответствует с учетом конкретных обстоятельств заключения договора. Например, если продается двухлетний автомобиль, то наличие у него пробега и износа деталей, соответствующих обычным условиям использования автомобиля в данном регионе в течение двух лет, подразумевается. Соответственно, если автомобиль в реальности имеет куда более интенсивный износ и значительно больший пробег в силу того, что он использовался в качестве такси, это будет являться нарушением подразумеваемого условия о качестве. Если завод-изготовитель продает производимое им оборудование и в договоре или в рамках преддоговорного информирования покупателя не сказано, что оборудование ранее использовалось, подразумевается, что оно является новым, так как обычно завод-изготовитель продает свою продукцию, которая ранее не была в употреблении, и иное противоречило бы разумным ожиданиям покупателя.

Но обычно предъявляемые требования могут касаться не только качества, но и иных модусов исполнения обязательства и иных аспектов обязательственных правоотношений. Например, согласно п. 2 ст. 474 ГК РФ, «если порядок проверки качества товара не установлен в соответствии с п. 1 данной статьи, то проверка качества товара производится в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно применяемыми условиями проверки товара, подлежащего передаче по договору купли-продажи». Другой пример: согласно ст. 992 ГК РФ комиссионер обязан исполнить договор на наиболее выгодных для комитента условиях и в соответствии с его указаниями, а при отсутствии указаний — в соответствии с обычаями делового оборота и обычно предъявляемыми требованиями (ст. 992 ГК РФ).

При этом для учета обычно предъявляемых требований необязательно наличие специальной нормы закона, которая на это указывает, достаточно общего упоминания этого критерия в ст. 309 ГК РФ. Так, обычно кредитор по денежному обязательству, размер которого исчисляется миллионами рублей, не ожидает, что должник привезет ему эту сумму в монетах, и поэтому попытка доставить кредитору грузовик с монетами будет явным нарушением правила, выводимого из обычно предъявляемых требований.

В этом плане может встать вопрос о соотношении обычая и категории обычно предъявляемых требований. В советском праве часто обычай и обычно предъявляемые требования воспринимались как синонимы. При принятии ГК РФ 1994 г. законодатель стал разделять категории «обычай делового оборота» и «иные обычно предъявляемые требова-

ния», видимо, имея в виду, что первые относятся только к предпринимательским отношениям, а вторые представляют собой те же обычаи, только регулирующие некоммерческие отношения. Но в 2013–2015 гг. в ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК РФ упоминание делового оборота при определении обычая отпало, и общие положения ГК РФ теперь говорят об обычае вообще. Имеются ли основания для такого разграничения?

Этот вопрос не вполне прояснен. Можно ли сказать, что продажа частным лицом автомобиля с пробегом и уровнем износа, примерно соответствующим обычным условиям эксплуатации в данном регионе, представляет собой обычай — некое неписанное правило, которое, как правило, соблюдается в обороте и воспринимается как норма, которой необходимо следовать, если иное не оговорено? Возможно, да. Если так, то основания для принципиальной дифференциации обычаев и обычно предъявляемых требований, действительно, исчезают: исполнение обязательства с учетом обычно предъявляемых требований и основанных на сложившейся практике оборота разумных ожиданий кредитора, если иное не оговорено, формирует тот самый правовой обычай. Если это так, то в вышеуказанных примерах передача автомобиля или оборудования, не соответствующих по качеству ожиданиям покупателя, которые основаны на сложившейся на рынке практике, либо противоречащее сложившейся практике погашение значительного денежного долга купюрами, а не монетами при отсутствии договоренности об ином представляют собой нарушение правового обычая.

Согласно ст. 6 ГК РФ в ситуации пробела в правовом регулировании обязательственных отношений суд может определить релевантное «неписанное» правило на основании аналогии права, выведя его дедуктивно из общих принципов частного права, как прямо закрепленных в ст. 1 ГК РФ, так и индуцированных в результате обобщения отдельных норм закона, доктрины и судебной практики (подробнее об аналогии права см. комментарий к ст. 6 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Среди таких общих принципов п. 3 ст. 1 ГК РФ выделяет и принцип доброй совести. Согласно все той же ст. 6 ГК РФ, а также п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ лицо должно исполнять свое обязательство в соответствии с общим принципом добросовестности (в ст. 6 ГК РФ помимо добросовестности упоминаются также требования разумности и справедливости, что представляется тавтологией). Некоторые требования, которые должен соблюдать должник, не закреплены ни в каком-либо писаном

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 6 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

источнике права, ни в условиях сделок и не следуют из сформировавшегося правового обычая, а вытекают из принципа добросовестности, т.е. выводятся из соображений разумности и справедливости. Последнее фактически означает наличие у суда компетенции сформировать такое правило в чисто правотворческом формате с учетом специфики конкретного обязательственного отношения, обстоятельств заключения конкретного договора и сложившейся практики отношений сторон, а также (абстрактно) типа обязательственных отношений или вида договора, политико-правовых соображений, а также подразумеваемой (наиболее вероятной) воли сторон в целях обеспечения разумного (в том числе экономически эффективного) и справедливого баланса интересов сторон, ретроактивно применить это правило к отношениям сторон и, в частности, при необходимости привлечь одну из сторон к ответственности за нарушение такого неписаного правила.

В ряде ситуаций, выводя некое требование к поведению из доброй совести, суд будет восполнять истинный пробел в программе обязательственного правоотношения (т.е. формировать правило, без которого обязательственное правоотношение в принципе не может быть реализовано), в ряде других случаев – восполнять телеологический пробел (т.е. формировать правило, без которого программа отношений может обойтись, но реализация правоотношения приведет к явной несправедливости) (подробнее о различии истинного (формально-логического) пробела и телеологического пробела см. комментарий к ст. 6 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Этот способ *ex post* (ретроспективного) формирования судом требований к поведению сторон с опорой на общие принципы права и принцип доброй совести в частности широко известен в зарубежном праве и признается в актах международной унификации частного права. Например, согласно п. 2 ст. II.–9:101 Модельных правил европейского частного права «в случае необходимости решения вопроса, который стороны не предвидели или не решили, суд может исходить из наличия дополнительного условия, учитывая при этом, в частности: (а) природу и цель договора; (б) обстоятельства, при которых договор был заключен; а также (с) требования добросовестности и честной деловой практики». О том же говорят и ст. 5.1.2 и 4.8 Принципов УНИДРУА, добавляя к доброй совести еще и разумность, а также намерения самих сторон.

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 6 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Этот подход в последнее время применяется российскими судами (см. комментарий к п. 3 ст. 307 ГК РФ, более подробный разбор выполняющей функции принципа доброй совести см. п. 3 комментария к ст. 1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Остается отметить, что выведение исполняющего программу обязательственного правоотношения правила из обычаев (обычно предъявляемых требований), а также из общих принципов права и, в частности, принципа доброй совести могут быть разграничены с большим трудом. Нередко обоснование правила, исполняющего программу обязательственных отношений, может сводиться как к апелляции к обычаю (обычно предъявляемым требованиям), так и опираться на гибкие принципы права. Например, часто вышеописанный пример с погашением значительного долга монетами приводится в качестве иллюстрации применения принципа добросовестности при исполнении обязательства, хотя его же можно объяснить тем, что на рынке сложился обычай погашать значительный долг либо безналичным переводом, либо крупными купюрами. Но сферы применения этих инструментов не совпадают. В ряде случаев то или иное правило может представляться разумным и справедливым с учетом чисто нормативных представлений суда об адекватном регулировании того или иного не урегулированного в позитивном праве или условиях сделки вопроса, но нельзя сказать, что соблюдение данного правила представляет собой сложившуюся практику отношений сторон подобных обязательств.

О сложном вопросе соотношения исполнения программы договорных правоотношений за счет применения, в частности, общих принципов права и принципа доброй совести, с одной стороны, и инструментов толкования договора — с другой см. комментарий к ст. 431 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса². На практике провести разграничение между исполнением программы обязательства неким правилом, выводимым из доброй совести, с одной стороны, и творческим толкованием данной программы, не всегда просто. В некоторых странах это четкое разграничение не проводится, и принято говорить о исполняющем толковании договора, но кажется более предпочтительным разграничивать эти феномены: там, где суд разви-

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор п. 3 комментария к ст. 1 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

² Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 431 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

вает программу договорных правоотношений за счет внедрения в нее некоего правила, не оговоренного сторонами и не следующего из формальных источников позитивного права или обычаев, он не толкует волеизъявление сторон, а восполняет его во имя обеспечения баланса интересов сторон, легитимируя этот процесс применением принципа доброй совести (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) или более конкретных правовых принципов.

2. Смарт-контракты

Согласно абзацу второму комментируемой статьи условиями сделки может быть предусмотрено исполнение ее сторонами обязательств при наступлении определенных обстоятельств без направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления его сторон путем применения информационных технологий, определенных условиями сделки.

Рассматриваемое положение появилось в ГК РФ в результате поправок, внесенных в рамках так называемого Закона о цифровых правах (Федеральный закон от 18 марта 2019 г. № 34-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»). Основным его предназначением является формальное выполнение поручения Президента РФ, в котором была сформулирована необходимость законодательной разработки определений ряда понятий, связанных с блокчейном и финтехом, в том числе понятие «смарт-контракт»¹.

Изначально предполагалось закрепить понятие «смарт-контракт» в специальном законе «О цифровых финансовых активах», первоначальная редакция которого определяла смарт-контракт как «договор в электронной форме, исполнение прав и обязательств по которому осуществляется путем совершения в автоматическом порядке цифровых транзакций в распределенном реестре цифровых транзакций в строго определенной таким договором последовательности и при наступлении определенных им обстоятельств»². Однако впоследствии было решено уйти от привязки данного термина исключительно к отношениям, регламентируемым законодательством о цифровых финансовых активах, и отразить суть смарт-контракта в ГК РФ.

¹ Перечень поручений Президента РФ по итогам совещания по вопросу использования цифровых технологий в финансовой сфере (21 октября 2017 г.).

² Проект федерального закона № 419059-7 «О цифровых финансовых активах, цифровой валюте и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».

2.1. О природе смарт-контракта и ее отражении в п. 2 ст. 309 ГК РФ

Первые упоминания понятия «смарт-контракт» можно найти в 90-е гг. XX в. в работах Ника Забо (*Nick Szabo*), который определял его как «компьютеризированный транзакционный протокол, который исполняет условия договора»¹. Данный подход можно условно обозначить как смарт-контракт в широком смысле, поскольку в этом случае не имеет значения ни архитектура инфраструктуры, используемой для реализации протокола, ни характер или объем условий договора, исполняемых посредством него. Даже автомат по продаже газировки подпадает под указанную дефиницию. Возможно, поэтому на тот момент сама идея смарт-контракта не получила дальнейшего развития в технической литературе. К тому же мощностные компьютерных технологий на тот момент не позволяла реализовать большую часть преимуществ этой идеи применительно к различным договорным контекстам.

Ситуация изменилась с появлением в 2015 г. платформы для создания смарт-контрактов *Ethereum*, имеющей в основе технологию блокчейна, ранее доказавшую свою жизнеспособность на примере криптовалюты *Bitcoin*. Использование децентрализованной и распределенной архитектуры технологии блокчейн позволило не просто автоматизировать отдельные аспекты исполнения договора, но и вывести договорные отношения на новый уровень самоисполнимости, не зависящей от платежеспособности и (или) оппортунистического поведения контрагента в будущем.

Как только актив, существующий исключительно в цифровой среде (криптовалюта либо информация иного рода, а в перспективе, возможно, и цифровой рубль²), выступающий объектом договора, передается посредством смарт-контракта под контроль программного кода, имплементированного на блокчейне, дальнейшая судьба такого актива определяется исключительно таким программным кодом. Программный код тем самым становится формой отражения договорных условий. В отличие от привычной автоматизации отдельных процессов исполнения договора, к которым все привыкли, например, предоставления возможности скачивания цифрового контента или разблокировки доступа к арендуемому объекту (например, электросамокату или каршеринговому автомобилю) после поступления оплаты, программный код такого смарт-контракта контролируется не одной из сторон договора, а автономно исполняется на множестве компьютеров (узлов блокчейна), неподконтрольных сторонам договора. Тем

¹ Szabo N. *Smart Contracts* (1994).

² См.: *Концепция цифрового рубля* (апрель 2021 г.) / Банк России. М., 2021.

самым ни одна из сторон не имеет возможности в одностороннем порядке изменить, в том числе «задним числом», установленные правила «автоматизации исполнения» либо впоследствии отказаться от них. Соответственно, доверие к контрагенту, обеспечиваемое в классическом договорном праве инфраструктурой принудительной системы государства, заменяется в смарт-контракте на доверие к программному коду, исполнение которого обеспечивается децентрализованной инфраструктурой, объединенной общими общедоступными для ознакомления техническими правилами взаимодействия (протоколом). Таким образом, суть такого смарт-контракта не столько в автоматизации исполнения как такового, а в обеспечении автономности процесса его автоматизированного исполнения и его независимости от последующего поведения сторон, и такая полная автономность не может быть обеспечена в отрыве от блокчейна. Примечательно, что существующие в зарубежных правовых системах определения смарт-контракта, которые закреплены на законодательном уровне, обязательно отражают данную его техническую особенность, прямо указывая на необходимость использования особой информационной системы, отвечающей признакам децентрализации и распределенности¹.

С технической точки зрения смарт-контракт представляет собой программу для ЭВМ (ст. 1261 ГК РФ) и в ряде случаев такие программы (скрипты) автоматизируют определенные происходящие в информационной системе процессы, которые не имеют контрактной природы (например, верификации аутентичности документов, авторизации пользователей и др.). Технические специалисты все равно именуют такие программы «смарт-контрактами», тем самым абсолютизируя их прикладной характер. Как следствие, подобные примеры становятся основой для скептических позиций о том, что смарт-контракты не имеют ничего общего с классическими договорами. Тем не менее техническая сущность смарт-контракта сама по себе не исключает возможности его квалификации в качестве юридической сущности: договора, средства самозащиты права или же автоматизации исполне-

¹ См., например, понятие смарт-контракта в законодательстве штата Арканзас: «Смарт-контракт – событийно управляемая программа, функционирующая в рамках распределенного, децентрализованного, общего и реплицируемого реестра данных и администрирующая передачу актива в таком реестре» (Bill 2417, March 2019); понятие смарт-контракта в законодательстве Республики Беларусь: «Смарт-контракт – программный код, предназначенный для функционирования в реестре блоков транзакций (блокчейне), иной распределенной децентрализованной информационной системе в целях автоматизированного совершения и (или) исполнения сделок либо совершения иных юридически значимых действий» (Декрет от 21 декабря 2017 г. № 8 «О развитии цифровой экономики»).

ния обязательств по договорам, заключенным традиционным способом. В перспективе следует ожидать повсеместного распространения автоматизированных договоров, в том числе смарт-контрактов, у которых полностью автоматизированным является не только процесс исполнения отдельных обязательств, но и его заключения. Это станет возможным в результате развития технологий Интернета вещей, аналитики данных и искусственного интеллекта, в результате которых значительная часть договоров будет заключаться между электронными агентами.

Понятие смарт-контракта тесно связано с понятием токенов, нашедшим свое отражение в ГК РФ в виде понятия «цифрового права» (ст. 141.1), существенным признаком которого является их фиксация в информационной системе с особыми признаками. Смарт-контракты в основном и предназначены для работы с цифровыми правами (точнее — «токенизированными» активами) в силу того, что они являются элементами одной экосистемы, построенной на основе технологии распределенных реестров (блокчейна).

При этом необходимость отражения алгоритма договорной программы в информационной системе, обладающей признаками децентрализации и распределенности, не нашла своего отражения в комментируемом положении абзаца второго ст. 309 ГК РФ. Комментируемая норма говорит, по сути, о возможности согласования любой автоматизации процесса исполнения, в рамках которой обязательство будет исполняться без каких-либо действий со стороны должника и (или) кредитора, исключительно за счет использования оговоренной в условиях сделки технологии; о том, что такая технология должна носить децентрализованный и распределенный характер, в норме не говорится.

Итоговая редакция абзаца второго ст. 309 ГК РФ в итоге представляет собой своего рода компромисс, который способен охватить как истинные смарт-контракты (*смарт-контракты в узком смысле*), так и любое автоматизированное исполнение договора, в том числе при приобретении цифрового контента через онлайн-сервисы и даже при продаже товаров с использованием автоматов в соответствии со ст. 498 ГК РФ, поскольку и в таких случаях исполнение обязательства осуществляется «автоматически» посредством использования той или иной информационной системы (*смарт-контракты в широком смысле*). Возможно, упоминание в ст. 309 ГК РФ любой автоматизации исполнения обязательства безотносительно к используемой технологии было обусловлено стремлением к технологической нейтральности правовой нормы, особенно на фоне непрекращающихся дискуссий относительно правовой природы смарт-контракта.

Безусловно, такой подход имеет свои преимущества, так как позволяет охватить разные формы автоматизации исполнения условий договора и распространить единый правовой режим на них. Но в результате такого подхода полностью автоматизированный договор, условия которого изложены в форме программного кода и исполняются без участия сторон с использованием распределенной и децентрализованной информационной системы наподобие блокчейна (смарт-контракт в узком смысле), оказался в одном ряду со схожими, но все же куда более примитивными формами автоматизации исполнения договора вроде продажи товара с использованием автоматов. При этом очевидно, что в контексте смарт-контрактов в узком смысле могут возникать достаточно специфические вопросы, которые не будут характерны для иных форм автоматизации исполнения. Сама комментируемая норма никакого содержательного регулирования ни того, ни другого вариантов автоматизации не содержит, но очевидно, что здесь потребуется некоторое дифференцирование правовых решений. Например, в контексте смарт-контракта в узком смысле могут возникать очень специфические вопросы касательно порядка изменения и расторжения договора, оспаривания и применения последствий недействительности сделки и др.

Ответы на данные вопросы придется искать правоприменителю для каждого конкретного случая в общих положениях гражданского законодательства.

2.2. Согласование механизма автоматического исполнения

Применение положений абзаца второго ст. 309 ГК РФ предполагает необходимость предварительного согласования сторонами в юридически значимом виде применения соответствующих (прежде всего информационных) технологий для исполнения соответствующих обязательств. Такое согласование может быть отражено в договоре, заключенном традиционным способом на бумаге или на ином материальном носителе. В том числе это может быть и заключение договора посредством конклюдентного акцепта письменной оферты, изложенной на соответствующей вендинговой машине. Но нередко и сам основной договор будет заключен с использованием информационных технологий. С учетом положений ст. 434 и 160 ГК РФ основными вариантами заключения договора в таком случае будут: 1) заключение договора в виде единого документа, подписанного усиленными квалифицированными подписями сторон; 2) посредством обмена документами при условии, что существует возможность достоверно определить лицо, выразившее волю, что обычно обеспечивается использованием электронной подписи в соответствии с требованиями Закона об электронной подписи; 3) посредством акцепта письменной

оферты, изложенной в электронной форме (например, на сайте), конклюдентными действиями (п. 3 ст. 434, п. 3 ст. 438 ГК РФ). Наиболее типичным для сферы электронной коммерции является заключение договора посредством щелчка мышью (*click-wrap* соглашение).

При этом, как представляется, сами условия договора необязательно должны детально описывать соответствующие информационные технологии. Это может следовать из толкования его положений по правилам ст. 431 ГК РФ, обычаев (ст. 5 ГК РФ), принципов добросовестности, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ).

Встает также вопрос о соблюдении требования информированного согласия сторон на использование соответствующего алгоритма срабатывания программного кода при заключении договора. Достаточно интересным видится подход белорусского законодательства, в котором предусмотрена оспоримая презумпция о том, что «лицо, совершившее сделку с использованием смарт-контракта, считается надлежащим образом осведомленным о ее условиях, в том числе выраженных программным кодом, пока не доказано иное»¹. В настоящее время смарт-контракты используются между профессиональными сторонами, преимущественно в финансовой сфере, поэтому подобная презумпция была бы весьма оправдана и снижала неопределенность. Представляется, что до момента ее формализации в российском законодательстве можно было бы выводить ее из соображений разумности, справедливости и добросовестности (п. 2 ст. 6 ГК РФ). В перспективе не исключено появление определенных обычаев (ст. 5 ГК РФ) в этой сфере, которые смогут восполнить регуляторные пробелы.

2.3. Об отсутствии дополнительного волеизъявления

Основным элементом правового режима автоматизированного исполнения договора, заложенным в абзаце втором ст. 309 ГК РФ, является отсутствие для таких случаев необходимости «направленного на исполнение обязательства отдельно выраженного дополнительного волеизъявления». Толкуя данное положение *a contrario*, можно сделать вывод, что по общему правилу исполнение обязательства предполагает наличие отдельно выраженного дополнительного волеизъявления, что сторонниками сделочной природы исполнения обязательства может быть воспринято в качестве аргумента в пользу своего подхода (см. подробнее комментарий к ст. 153 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса²).

¹ Пункт 5.3 Декрета Президента Республики Беларусь «О развитии цифровой экономики» от 21 декабря 2017 г. № 8.

² Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 153 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

В то же время не следует преувеличивать значение данной нормы. В отдельных случаях допустимость оспаривания автоматизированного исполнения обязательства может вытекать из закона. Например, если заемщик с банком договорились об автоматическом списании денег с открытого в банке счета заемщика и данный алгоритм сработал, при последующем банкротстве заемщика тот факт, что платеж произошел без отдельно выраженного дополнительного волеизъявления плательщика на перевод, не помешает оспорить платеж по банкротным основаниям, если для этого будут соответствующие основания (например, по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве).

Как бы то ни было, в случае с автоматизированным исполнением договора такое дополнительное волеизъявление замещается механическим срабатыванием цифровой или иной программы, одобренной должником и кредитором в своих исходных волеизъявлениях при заключении договора.

В смарт-контрактах нередко используются так называемые оракулы, выступающие в качестве внешних источников информации для смарт-контракта. Например, в случае заключения смарт-контракта, по которому определенная сумма криптовалюты подлежит перечислению на счет участника по достижении таким курсом определенного размера, смарт-контракт каким-то образом должен узнать курс, и таким источником может быть, например, курс конкретной криптобиржи. Если такой источник информации предоставляет недостоверные данные, соответствующие риски должны принять на себя стороны смарт-контракта как лица, выбравшие такой источник своей волей. Это не исключает возможность заявления кондикционного иска к кредитору после срабатывания алгоритма, в результате которого было осуществлено предоставление при отсутствии достаточных оснований, а также иска о взыскании убытков к «оракулу», если он был связан договором о предоставлении соответствующей информации.

Однако здесь возникают определенные сложности.

Во-первых, при применении автоматизации исполнения к ситуациям, когда не соблюдается критерий полной автономности такого исполнения, обеспечиваемого за счет использования децентрализованной и распределенной информационной системы, заведомое «благословение» должником результатов такой автоматизации создает условия для злоупотреблений, если должник имеет влияние на функционирование соответствующей информационной системы. Такая ситуация будет наблюдаться, в частности, тогда, когда контрагент будет являться оператором информационной системы, используемой для исполнения договора, т.е. осуществлять «деятельность по эксплуатации

информационной системы, в том числе по обработке информации, содержащейся в ее базах данных» (п. 12 ст. 2 Закона об информации, информационных технологиях и защите информации). В таких случаях контрагент может абсолютно бесконтрольно внести изменения в программный код, отвечающий за автоматизацию исполнения его обязательства, и тем самым изменить порядок его исполнения. Другая сторона, в свою очередь, в силу общего правила абзаца второго ст. 309 ГК РФ оказывается в уязвимом положении. Если бы регулирование абзаца второго ст. 309 ГК РФ касалось исключительно смарт-контрактов в узком смысле, предполагая необходимость использования только децентрализованных распределенных информационных систем вроде блокчейна, то ситуация, при которой сторона договора может в одностороннем порядке изменить программный код, была бы исключена в принципе. Но в контексте иных договоров, предполагающих автоматизацию исполнения, эта проблема может заявлять о себе в полный рост. Конечно, здесь могут применяться положения ст. 10 ГК РФ о злоупотреблении правом, а также правила ст. 309 и 310 ГК РФ, запрещающие одностороннее изменение условий обязательства без достаточных правовых оснований. Но эта защита сработает, только если удастся доказать, что алгоритм был изменен по сравнению с тем, что было предусмотрено в исходном соглашении. Если такое соглашение прямо не оговаривает те или иные технические аспекты алгоритма, доказуемость интервенции кредитора в программный код становится более затруднительной.

Во-вторых, закон не устанавливает регулирование на случай появления ошибок и уязвимостей в программном коде, автоматизирующем исполнение договора. Закрепленные в абзаце втором ст. 309 ГК РФ чисто декларативные положения не дают ответа на этот вопрос.

В целом непредсказуемое поведение программного кода вследствие его ошибок можно было рассматривать в качестве основания для истребования полученного по правилам гл. 60 ГК РФ (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49). То, что исполнение договора в автоматизированном порядке не требует отдельного волеизъявления стороны, не означает, что неосновательно полученное по договору не возвращается. Например, если в результате сбоя системы автоплатежей со счета должника была автоматически переведена на счет кредитора сумма, превышающая задолженное, излишек подлежит возврату.

Если же сам исходный программный код содержал ошибку, могут в ряде случаев открываться основания для оспаривания самого договора по правилам ст. 178 ГК РФ, а в некоторых случаях и по пра-

вилам п. 2 ст. 179 ГК РФ и реституции полученного по общим правилам ст. 166 и 167 ГК РФ. Но при этом оспаривание смарт-контракта в узком смысле в целях блокирования реализации соответствующего алгоритма, запрограммированного посредством децентрализованных распределенных информационных систем вроде блокчейна, может предполагать определенную специфику.

2.4. Некоторые итоги

Как мы видим, норма абзаца второго ст. 309 ГК РФ, к сожалению, ни одного актуального для сферы смарт-контрактов в узком смысле или для любых иных вариантов автоматизации исполнения договора вопроса не решила. Норма лишь декларирует возможность согласования автоматизации исполнения, не более того. В связи с этим основная нагрузка в деле выработки правового регулирования отношений, возникающих при использовании процесса автоматизации исполнения, ложится на обычаи, которые неизбежно будут формироваться, а также на судебное правотворчество. Главное, чтобы суды были готовы демонстрировать гибкость и готовность их применять, а стороны — доказывать их наличие и содержание.

Дополнительная литература

Общие вопросы определения источников восполнения программы обязательственного правоотношения

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2000.

Сарбаи С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020.

Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 801–813.

О смарт-контрактах

Савельев А.И. Договорное право 2.0: «Умные» контракты как начало конца классического договорного права // Вестник гражданского права. 2016. Т. 16. № 3. С. 32–60.

Савельев А.И. Некоторые правовые аспекты использования смарт-контрактов и блокчейн-технологий по российскому праву // Закон. 2017. № 5. С. 94–117.

Савельев А.И. Электронная коммерция в России и за рубежом: Правовое регулирование. 3-е изд., М., 2020.

Санникова Л.В., Харитонов Ю.С. Цифровые активы: правовой анализ: Монография. М., 2020.

Федоров Д.В. Токены, криптовалюта и смарт-контракты в отечественных законопроектах с позиции иностранного опыта // Вестник гражданского права. 2018. Т. 18. № 2. С. 30–74.

Raskin M. *The Law and Legality of Smart Contracts* // Georgetown Law Technology Review. 2017. Vol. 1. No. 2. P. 305–341.

The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms / Ed. by W. Barfield. Cambridge, 2021.

Статья 309.1. Соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их требований к должнику

1. Между кредиторами одного должника по однородным обязательствам может быть заключено соглашение о порядке удовлетворения их требований к должнику, в том числе об очередности их удовлетворения и о непропорциональности распределения исполнения. Стороны указанного соглашения обязаны не совершать действия, направленные на получение исполнения от должника, в нарушение условий указанного соглашения.

2. Исполнение, полученное от должника одним из кредиторов в нарушение условий соглашения между кредиторами о порядке удовлетворения их требований к должнику, подлежит передаче кредитору по другому обязательству в соответствии с условиями указанного соглашения. К кредитору, который передал полученное от должника исполнение другому кредитору, переходит требование последнего к должнику в соответствующей части.

3. Соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их требований к должнику не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон, в том числе для должника (статья 308).

Комментарий

1. Понятие межкредиторского соглашения

Статья 309.1 ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., вводит регулирование так называемого межкредиторского соглашения, по которому несколько кредиторов, имеющих однородные (как правило, денежные) требования к одному и тому же должнику, договариваются

о порядке распределения получаемого ими от должника при исполнении последним своих обязательств.

Суть такого соглашения, его конституирующий элемент — это договоренность сторон об изменении действующего по умолчанию в силу объективного права порядка распределения полученного или причитающегося от должника по имеющимся или будущим требованиям кредиторов к этому должнику. В частности, по умолчанию при отсутствии межкредиторского соглашения а) в силу действия принципа *prior tempore potior iure*, если у должника есть несколько кредиторов, и он погасит добровольно или на основании судебного решения долг одному из них, но оставит без удовлетворения другого, последнему придется судиться с таким должником и в случае его банкротства, вероятнее всего, смириться со списанием большей части своего требования, предъявить же претензию другому кредитору, долг перед которым должник решил выборочно или был вынужден погасить, не получится (если не считать возможности при определенных условиях оспорить такой платеж при банкротстве должника по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве об оспаривании сделок, влекущих предпочтение); б) при банкротстве должника кредиторы одной очереди получают удовлетворение по своим требованиям на равных началах (*pari passu*) и пропорционально (*pro rata*); в) при банкротстве требования, которые относятся к субординированной очереди, удовлетворяются при распределении конкурсной массы после удовлетворения кредиторов более высокой очереди. Список подобных правил объективного права можно продолжать (например, пропорциональное распределение полученного от реализации предмета залога между одноранговыми залогодержателями или субординация при применении правил о старшинстве залогов). Межкредиторское соглашение направлено на то, чтобы изменить эти общие правила о порядке распределения причитающегося участвующим в соглашении кредиторам или полученного ими от должника. Суть такого соглашения состоит в том, что один из кредиторов соглашается на изменение действующего по умолчанию порядка распределения платежей должника в пользу другого кредитора. В результате этот другой кредитор получает некое преимущество по сравнению с тем, что предусматривает объективное право.

Такие соглашения, как правило, носят либо субординирующий, либо уравнивающий характер. При субординации один из кредиторов соглашается предоставить другому кредитору преимущественное положение при удовлетворении требований, которого при отсутствии такого соглашения у последнего не было бы, и тем самым субординировать

свое требование (становящееся младшим) по отношению к требованию другого кредитора (приобретающему значение старшего требования). При уравнивании кредиторы соглашаются уравнивать взаимные требования (вопреки общему правилу *prior tempore* или специальным правилам о субординации) при распределении получаемого от должника, вводя режим пропорционального распределения.

Правовой эффект субординации или уравнивания может согласно договору возникнуть с момента заключения соглашения или с момента возникновения требований сторон такого соглашения к должнику (в зависимости от того, что из этих обстоятельств наступит позже) и регулировать отношения сторон как в ситуации получения платежей от должника до его банкротства, так и на этапе банкротства, а может проявляться только с момента возбуждения дела о банкротстве или объявления должника банкротом, не создавая никакие права и обязанности сторон в ситуации получения ими платежей от должника в период до впадения его в банкротство.

Соответственно, выделяются два основных правовых эффекта такого договора — добанкротный и банкротный. Одни соглашения охватывают оба эффекта, другие — только последний.

При этом данное соглашение затрагивает только его стороны и изменяет порядок распределения получаемого или причитающегося от должника между участвующими в соглашении кредиторами; иных кредиторов, не участвующих в соглашении, условия последнего обременить или так или иначе затронуть в негативном ключе не могут (п. 3 ст. 308, п. 3 ст. 309.1 ГК РФ). За счет такого соглашения заключивший договор кредитор не может получить не предусмотренные законом преимущества перед другими кредиторами должника, которые такой договор не заключали.

Прямого влияния на положение должника такое соглашение также не оказывает, если должник сам не стал стороной такого договора. Должник продолжает быть должным платить каждому из кредиторов согласно условиям связывающих его с разными кредиторами индивидуальных обязательств, и каждый из кредиторов обязан принять платеж от должника при наступлении соответствующих установленных в программе таких обязательств сроков и условий, даже если согласно межкредиторскому соглашению его требование субординировано. Основной смысл таких соглашений не в том, чтобы запретить одному из кредиторов получать от должника платеж ранее, чем будет удовлетворен другой кредитор (ибо иначе соглашение будет обязывать кредитора нарушить права должника, допустив просрочку кредитора, что противоречит ст. 169 ГК РФ), а в том, чтобы предусмотреть обязан-

ность одного из кредиторов передать другому часть или все полученное от должника сверх того, что первому можно удержать согласно тем пропорциям, которые оговорены в межкредиторском соглашении (добанкротный аспект), и (или) обеспечить согласованное распределение в ситуации банкротства должника (банкротный аспект).

Межкредиторское соглашение может касаться как уже существующих (созревших или еще не созревших) требований, так и тех, которые могут возникнуть в будущем. Последнее наиболее практически востребовано. Часто на момент заключения такого соглашения требование одного кредитора уже существует, а другое – еще нет, и его возникновение лишь предвидится. Потенциальный новый кредитор часто хочет обсудить и согласовать вопросы соотношения своего возможного будущего требования еще до того, как он осуществил то или иное предоставление в адрес должника, которое способно породить такое требование.

В соглашении, заключаемом между кредиторами, могут быть установлены также различные дополнительные организационные правила взаимодействия. Например, они могут договориться о необходимости предупреждать друг друга о ставшей им известной информации о заемщике (например, о нарушении им тех или иных условий договора), о поступлении платежей от должника и т.п. Также в таком соглашении могут быть установлены взаимные обязательства не предъявлять к должнику требования о досрочном погашении долга в течение определенного срока, предоставить ему одинаковые отсрочки, не повышать процентные ставки по выданным кредитам и т.п. Если в соглашении имеются исключительно подобные положения о координации деятельности кредиторов, но не меняется порядок распределения платежей, такой договор должен квалифицироваться, видимо, как договор простого товарищества. Договором, к которому подлежат применению правила ст. 309.1 ГК РФ, такие сделки не являются (см. п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Согласно п. 1 ст. 309.1 ГК РФ правила этой статьи применяются к такому соглашению между кредиторами, в котором изменен действующий по умолчанию порядок распределения поступающих платежей путем уравнивания или субординации.

1.1. Встречное предоставление

Целью (каузой) кредитора, соглашающегося предоставить другому кредитору то или иное преимущество при удовлетворении или уравнивать его с собой вопреки следующим из закона правилам очередности, может быть получение некоего встречного предоставления (например, в виде платежа). И тогда налицо специфическая синаллагма.

Но чаще на такую уступку кредитор идет потому, что он имеет тот или иной косвенный интерес в функционировании и благосостоянии должника, заинтересован в привлечении им финансирования и готов предоставить то или иное преимущество другому кредитору, который ставит свое согласие предоставить, скажем, заем или кредит должнику либо реструктуризировать ранее возникший долг должника или отказаться от того иного обеспечения под условие уступок со стороны другого существующего кредитора в плане изменения порядка удовлетворения их взаимных требований. Например, банк соглашается выдать заемщику кредит только при условии, что займодавец, перед которым у заемщика имеется значительный долг, подпишет с банком соглашение о субординации и согласится объявить свое требование младшим по отношению к будущему требованию банка о возврате кредита, будь таковой предоставлен. Если соглашающимся субординировать свое требование к должнику кредитором является лицо, которое контролирует являющееся должником общество (например, мажоритарный участник общества или его бенефициар) и заинтересовано в том, чтобы банк предоставил обществу кредит, то такое лицо имеет свой понятный корпоративный интерес согласиться на это условие.

Теоретически может быть и дарственная цель предоставления таких преимуществ, но это на практике не встречается.

В целом описанное предоставление преимуществ при распределении начинает напоминать своеобразное обеспечение, которое увеличивает шансы кредитора удовлетворить свое требование, приводит к наращиванию причитающейся ему доли (в том числе при конкурсном распределении) за счет доли другого кредитора, формирует противопоставимый лишь одному из конкурсных кредиторов приоритет. Вопрос о том, является ли подобное соглашение обеспечением в истинном смысле, может быть предметом дискуссии. Он дебатруется и в зарубежном праве.

1.2. Договорная субординация

Самая распространенная разновидность межкредиторского соглашения состоит в установлении субординации между требованиями участвующих в соглашении кредиторов. Такая модель межкредиторского соглашения распространена в зарубежной практике и встречается в российской экономической жизни. В ряде стран она прямо законодательно признана (например, § 1-310 Единообразного торгового кодекса США), в некоторых других признается на уровне судебной практики.

Согласование между кредиторами условия о субординации влечет установление старшинства в отношениях между кредиторами,

которые при отсутствии такого соглашения считались бы равноправными кредиторами и могли бы рассчитывать на а) применение общего правила о праве кредитора присвоить себе платеж, полученный от должника (который по каким-то причинам решил погасить в первоочередном порядке один из своих долгов, оставив непогашенным другой долг), осуществить к своей единоличной выгоде право на безакцептное списание или иным образом добиться единоличного удовлетворения по принципу *prior tempore potior iure* и на б) пропорциональное распределение (*pro rata*) при банкротстве должника или поручителя, обращении взыскания на предмет залога, по которому участвующие в соглашении кредиторы являются одноранговыми созалогодержателями, или в рамках сводного исполнительного производства. При наличии соглашения о субординации ситуация принципиально меняется, и один из кредиторов соглашается обеспечить приоритетное удовлетворение другого и только после этого готов удовлетвориться за счет платежей должника сам. В принципе, мыслимо и такое соглашение, в рамках которого один кредитор, чье требование в силу действия объективного права субординировано, получит приоритет перед привилегированным кредитором (своего рода обратная субординация).

Это согласованное в межкредиторском соглашении старшинство может быть полным, и тогда один кредитор соглашается с тем, что он готов уступить другому кредитору старшинство в полном объеме; либо частичным, действующим в соответствующей доле или пропорции, превосходящей то, что причиталось бы при обычном распределении. При полной субординации младший кредитор обязуется принять меры, которые позволят обеспечить приоритетное удовлетворение требования старшего кредитора, и передавать старшему кредитору все получаемое от должника до того, как старший кредитор окажется в полной мере удовлетворен, а при банкротстве уступить старшему кредитору долю распределяемой конкурсной массы должника, которая причитается младшему кредитору, в той степени, в которой это позволит обеспечить максимально полное удовлетворение старшего кредитора, оставляя себе лишь излишек. При частичной субординации стороны договариваются о том, что субординация отпадает в той степени, в которой старшее требование удовлетворено в той или иной части, либо устанавливаются те или иные пропорции распределения полученного от должника, дающие старшему кредитору долю, которая несколько больше, чем та, которая полагалась бы ему при обычном распределении, но меньше, чем старшему кредитору причиталось бы при полной субординации.

В чем конкретно проявляется такая субординация? Должник не связан заключенным между кредиторами соглашением о субординации и будет осуществлять платежи согласно тем срокам, которые установлены в его договорах с каждым из кредиторов в отдельности (п. 3 ст. 309.1 ГК РФ). Согласно п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «в силу пункта 3 статьи 309.1 ГК РФ соглашение кредиторов не создает обязанности для должника, не участвовавшего в этом соглашении. Предусмотренный таким соглашением порядок удовлетворения требований не является основанием для отказа кредитора в принятии предложенного должником надлежащего исполнения. В случае такого отказа кредитор считается просрочившим (пункт 1 статьи 406 ГК РФ)». Соответственно, такое соглашение, если в нем не участвует должник, не может обязать должника изменить порядок исполнения своих обязательств и не может запретить младшему кредитору принимать платежи от должника, оно регулирует лишь отношения между кредиторами.

Как же тогда работает договорная субординация? Все зависит от того, что конкретно установлено в таком соглашении. Конкретная механика субординации и ее детали должны быть продуманы сторонами и оговорены в контракте. Ниже мы укажем на некоторые наиболее типичные варианты структурирования субординации.

1.2.1. Функционирование субординации до получения платежа по младшему долгу

Нередко в межкредиторском соглашении оговаривается, что младший кредитор обязуется перед старшим кредитором не предпринимать активные действия, которые могли бы привести к получению им платежа от должника или суррогата такого исполнения за счет имущества должника до погашения должником старшего долга (например, без согласования со старшим кредитором не использовать право на акселерацию младшего долга и не заключать с должником соглашения на сей счет, не предъявлять иск к должнику о взыскании долга, не осуществлять право на безакцептное списание, не пытаться реализовать свое право внесудебного обращения взыскания на залог, не заявлять зачет должнику, не заключать с должником соглашения о новации или погашении долга путем передачи отступного и т.п.), либо обязуется совершить активные действия, которые позволят отложить удовлетворение младшего кредитора до удовлетворения должником старшего кредитора (например, согласиться на заключение с должником соглашения, откладывающего платеж до погашения старшего долга, заявить должнику об отказе от осуществления своего права на акселерацию долга до погашения старшего долга и т.п.).

При этом младший кредитор не может гарантировать, что не получит платеж от должника до удовлетворения старшего требования, так как ничто не помешает не участвующему в соглашении должнику добровольно исполнить свое обязательство перед младшим кредитором, совершив платеж, от которого тот не сможет отказаться. Межкредиторское соглашение не может обязать кредитора допустить просрочку и уклониться от получения исполнения, предложенного должником, такое условие будет ничтожно как поощряющее неправомерное поведение и подталкивающее младшего кредитора нарушать права должника (ст. 169 ГК РФ). Если платеж по младшему долгу, не соответствующий согласованным кредиторами приоритетам и пропорциям распределения получаемых платежей должника, будет все-таки осуществлен и вынужденно принят младшим кредитором, запускается механизм, описанный в п. 2 настоящей статьи (передача полученного старшему кредитору).

Чтобы повысить эффективность добанкротной субординации, стороной межкредиторского соглашения может стать должник. В этом случае кредиторы и их общий должник договариваются о том, что исполнение должником младшего долга ставится под отлагательное условие погашения должником старшего долга (ст. 327.1 ГК РФ), и должник не будет вправе осуществить платеж по младшему долгу до наступления этого условия.

Комментируемый пункт говорит о том, что в силу межкредиторского соглашения стороны по общему правилу обязаны не совершать активные действия, направленные на получение исполнения от должника *в нарушение условий указанного соглашения*. Соответственно, в соглашении должны быть оговорены те или иные ограничительные условия, которые кредитору нельзя нарушать.

Но что, если указанные ограничения в договоре между кредиторами не согласованы и при этом должник в качестве стороны договора не выступает? Означает ли это, что младший кредитор может без согласования со старшим кредитором предпринимать активные действия, направленные на получение исполнения от должника до удовлетворения старшего кредитора? Или программа договорных правоотношений сторон в силу доброй совести (п. 3 ст. 307 ГК РФ) должна восполняться теми или иными вышеуказанными поведенческими ограничениями?

Здесь следует разбираться отдельно с каждым из принадлежащих стороне соглашения как кредитору по обязательству правомочий. Например, актуальность запрета на совершение активных действий, направленных на взыскание долга по младшему требованию, сомни-

тельна с учетом установленного в п. 2 ст. 309.1 ГК РФ механизма, обязывающего младшего кредитора передать все полученное от должника старшему кредитору. Если, например, младший кредитор, имеющий право безакцептно списать деньги со счета должника, реализует это право, а затем немедленно перечислит полученное старшему кредитору, страдают ли интересы старшего кредитора? То же касается и зачета как суррогата платежа. Просто в этом случае младший кредитор должен будет на основании п. 2 ст. 309.1 ГК РФ перечислить старшему кредитору соответствующую сумму, как если бы они с должником одновременно обменялись платежами на одну и ту же сумму. Интерес старшего кредитора не страдает, и, соответственно, по умолчанию, если иное не оговорено в соглашении, такие действия, видимо, согласовывать со старшим кредитором не нужно.

Заключение младшим кредитором с должником соглашения о новации или погашении долга путем передачи отступного без предварительного согласования со старшим кредитором может показаться нарушающим интересы последнего и дух субординационного соглашения. Изменение характера предоставления, которое принимает младший кредитор из имущества должника, может показаться позволяющим обойти субординацию и удовлетворить младшего кредитора ранее старшего, и поэтому, возможно, по умолчанию должно согласовываться со старшим кредитором. Но можно пойти иным путем и допустить, что при получении отступного или замене исходного долга на иной путем новации кредитор получает своего рода суррогат исполнения исходного обязательства и должен действовать так же, как если бы он получил платеж или был совершен зачет, т.е. перечислить старшему кредитору соответствующую сумму погашенного за счет передачи отступного или замены на новое обязательство в результате новации. Здесь младший кредитор должен совершить платеж за счет своих средств. Если согласиться с этим, то нарушения прав старшего кредитора может быть не обнаружено. Вопрос спорный.

Еще более сложный вопрос касается возможности заключения младшим кредитором соглашения с должником о прощении долга. Может показаться, что освобождение должника от младшего долга не бьет по интересам старшего кредитора, но это не совсем так, ибо в банкротстве право старшего кредитора присвоить долю младшего при конкурсном распределении становится своеобразным обеспечением или квазиобеспечением и позволяет увеличить степень удовлетворения старшего кредитора, иногда существенно. При прощении младшего долга этот обеспечительный инструмент утрачивается. Поэтому кажется, что прощение долга младший кредитор может совершить только

по предварительному согласованию со старшим кредитором. В то же время на этот вопрос можно посмотреть и под другим углом, если считать, что при прощении долга младший кредитор просто обязан осуществить в пользу старшего кредитора платеж в том объеме, в котором он был обязан сделать это, получи он платеж от должника, дабы реализовать идею субординации.

Как мы видим, многие вопросы здесь не вполне очевидны. Сторонам стоит детально проговорить эти нюансы добанкротного функционирования субординации либо вообще указать, что сама субординация начинает себя проявлять только при получении младшим кредитором платежей или только на этапе банкротства должника или поручителя, закрыв тему поведенческих обязанностей младшего кредитора на этапе до получения платежей.

Нельзя не сказать и о вытекающих из доброй совести обязанностях старшего кредитора. Так как младший кредитор оказывается заложником судьбы старшего требования и не может получить удовлетворение до того, как окажется удовлетворен старший кредитор, последний обязан учитывать интересы младшего кредитора при осуществлении своих прав по старшему требованию, не совершать неразумных и недобросовестных действий, способных отложить или затруднить удовлетворение старшего требования, а также обязан прилагать разумные усилия для обеспечения данного результата. В случае нарушения указанных обязанностей, вытекающих из доброй совести, старший кредитор может столкнуться с применением против него запрета на злоупотребление правом.

1.2.2. Функционирование субординации при получении платежей от должника младшим кредитором

Проявление субординации на случай получения осуществленного должником платежа младшим кредитором установлено в п. 2 комментируемой статьи: младший кредитор, заключив соглашение о субординации и согласившись отложить удовлетворение своего требования до погашения старшего требования, по умолчанию соглашается, что полученное им от должника во исполнение младшего долга он обязан перечислить старшему кредитору, если согласно договору на результат данного исполнения вправе претендовать старший кредитор. В этом случае к младшему кредитору после перечисления им полученного старшему кредитору автоматически переходят требования старшего кредитора к должнику на соответствующую сумму по общему правилу из расчета рубль за рубль. Иначе говоря, по сути, происходит обмен денежных средств, полученных младшим кредитором от должника в отступление от согласованной между кредиторами очередности и про-

порций распределения, на требования старшего кредитора к тому же должнику. Этот механизм установлен законом как являющийся подразумеваемым элементом межкредиторского соглашения, но, естественно, стороны могут своим договором его «отключить» (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье).

1.2.3. Функционирование субординации при получении исполнения уполномоченным кредитором третьим лицом

Стороны межкредиторского соглашения могут договориться о том, что они (или только младший кредитор) укажут должнику или согласуют с ним некое третье лицо, которое будет уполномочено на получение исполнения, а данный агент кредиторов будет распределять полученное от должника для таких кредиторов согласно установленным в межкредиторском соглашении пропорциям и приоритетам.

Самый типичный пример — заключаемое при предоставлении синдицированного кредита соглашение участников синдиката кредиторов о том, что полученное от заемщика кредитным управляющим будет распределяться между участниками синдиката непропорционально (ч. 2 ст. 7 Федерального закона от 31 декабря 2017 г. № 486-ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»).

Естественно, эта процедура по умолчанию не предполагается, она должна быть прямо согласована.

1.2.4. Функционирование субординации при фидуциарной уступке младшего требования или залоге такого требования

Один из вариантов структурирования субординации, который может быть оговорен в соглашении между кредиторами, состоит в том, что в целях предотвращения получения младшим кредитором платежей от должника ранее удовлетворения старшего кредитора младший кредитор уступает старшему кредитору свое требование к тому же должнику, давая старшему кредитору определенные правовые возможности проконтролировать судьбу младшего требования, либо в случае поступления от должника платежа по младшему долгу получить возможность зачесть эти средства в счет оплаты уступаемого младшему кредитору старшего требования в рамках механизма конвертации денег в права требования, который обсуждался выше и подробнее описан в п. 2 ст. 309.1 ГК РФ, и при образовании вернуть излишек. Такая первичная уступка младшего требования в целях обеспечения контроля над ним со стороны старшего кредитора по своей природе носит фидуциарный характер.

То же в принципе возможно при предоставлении младшим кредитором в пользу старшего кредитора залога в отношении своего младшего

требования к тому же должнику с оговоркой о предоставлении залогодержателю права получить исполнение от должника (п. 1 ст. 358.6 ГК РФ) либо при передаче в залог старшему кредитору принадлежащих младшему кредитору ценных бумаг, удостоверяющих младшее требование и предоставляющих залогодержателю возможность осуществлять обязательственные права по таким бумагам (п. 1 ст. 358.17 ГК РФ). Такие конструкции встречаются на практике, и ВС РФ прямо признавал их одним из проявлений соглашения о субординации (Определение СКЭС ВС РФ от 21 мая 2020 г. № 308-ЭС19-17398 (2)).

Но самое интересное состоит в том, что вышеописанный вариант с уступкой согласно позиции ВС РФ, отраженной в п. 6 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54, становится действующим по умолчанию в ситуации просрочки должника. Здесь указано следующее: «Если иное не предусмотрено договором и не вытекает из взаимоотношений сторон, кредитор, которому надлежит передать принятое от должника исполнение, не отвечает перед другими кредиторами за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником. В этом случае кредитор обязан сообщить о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства должником, собрать все необходимые доказательства, а также по требованию кредитора, которому в соответствии с соглашением надлежало передать исполнение, передать ему права по сделке с должником».

Приложение этого разъяснения к конструкции соглашения о субординации приводит к выводу о том, что при просрочке должника по младшему требованию старший кредитор получает право потребовать уступки ему младшего требования. Стороны могут исключить такое право, но по умолчанию оно восполняет межкредиторское соглашение. Такое положение не закреплено в законе, но Суд посчитал, что в силу природы отношений сторон и в рамках реализации восполняющей функции принципа доброй совести такое право по умолчанию подразумевается в подобных отношениях. И это вполне логично. Ведь младший кредитор, столкнувшийся с просрочкой должника в случае его шаткого финансового положения и угрозы банкротства, имеет достаточно слабые стимулы защищать свое обязательственное право и нести связанные с этим издержки, так как в силу субординации полученное от должника он будет вынужден передать старшему кредитору, а перешедшее ему в этом случае на основании п. 2 ст. 309.1 ГК РФ требование старшего кредитора может иметь также низкие шансы на удовлетворение в сценарии банкротства. Чтобы решить эту проблему стимулов в условиях просрочки должника и возникновения необходимости принятия энергичных мер по реализации младшего

требования, логично предоставление старшему кредитору своеобразного опционного права на перехват младшего требования. Именно это и разъяснил ВС РФ.

Старший кредитор получает младшее требование на фидуциарных началах (близких к тем, которые лежат в основе инкассо-цессии), он не должен за него что-то платить или осуществлять иное встречное предоставление, но обязан разумно и добросовестно осуществлять полученное право, дабы интерес младшего кредитора не пострадал больше, чем то обусловлено самой природой субординационного соглашения (т.е. должен своевременно подать иск к должнику при продолжении просрочки, разумно осуществлять иные права в связи с таким перешедшим требованием). В случае получения полного удовлетворения по своему старшему требованию (за счет полученного старшим кредитором от должника в счет погашения старшего или младшего требований) старший кредитор обязан произвести обратную уступку младшего требования в оставшейся его части. Если в результате реализации обоих требований старший кредитор получит больше, чем ему причиталось согласно межкредиторскому соглашению, он обязан вернуть младшему кредитору весь излишек (своеобразная вариация характерного для залоговых отношений и обеспечительной уступки правила о *superfluum*). Впрочем, детали здесь могут быть предметом обсуждений.

Острым может оказаться вопрос о последствиях впадения в банкротство старшего кредитора, получившего младшее требование на фидуциарных началах, и попадании младшего требования в конкурсную массу старшего кредитора. Впрочем, этот вопрос пока российским правом не разрешен для любых фидуциарных сделок (например, обеспечительной уступки при факторинге или обычной инкассо-цессии). Обсудать его здесь нет возможности.

Остается только отметить, что сторонам межкредиторского соглашения, предусматривающего субординацию требований, логично предусматривать условие о том, что младшее требование переходит старшему кредитору в целом или в соответствующей части без необходимости осуществлять какое-либо встречное предоставление в результате одностороннего волеизъявления старшего кредитора (полноценный опцион на совершение распорядительной сделки уступки вместо опционного права потребовать совершения распорядительной сделки уступки). Это более удобная модель, чем право требовать уступки, которое придется реализовывать в судебном порядке при уклонении от совершения распорядительной сделки цессии младшим кредитором.

1.2.5. Функционирование субординации при банкротстве должника или поручителя

Самый актуальный аспект соглашения о субординации, казалось бы, должен проявляться в сценарии банкротства должника. Это ключевой вопрос, который обычно беспокоит кредиторов и заставляет задуматься о заключении соглашения о субординации. Соглашения, которые направлены на банкротную субординацию и не охватывают добанкротный этап долговых отношений кредиторов с должником, на практике встречаются. А вот соглашения, которые регулируют только добанкротный этап и исключают действие субординации на этапе банкротства, почти не известны практике. По умолчанию соглашение о субординации с учетом текста ст. 309.1 ГК РФ должно охватывать оба этапа.

Теоретически возможны различные модели функционирования договорной банкротной субординации.

Первая состоит в том, что межкредиторское соглашение не связывает конкурсного управляющего должника, который продолжает воспринимать участвующих в соглашении кредиторов в качестве равных и расставляет их требования по очередям банкротства согласно букве банкротного законодательства, несмотря на наличие договоренности между ними о субординации. Каждый из них устанавливает в РТК должника свое требование, участвует в принятии решений на собраниях кредиторов, а также в выборе конкурсного управляющего, имеет право оспаривать действия конкурсного управляющего и т.п. Далее при конкурсном распределении каждый получает то, что ему причитается согласно правилам, установленным в Законе о банкротстве, и, если это кредиторы одной очереди, распределение происходит *pro rata*. Иначе говоря, распределение происходит без оглядки на соглашение о субординации. И только затем младший кредитор перечисляет полученное в ходе конкурсного распределения старшему кредитору, дабы обеспечить более полное удовлетворение старшего кредитора, обеспечив ему полный или частичный приоритет. В обмен младшему кредитору перейдет требование старшего кредитора к должнику на сумму, равную той, которая будет переведена старшему кредитору младшим, если иные пропорции не оговорены. Теоретически если впоследствии после ликвидации организации-должника обнаружатся те или иные скрытые активы должника, младший кредитор может попробовать поучаствовать в процедуре распределения обнаруженного имущества по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ с опорой на такое перешедшее к нему требование (впрочем, в этом процессе может участвовать и старший кредитор с опорой на ту часть своего старшего

требования, которая оказалась не погашена в банкротстве, при этом межкредиторское соглашение о субординации и на этом этапе должно сохранять свою силу).

Вторая модель состоит в том, что каждый из кредиторов устанавливает свои требования в РТК должника, имеет и осуществляет соответствующие объему его требования права участника конкурсного процесса, но далее на этапе конкурсного распределения конкурсный (финансовый) управляющий производит распределение тех долей, которые причитаются участвующим в соглашении кредиторам, между ними в соответствии не с общими правилами банкротного законодательства, а с условиями межкредиторского соглашения. Долю, падающую на младшего кредитора, управляющий в целом или в соответствующей части направляет старшему кредитору. Деньги из конкурсной массы должника в части доли младшего кредитора не проходят через имущественную массу младшего кредитора, а напрямую направляются старшему кредитору во исполнение заключенного между ними соглашения о субординации.

Третья модель предполагает, что старший кредитор может устанавливать младшее требование в РТК как представитель, имеющий безотзывные полномочия действовать в конкурсе от имени младшего кредитора, участвовать в голосовании и т.п. (причем такие полномочия, которые в отступление от общего правила блокируют права самого представляемого действовать от своего имени), а также вправе получить приходящуюся на младшее требование долю конкурсной массы при ее распределении, действуя как римский *procurator in rem suam* (в римском праве представитель, наделенный полномочием взыскивать с должника от имени представляемого кредитора, но в свою пользу). Напомним, что последняя конструкция была в историческом плане переходной стадией к признанию сингулярного преемства в обязательственном праве путем уступки.

Наконец, четвертая модель состоит в том, что при банкротстве должника младший кредитор уступает свое требование старшему кредитору, чтобы тот его установил в РТК должника от своего имени. Все права участия в конкурсном процессе будет осуществлять старший кредитор от своего имени. После конкурсного распределения будет произведен подсчет, и если выяснится, что старший кредитор в итоге получил по обоим требованиям в совокупности больше, чем причиталось ему согласно условиям о субординации, он должен будет вернуть *superfluum* младшему кредитору; в обратном случае он удерживает все полученное. Младший кредитор, согласившийся за счет субординации принять повышенный риск банкротства должника, вполне ожидаемо

остаётся по итогам банкротства ни с чем. Это представляется вполне нормальным, так как воля сторон такого соглашения состояла именно в перераспределении риска неисправности должника.

Какая модель действует в российском праве?

В п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд указал следующее: «Соглашение кредиторов о порядке удовлетворения их однородных требований к должнику создает обязательства между кредиторами, но не меняет порядок проведения процедур и очередность удовлетворения требований кредиторов, установленные Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»».

Как это понимать? Имеет ли ВС РФ в виду, что действует первая модель, и младший кредитор, который согласился субординировать свое требование и отдать приоритет старшему кредитору, в ситуации, когда эта субординация востребована, прежде всего — в условиях банкротства должника — может установить свое требование к должнику в РТК, голосовать на собраниях кредитора, а затем получить принадлежащую на него долю конкурсной массы при распределении только для того, чтобы потом перечислить полученное старшему кредитору?

На самом деле это не самая разумная интерпретация данного разъяснения. Дело в том, что при такой интерпретации у нас проявляется первая из вышеуказанных моделей реализации субординации на банкротной стадии, а эта модель представляется крайне неудачной. Абсолютно непонятно, как заставить младшего кредитора устанавливать свое требование в РТК и доказывать его обоснованность. Ведь он не будет иметь к этому особого интереса, зная, что все полученное в ходе конкурса, скорее всего, придется отдать старшему кредитору. Старшему кредитору придется грозить младшему ответственностью за нарушение договора в случае его пассивного поведения. Это выглядит ненужным умножением транзакционных издержек, а также провоцирует конфликты между кредиторами, безответственное голосование, не основанное на истинном имущественном интересе в исходе конкурса (своеобразный банкротный аналог характерной для корпоративного права проблемы *empty voting*), на собраниях кредиторов.

Кроме того, такая модель сталкивает старшего кредитора с риском банкротства младшего кредитора. Часто полученное в ходе банкротства должника попадет из огня его конкурсной массы в полям конкурсной массы младшего кредитора, и, естественно, старший кредитор будет конкурировать за эти средства с иными кредиторами младшего кредитора на равных основаниях. В результате старший кредитор после двух

последовательных процедур банкротств, на которые уйдет несколько лет, получит ничтожную часть от доли, приходившейся изначально на младшего кредитора: из конкурса должника по статистике необеспеченные кредиторы получают 2–3% от номинала требований, а после прохождения старшего кредитора через горнило второго банкротства уже младшего кредитора эти 2–3% надо будет умножить на те же 2–3%, чтобы получить то, что в итоге сможет получить старший кредитор, т.е. фактически ничего, а это самое условное «ничего» вряд ли покроет юридические издержки на сопровождение всех этих процедур. Все это во многом лишает межкредиторское соглашение с условием о субординации практического смысла.

Встает вопрос: а может быть, действительно несправедливо отдавать долю конкурсной массы должника, причитающуюся младшему кредитору, напрямую старшему кредитору? Чем он лучше, чем кредиторы младшего кредитора? Этот вопрос может вызывать дискуссии. Но кажется, что особой проблемы по линии нарушения принципа равенства кредиторов не наблюдается, если мы все-таки направим долю младшего кредитора в конкурсной массе должника напрямую старшему кредитору. Младший кредитор добровольно субординировался, и, если он это сделал, вероятнее всего, он получил либо встречное предоставление за это, либо ту или иную косвенную выгоду от этого (например, за счет привлеченного кредита контролируемое им общество смогло расширить инвестиционную программу). На практике младший кредитор чаще всего — это аффилированное с должником лицо. Заключая межкредиторское соглашение, младший кредитор распоряжается своей долей в конкурсной массе на случай банкротства должника, и его собственные кредиторы по общему правилу, если нет оснований для конкурсного или внеконкурсного оспаривания межкредиторского соглашения, не могут противиться потере этой доли.

Соответственно, первую модель (транзит полученного в ходе конкурсного распределения через имущественную массу младшего кредитора) следует отвергнуть.

Но и вторая модель (установление в РТК младшего кредитора, но учет межкредиторского соглашения на этапе распределения) страдает рядом недостатков первой модели. Здесь нет проблемы возложения на старшего кредитора риска банкротства младшего кредитора и затягивания денег, извлеченных из конкурсной массы должника, в конкурсную массу младшего кредитора. Но все так же ярко проявляет себя проблема незаинтересованности младшего кредитора в установлении своего требования в РТК, доказывании его обоснованности и осуществлении прав, предоставляемых законом конкурсным кредиторам.

Третья – представительская – модель может обсуждаться, но имеет свои догматические недостатки, слишком много элементов стандартного правового режима представительства здесь придется уточнять и настраивать, чтобы получить искомый результат.

Более разумным является последний вариант, основанный на фидуциарной уступке: следует признать, что требование младшего кредитора должно переходить к старшему кредитору в целом или соответствующей части в момент открытия конкурса или в некий иной момент. В РТК должника именно старший кредитор будет устанавливать оба требования, именно он будет голосовать на собрании, принимать участие в назначении конкурсного управляющего и получать приходящиеся на эти требования доли конкурсной массы при распределении. Его заинтересованность в исходе банкротного процесса реальна, и он будет реализовывать свои права участия в конкурсе ответственно и рационально. Полученный излишек, если таковой образуется (что маловероятно), он впоследствии будет обязан вернуть младшему кредитору. В этом случае налицо фидуциарный переход права, и у старшего кредитора, безусловно, будут фидуциарные обязанности перед младшим кредитором действовать с учетом также и его интереса, который может проявляться в шансе (пусть и призрачном в большинстве случаев) претендовать на *superfluum*.

Надо сказать, что именно этот вариант, судя по всему, и признан на уровне практики ВС РФ. Здесь следует еще раз обратить внимание на разъяснение, которое ВС РФ закрепил в п. 6 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54. Напомним, что согласно этому пункту старший кредитор вправе потребовать уступки ему младшего требования при просрочке должника в его исполнении. В контексте банкротства должника либо просрочка налицо до момента признания должника банкротом, либо срок считается наступившим в момент признания должника банкротом (п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве), и, соответственно, есть все основания требовать такой уступки. В данном случае она будет инструментом реализации субординации в сценарии банкротства: младший кредитор, получив такой запрос старшего, обязан уступить ему свое требование, чтобы позволить старшему кредитору установить это требование от своего имени в РТК должника-банкрота и получить в ходе конкурса то, что причиталось бы младшему кредитору, не будь субординации, но в силу субординации должно достаться старшему кредитору, а маловероятный излишек вернуть младшему кредитору. Естественно, никакого встречного предоставления в обмен на такую уступку старший кредитор осуществлять не должен. Требование уступается в фидуциарном формате для целей взыскания, кауза

такой уступки растворяется в каузе предоставления самого договорного приоритета, а уступка лишь технически воплощает идею приоритета. Дарением такой переход требования, естественно, являться не будет, если отсутствует *animus donandi* и младший кредитор при заключении исходного соглашения о субординации преследовал некий свой экономический интерес – либо в получении встречного предоставления, либо опосредованный (например, стремился привлечь в контролируруемое общество кредит банка).

Итак, получается, что, согласно позиции ВС РФ, у старшего кредитора есть опционное право на приобретение младшего требования для его установления от своего имени в РТК. Но что, если он им не пользуется? Если мы прочитаем п. 4 и 6 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 в системном единстве, может показаться, что ВС РФ предлагает следующее: старший кредитор может потребовать уступки ему младшего требования для реализации субординации в любой момент до финального конкурсного распределения, и если старший кредитор вступает в права по младшему требованию до того, как младший кредитор установил свое требование в РТК должника, заниматься установлением данного требования будет уже старший кредитор; если уступка произойдет после установления требования в РТК младшим кредитором, то произойдет замена стороны конкурсного процесса. Если же старший кредитор не использует такое секундарное право, работает первая вышеописанная модель: младший кредитор получает свою долю при конкурсном распределении и далее отдает всю или соответствующую часть полученного согласно условиям о субординации.

Такое решение не идеальное. Более предпочтительным было бы решение, согласно которому при нереализации старшим кредитором опционного права на приобретение младшего требования для его установления в РТК от своего имени (т.е. при нереализации доступной согласно позиции ВС РФ старшему кредитору третьей модели) по умолчанию работает не первая, а вторая модель: младший кредитор обязан сам установить в РТК субординированное требование, а на этапе конкурсного распределения конкурсный управляющий учитывает содержание соглашения о субординации и распределяет деньги, причитающиеся обоим кредиторам согласно их соглашению.

Можно ли согласовать такой подход с текстом разъяснений ВС РФ? И здесь мы возвращаемся к п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Многие его читают как устанавливающий запрет на учет соглашения о субординации конкурсным управляющим при распределении конкурсной массы. Но, думается,

это не единственная возможная интерпретация. Как нам кажется, имеются условия для узкого истолкования п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, в рамках которого указание на то, что соглашение кредиторов не меняет правила распределения конкурсной массы, будет пониматься как означающее невозможность изменения порядка распределения в части относящейся к другим, не участвующим в соглашении, кредиторам. При такой интерпретации все встает на свои места, и мы имеем искомую справедливую комбинацию решений: опционное право на приобретение младшего требования как самый эффективный механизм договорной реализации субординации в банкротстве и учет соглашения о субординации на этапе конкурсного распределения при нереализации старшим кредитором такого опционного права.

В практике ВС РФ появляются первые дела, в которых Суд допускает учет содержания соглашения об изменении очередности при конкурсном распределении. Так, в Определении СКЭС ВС РФ от 4 февраля 2019 г. № 304-ЭС18-14031 Суд со ссылкой на ст. 309.1 ГК РФ пришел к такому выводу в контексте не субординационного, а уравнивающего варианта межкредиторского соглашения (подробнее о такой модификации см. п. 1.3 комментария к настоящей статье), но сути это принципиально не меняет. Нет никакой логики проводить дифференциацию: если конкурсный управляющий обязан учитывать содержание уравнивающего межкредиторского соглашения и производить распределение между участниками такого соглашения согласно их договоренности, а не согласно букве банкротного законодательства, то было бы странно, что в случае субординирующего соглашения ему это делать принципиально нельзя.

Может показаться, что механизм субординации в банкротстве в свете последней практики ВС РФ о субординации требований контролирующих должника лиц ([Обзор](#) судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующих должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС РФ 29 января 2020 г.)) во многом теряет свою актуальность, ведь чаще всего межкредиторские соглашения о субординации заключают банки именно с аффилированными с заемщиками кредиторами. И действительно, если само младшее требование принадлежало контролирующему обществу лицу и посему согласно последней практике при определенных условиях будет субординировано по отношению *ко всем* кредиторам должника, вероятность получить исполнение по нему в ходе конкурса близка к нулю, и получение и установление в РТК от своего имени такого субординированного *erga omnes* требования

старшему кредитору никакой особой выгоды не принесет, так как переход требования не меняет его субординированной по отношению *ко всем кредиторам* природы. В то же время согласно практике ВС РФ далеко не всякое требование аффилированного с должником кредитором будет субординировано *erga omnes*, а следовательно, в таких ситуациях потребность в соглашении об *относительной субординации* остается востребованной. Кроме того, доказывание того, что один из кредиторов фактически контролировал банкротства, не легкое занятие. Договорная субординация снимает проблемы доказывания.

Резюме таково: соглашение о субординации с учетом разъяснений, закрепленных в п. 4 и 6 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 (при их правильной интерпретации), вполне эффективно может работать в банкротстве, несмотря на некоторые остающиеся вопросы.

Все вышесказанное с необходимыми адаптациями применимо и к реализации правила о субординации при столкновении старшего и младшего кредиторов в сценарии банкротства поручителя (гаранта, выдавшего независимую гарантию).

1.2.6. Постбанкротная субординация

После ликвидации организации-должника в ходе банкротства впоследствии может обнаружиться имущество, которое не было учтено в ходе конкурса. Если такое имущество обнаруживается, кредиторы, которые не получили удовлетворение в ходе конкурса, могут обратиться в суд с иском о распределении данного имущества пропорционально размеру своих непогашенных требований по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ (см. подробнее комментарий к ст. 419 ГК РФ). Соглашение о субординации должно работать и на этом этапе.

При банкротстве физического лица и списании долгов по итогам такого банкротства обнаружение скрытого должником от финансового управляющего имущества дает кредиторам возможность обратиться в суд с требованием о возобновлении банкротного процесса и отмене определения о завершении процедур реструктуризации и реализации имущества. Соответственно, казалось бы, списанные долги в связи с пересмотром соответствующего определения суда воскресают, и банкротство возобновляется, а значит, открываются условия для применения соглашения о субординации.

1.3. Уравнивание

В рамках межкредиторского соглашения кредиторы могут договориться о пропорциональном распределении полученного от должника, т.е. согласиться, что их требования будут удовлетворяться на равных началах (*pari passu*).

Это значит, что, во-первых, полученное от должника они будут распределять между собой пропорционально (*pro rata*), и отменяется принцип *prior tempore potior iure* (первый по времени сильнее по праву). Так, если один кредитор по какой-то причине успел получить полное удовлетворение своего требования, а другой остался ни с чем и столкнулся с банкротством должника, в ходе которого ничего не получил, первый должен отдать второму такую долю полученного, чтобы на выходе пропорции удовлетворения их требований к должнику оказались одинаковыми.

Во-вторых, при банкротстве должника и установлении в РТК требований всех участвующих в соглашении сторон кредитор, который имеет в силу закона приоритет, может выступать по отношению к субординированному в силу закона кредитору на равных, поделившись с последним такой долей полученного в ходе конкурсного распределения, чтобы воспроизвести результат, который имелся бы, если бы субординированный кредитор находился со старшим в силу закона кредитором в одной очереди.

В отношении первого внебанкротного уравнивающего эффекта смысл заключения таких соглашений есть и у кредиторов одной очереди старшинства. В банкротном же уравнивании имеется смысл только при заключении договора между кредиторами, чьи требования носят разноранговый характер, ибо если стороны – кредиторы одной очереди, их требования удовлетворяются пропорционально в силу действия банкротного законодательства.

1.3.1. Функционирование уравнивающего соглашения до получения платежей или при получении платежей одним из кредиторов

До получения платежей каждая из сторон обязана воздерживаться от тех активных действий, влекущих диспропорциональное удовлетворение, которые запрещены договором. С необходимыми адаптациями здесь применимо то, что было написано в п. 1.2 комментария к настоящей статье в отношении поведенческих обязанностей сторон в сценарии заключения субординационного варианта межкредиторского соглашения.

Некоторые такие поведенческие ограничения могут, видимо, вытекать из доброй совести и подразумеваться по умолчанию.

В случае если один из кредиторов получает от должника исполнение в объеме большем, чем это следует из соглашения о пропорциональном распределении, он обязан перечислить соответствующую сумму другому кредитору согласно правилам п. 2 ст. 309.1 ГК РФ, дабы обеспечить искомую пропорциональность. Если, например, должник погасил 30% долга перед кредитором А (30 тыс. руб. из долга размером

100 тыс. руб.) и 60% долга перед кредитором Б (600 тыс. руб. из долга размером 1 млн руб.), кредитор Б должен перечислить первому такую часть из полученных 600 тыс. руб., чтобы в итоге каждый из двух кредиторов получил одинаковый процент удовлетворения своего требования. В обмен на этот осуществленный Б в пользу А денежный перевод к Б от А переходит часть оставшегося требования А к должнику на сумму, равную переведенной сумме из расчета рубль за рубль, если иной коэффициент конвертации не оговорен сторонами. Впрочем, технические детали функционирования этого механизма желательно согласовывать в договоре, так как здесь может возникать множество сложных вопросов (например, об отчетной дате, на которую будут определяться пропорции удовлетворения, о порядке сверки взаимных расчетов с должником и т.п.).

Действие уравнивающего соглашения на добанкротном этапе, судя по п. 2 ст. 309.1 ГК РФ, нашим правом подразумевается. Естественно, стороны могут этот аспект соглашения отключить, выразив волю только на банкротное уравнивание, если они видят в этом смысл.

1.3.2. Функционирование уравнивающего соглашения при банкротстве должника и на постбанкротной стадии

При банкротстве должника в силу закона конкурсное распределение по общему правилу осуществляется пропорционально. Поэтому, как уже отмечалось, если кредиторы относятся к одной очереди банкротства, они располагаются по отношению друг к другу *pari passu* и удовлетворяются при конкурсном распределении *pro rata* в силу закона, и подобное уравнивающее соглашение теряет свое значение на этапе банкротства. Но, напомним, что потребность в таком уравнивающем соглашении в сценарии банкротства открывается, если кредиторы относятся к разным очередям банкротства. В таком случае смысл соглашения в том, что в отношениях между сторонами эта иерархия отменяется и старший по праву кредитор обязан поделиться с младшим по праву кредитором частью выгод от своего относительного приоритета таким образом, что данные кредиторы окажутся удовлетворены пропорционально.

Например, залоговый кредитор может договориться с конкретным незалоговым кредитором, что в отношениях между ними залоговый приоритет отменяется, и залоговый кредитор поделится частью ценности, которую он извлекает в ходе конкурса с учетом своего залогового преимущества, с конкретным незалоговым кредитором в такой доле, чтобы на выходе каждый из них получил от должника исполнение пропорционально (*pro rata*).

Другой пример: контролирующий общество участник, чье заемное требование к обществу будет субординировано в банкротстве, может

договориться с другим ординарным (т.е. старшим по праву) кредитором, что в отношениях между ними их требования будут считаться равноправными и старший кредитор поделится с субординированным по праву частью причитающегося или полученного в ходе конкурсного распределения, дабы на выходе распределение полученного от должника было пропорциональным.

Такое уравнивающее соглашение должно признаваться в банкротстве, но затрагивать только стороны самого соглашения. Другим кредиторам это соглашение в силу п. 3 ст. 309.1 и п. 3 ст. 308 ГК РФ противопоставлено быть не может. Поэтому при конкурсе один из кредиторов должен уступить половину причитающейся ему доли конкурсной массы другому таким образом, чтобы по итогу распределение в отношениях между ними оказалось пропорциональным, как если бы они были равноправными кредиторами одной очереди; естественно, такого же уравнивания требования младшего по праву кредитора с требованиями иных, не участвующих в соглашении, старших кредиторов не происходит.

Но техническая реализация такой уравнивающей модели межкредиторского соглашения (антисубординации) в банкротстве требует пояснения. Может ли здесь работать сказанное в п. 1.2.5 комментария к настоящей статье о реализации соглашения о субординации в банкротстве путем использования опционного права на приобретение одним кредитором требования другого? Это маловероятно. Непонятно, какую часть старшего требования субординированный в силу закона кредитор будет в таком случае отбирать у партнера. Вряд ли духу соглашения соответствует уступка всего старшего требования с возвратом *superfluum*. В целом такая модель здесь неприменима, так как оба кредитора считают себя равноправными.

Означает ли это, что с учетом п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, согласно которому межкредиторское соглашение не меняет очередность удовлетворения требований, установленную банкротным законодательством, остается только одна доступная опция — каждый из кредиторов устанавливает свое требование в РТК, участвует в конкурсном процессе, получает причитающееся ему согласно общим правилам банкротного законодательства (младший по праву может ничего не получить, так как до него очередь может просто не дойти), и только потом один из них перечисляет часть полученного, дабы выровнять положение сторон в соответствии с целью и духом уравнивающего соглашения? Ответ следует дать отрицательный. Как уже отмечалось в п. 1.2.5 комментария к настоящей статье, такое прочтение п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября

2016 г. № 54 не является единственно возможным, и логично толковать данное разъяснение так, что оно говорит о невозможности повлиять за счет межкредиторского соглашения на правила конкурсного распределения в той части, в которой это затронет других кредиторов, но никак не запрещает конкурсному (финансовому) управляющему учесть содержание такого соглашения при распределении средств между его участниками.

Более того, судя по одному акту ВС РФ, он действительно не видит проблемы во влиянии межкредиторского соглашения на конкурсное распределение. В Определении СКЭС ВС РФ от 4 февраля 2019 г. № 304-ЭС18-14031 Суд указал на то, что такое уравнивающее соглашение должно соблюдаться в ходе конкурсного производства: «Не имеется каких-либо оснований полагать, что данное условие договора не применяется в процедуре банкротства. Напротив, экономические мотивы урегулирования отношений подобным образом обусловлены, в первую очередь, возможным банкротством заемщика в будущем». В этом конкретном деле речь шла о соглашении, заключенном между должником и банком, в котором было выражено согласие банка на равноправие его требования и требований аффилированных с обществом лиц, т.е. о своеобразном соглашении в пользу третьего лица (подробнее о такой модели структурирования отношений см. п. 3.1 комментария к настоящей статье). Но вряд ли этот аспект должен иметь определяющее значение. Участие должника в таком соглашении не должно являться обязательным, так как его интересы ни в коей мере им не затрагиваются. Очевидно, что Суд принял бы аналогичное решение и в ситуации, когда договор заключен между кредиторами. Кроме того, Суд прямо ссылается на то, что такое соглашение подпадает под правила ст. 309.1 ГК РФ. Соответственно, в контексте соглашений об уравнивании Суд допускает учет соглашения на этапе конкурсного распределения.

Таким образом, при наличии уравнивающего соглашения оба кредитора обязаны установить свое требование в РТК должника и разумно и добросовестно осуществлять свои права, дабы максимизировать степень удовлетворения своих требований. А далее на этапе конкурсного распределения конкурсный управляющий с учетом содержания раскрытого ему соглашения распределяет в совокупности причитающееся обоим кредиторам между ними таким образом, чтобы каждый получил пропорционально размеру своего требования, как если бы они были кредиторами одной, несубординированной очереди.

Как уже отмечалось, такое соглашение об антисубординации не может ущемить интересы других кредиторов. В то же время в упомянутом

Определении СКЭС ВС РФ от 4 февраля 2019 г. № 304-ЭС18-14031 Суд посчитал достаточным того, что согласие на антисубординацию дал мажоритарный конкурсный кредитор. При этом Суд допустил антисубординацию *erga omnes*, если мажоритарный кредитор выражает на это свое согласие. Это крайне спорное утверждение. В такой ситуации уравнивание должно касаться только мажоритарного конкурсного кредитора. Иначе получается, что он своим согласием повысит в очереди субординируемое в силу общих правил требование обременяет миноритарных кредиторов. Это противоречит принципу относительности обязательственных соглашений и п. 3 ст. 308 ГК РФ.

Остается только отметить, что если организация-должник была ликвидирована (в том числе в результате банкротства), в связи с чем ее долги перед кредиторами, казалось бы, прекратились, или долги гражданина-должника были списаны по итогам его личного банкротства, но впоследствии выяснилось, что не учтены те или иные ликвидные активы должника, и процесс конкурса возобновляется (ст. 213.29 Закона о банкротстве) или запускается квазиконкурс по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, а следовательно, ретроактивно воскресают или вовсе не считаются погашенными соответствующие требования, то уравнивающее межкредиторское соглашение вновь получает основание для применения.

1.4. Асимметричное уравнивание

В принципе, возможно соглашение об асимметричном уравнивании кредиторов, в рамках которого один из кредиторов соглашается предоставить другому гарантию пропорционального распределения, но сам на такую же льготу не претендует. Например, стороны (два аффилированных с должником кредитора) могут договориться о том, что если одну из них (кредитор А) субординируют в банкротстве *erga omnes*, другая (кредитор Б) предоставит ей льготу пропорциональности, но если случится обратное и субординируют кредитора Б, кредитор А такую же симметричную льготу не предоставляет.

На добанкротной стадии такая модель соглашения работает так, что принцип *prior tempore* отменяется только при получении исполнения от должника лишь одним из кредиторов (в нашем примере кредитором Б).

1.5. Субординация и уравнивание при конкуренции кредиторов в отношении получения платежей по долгу должника от третьих лиц

Все сказанное выше с необходимыми адаптациями применимо и к ситуации, когда речь идет о получении исполнения от третьих лиц за должника, включая случаи уплаты долга третьим лицом по правилам ст. 313 ГК РФ, погашения долга поручителем или иным обеспечителем,

а также банкротства последних и конкуренции кредиторов за долю в конкурсной массе.

1.6. Соглашение между залоговыми кредиторами одного должника

Нередко соглашения, подобные тем, которые урегулированы в комментируемой статье, заключаются между кредиторами одного и того же должника, обладающими правами залога на один и тот же актив должника или имущество, предоставленное третьим лицом в залог в обеспечение долга должника, и направлены на изменение действующих по умолчанию в силу закона правил определения старшинства залогов. Эти установленные в законе правила подразумевают либо приоритеты распределения полученного от реализации предмета залога (при выстраивании старшинства залогов), либо пропорциональное распределение между созалогодержателями одного ранга. Залогодержатели вправе эти правила скорректировать, если это не ущемит интереса должника, залогодателя, предоставившего залог за должника, а также иных кредиторов залогодателя.

Одним из типов межкредиторского соглашения является уступка залогового старшинства, в рамках которого старший в силу права залоговый кредитор отдает младшему залоговому кредитору (например, которому тот же предмет был позднее предоставлен в залог в рамках последующего залога) свое старшинство, соглашаясь занять позицию младшего залогодержателя. Возможно и уравнивающее соглашение между такими разноранговыми залогодержателями (подробнее см. комментарий к ст. 342.1 ГК РФ).

Другой пример: одноранговые созалогодержатели, которые по общему правилу имеют право на равное пропорциональное распределение полученного за счет предмета залога, могут установить старшинство (подробнее см. комментарий к ст. 335.1 ГК РФ).

О возможности изменения по соглашению между несколькими залогодержателями очередности удовлетворения их требований в отношении существующего или строящегося морского судна, являющегося предметом нескольких договоров залогов, см. также п. 2 ст. 380 КТМ РФ.

Обычно такие соглашения имеют своим предметом определение порядка распределения причитающегося (полученного) при обращении взыскания на предмет залога (в том числе при банкротстве) или при погашении третьим лицом, предоставившим залог, долга должника. Субординация или выравнивание при получении платежей от должника в ординарном порядке, не связанном с обращением взыскания на предмет залога, такими соглашениями между созалогодержателями обычно не подразумевается, и в этом плане по умолчанию п. 2 ст. 309.1

ГК РФ к таким соглашениям по общему правилу не применяется, если очевидно, что стороны договаривались только о порядке конкуренции за ценность предмета залога. Но ничто не мешает кредиторам-залогодержателям договориться и об изменении старшинства залогов, и о порядке распределения полученного по обязательствам на этапе до обращения взыскания на предмет залога. В этой части вышесказанное в отношении действия субординационных и уравнивающих соглашений на этапе до впадения должника в конкурс, а также правило п. 2 ст. 309.1 ГК РФ вполне применимы.

1.7. Уступка одного из требований

Острый вопрос касается возможности и последствий уступки требований, в отношении которых кредиторы заключили межкредиторское соглашение, а также последствий перехода таких требований в силу закона. Нет ясности в отношении того, переходит ли это требование новому кредитору с учетом условий об уравнивании или субординации, согласованных с другой стороной межкредиторского соглашения.

В случае с переходом требования в результате реорганизации кажется справедливым, чтобы это требование перешло к правопреемнику обремененным межкредиторским соглашением. Как это суждение обосновать догматически? Ведь субординация и уравнивание действуют между кредиторами, заключившими соглашение, а не являются элементом программы обязательства должника. В контексте универсального преемства ответить на этот вопрос легко: к правопреемнику переходит не только требование к должнику, но и прицепным вагоном обязанности и обременения, вытекающие из межкредиторского соглашения, заключенного с другим кредитором. Причем кажется справедливым, чтобы межкредиторское соглашение «шло» вслед за переходящим в формате универсального преемства правом в таких случаях, независимо от знания приобретающей требование стороны о таком соглашении.

Более сложный вопрос касается сингулярного преемства в силу суброгации. Вывод о следовании имеющихся у cedentа прав в отношении другого кредитора, вытекающих из заключенного с ним межкредиторского соглашения, кажется обоснованным в соответствии с п. 1 ст. 384 ГК РФ (следование дополнительных, в том числе обеспечительных прав). Что же касается следования обязанностей и обременений, вопрос более спорный. Чисто интуитивно кажется, что третье лицо, погашающее долг должника путем учинения платежа кредитору, который по соглашению с другим кредитором субординирован, действует на свой риск и должно смириться с тем, что по суброгации приобретает субординированное требование, даже

если в момент платежа оно об этом не знало. Но догматическое обоснование не вполне очевидно.

Еще более спорен вопрос уступки. Если межкредиторское соглашение предоставляло цеденту лишь права и преимущества, такое следование будет происходить по умолчанию в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ (так же как независимо от знания цессионария о наличии поручительства к нему переходят права требования к поручителю). В то же время при первом приближении кажется, что при уступке требования в пользу субъективно добросовестного лица следование межкредиторского соглашения, обременяющего цедента (например, subordinирующего его требование), происходить не должно. Иное сложно обосновать догматически.

Если допустить, что оговоренные в межкредиторском соглашении обязанности и обременения, лежащие на цеденте, к цессионарию не переходят, то очевидно, что уступка требования (либо суброгация) нарушает права другой стороны межкредиторского соглашения. Пострадавшему кредитору в этом случае остается только рассчитывать на взыскание убытков или штрафа с первоначального кредитора, если они договорились о запрете уступки. Если же цессионарий в момент заключения договора, на основании которого происходит уступка, знал о межкредиторском соглашении, а также о согласованном сторонами запрете на уступку и том вреде, который уступка причинит другому кредитору, открывается перспектива для аннулирования уступки по правилам ст. 10 и 168 ГК РФ в рамках доктрины недобросовестной интервенции (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54) (подробнее об аннулировании договора, заключенного с недобросовестным интервентом, см. комментарий к п. 3 ст. 308 ГК РФ). Также встает вопрос о том, не стоит ли вместо аннулирования уступки при доказанной осведомленности цессионария о наличии межкредиторского соглашения признать срабатывание эффекта следования (т.е. противопоставимость параметров межкредиторского соглашения субъективно недобросовестному цессионарию). Впрочем, все эти инструменты работают, если будет доказано, что цессионарий точно знал о наличии такого договорного запрета или хотя бы о наличии межкредиторского соглашения. При этом вполне вероятно, что новый кредитор не будет знать об этом (и, например, о subordinированном на основании межкредиторского соглашения характере приобретаемого требования), а следовательно, условия для срабатывания этих защитных механизмов часто не обнаружатся.

Ситуация кардинально меняется и значительно упрощается, если условия о subordinации или уравнивании включены в договор с долж-

ником. Здесь уступаемое или суброгируемое требование само по себе изначально носит субординированную или *pari passu* природу и поэтому переходит к новому кредитору исключительно в исходном правовом режиме, как это следует из правил п. 1 ст. 384 ГК РФ, включая как преимущества, так и обременения, независимо от субъективной добросовестности нового кредитора.

Впрочем, пока ясной практики ВС РФ по всем этим вопросам нет. Они требуют более серьезной проработки.

1.8. Множественная субординация

Сложный вопрос возникает в ситуации, когда один кредитор согласился субординироваться по отношению к другому кредитору, а далее согласился на субординацию и в отношении третьего кредитора.

В контексте добанкротного этапа, если субординация на этом этапе не исключена соглашениями, младший кредитор, получивший исполнение, становится обязанным перед несколькими другими кредиторами, которых он согласился поставить выше себя. То, что младший кредитор получил от должника, он должен передать обоим старшим кредиторам, и эти последние оказываются конкурирующими уже в части своих обязательственных притязаний к младшему кредитору. При этом младший кредитор рискует быть принужден к уплате в адрес старших кредиторов суммы, большей, чем он получил от должника. Ведь каждого из старших кредиторов не должно затрагивать заключение младшим кредитором соглашения с другим старшим кредитором. Младший кредитор согласился субординировать свое требование, поставив его ниже конкретного требования старшего кредитора, и в силу п. 2 комментируемой статьи должен отдать данному старшему кредитору все полученное от должника, дабы обеспечить приоритетное удовлетворение старшего требования. То, что младший кредитор решил отдать все полученное другому старшему кредитору, не лишает первого права требовать уплаты аналогичной суммы. В итоге получится, что младший кредитор, согласившийся на субординацию отдельно по отношению к нескольким старшим кредиторам, не согласовав этот аспект с каждым из них, будет вынужден перечислять каждому номинал полученного от должника и приобретать от обоих старших кредиторов их требования к должнику.

В сценарии банкротства должника при наличии нескольких кредиторов, которых должник согласился поставить выше себя на основании заключенных с ними соглашений, ключевым вопросом оказывается то, какому из старших кредиторов перешло на фидуциарных началах младшее требование (кто из них реализовал свое опционное право на приобретение младшего требования раньше). В случае если фи-

дуциарная уступка не срабатывает, было бы логично осуществить конкурсное распределение доли младшего кредитора в конкурсной массе всем старшим кредиторам пропорционально.

Впрочем, эти вопросы требуют дополнительной проработки.

2. Механизм обмена полученного от должника на требование к тому же должнику

Как указано в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 и следует из п. 3 комментируемой статьи, права и обязанности должника, не участвующего в соглашении, фактом его заключения напрямую не затрагиваются. Поэтому, несмотря на наличие межкредиторского соглашения, должник вполне может и даже обязан осуществить платеж в адрес младшего кредитора согласно условиям связывающего их обязательства. При этом, как указал все тот же ВС РФ, предусмотренный таким соглашением порядок удовлетворения требований не является основанием для отказа младшего кредитора в принятии предложенного должником надлежащего исполнения. В случае такого отказа кредитор считается просрочившим (п. 1 ст. 406 ГК РФ).

Но как тогда будет работать соглашение о субординации на добанкротной стадии, если младший кредитор получил платеж от должника, который при этом не удовлетворил старшего кредитора, и тем самым создалась ситуация, противоречащая соглашению о субординации, в силу которого младший кредитор предоставляет старшему приоритет в распределении платежей должника? Комментируемый пункт пытается ответить на этот вопрос. Он устанавливает порядок реализации условия об очередности распределения полученного от должника между кредиторами в ситуации получения младшим кредитором платежа от должника, удержание которого будет нарушать условие о субординации. Норма устанавливает своеобразную конвертацию полученных младшим кредитором реальных денежных средств в требования, проявляющуюся в обязанности младшего кредитора перечислить полученное в целом или частично в соответствующей оговоренной пропорции старшему кредитору и автоматическом получении в обмен соответствующей части старшего требования из расчета рубль за рубль.

Платеж, совершенный должником в адрес младшего кредитора, погашает долг должника перед младшим кредитором (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Но далее младший кредитор обязан перечислить полученное в целом или в соответствующей части старшему кредитору в согласованные сроки (а при отсутствии таковых — в сроки, определяемые по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ).

В момент передачи полученного старшему кредитору требование старшего кредитора к должнику на ту же сумму автоматически переходит к младшему кредитору. После приобретения младшим кредитором прав старшего кредитора к должнику младший кредитор вправе заявить должнику требование об исполнении обязательства последнего с учетом тех обеспечений и иных дополнительных прав, которые имелись по переданному требованию у старшего кредитора (п. 1 ст. 384 ГК РФ).

Очевидно, что при такой конструкции младший кредитор несет более высокий риск банкротства должника, чем старший. Старший кредитор в ускоренном порядке получает причитающиеся ему средства, в то время как младший кредитор вместо денег остается с правами требования, реализация которых может быть в любой момент застопорена возбуждением против должника дела о банкротстве.

В рамках модели уравнивающего соглашения тот же механизм работает в сценарии получения кредиторами от должника платежей, размер которых отступает от установленного параметра пропорционального распределения при подсчете пропорций удовлетворения на ту или иную согласованную дату, если, конечно, добанкротный этап уравнивания сторонами не исключен. Как уже отмечалось, один из кредиторов в таком случае должен будет перечислить часть полученного другому, дабы на выходе пропорции удовлетворения исходных требований оказались равными. В момент уплаты данной суммы к уплатившей стороне переходит требование другой стороны к должнику на ту же сумму из расчета рубль за рубль, если иные пропорции не оговорены сторонами.

2.1. Природа перехода права

По смыслу закона переход старшего требования к младшему кредитору в привязке к переводу младшим кредитором полученного от должника происходит автоматически. Дискуссионным является вопрос, идет ли здесь речь об уступке права на основании включенной в межкредиторское соглашение по прямому указанию данного пункта распорядительной сделки цессии, поставленной под отлагательное условие перечисления указанных средств, или о переходе права в силу закона в форме суброгации. Как разъяснил ВС РФ в п. 8 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54, «к уступке требования, совершенной кредиторами одного должника между собой, положения статьи 309.1 ГК РФ не применяются». Иначе говоря, когда происходит обычная уступка требования одним кредитором в пользу другого, речь не идет о межкредиторском соглашении. Но это разъяснение само по себе не ставит точку в вопросе о том, является ли сам автоматический переход требования, предусмотренный в комментируемой норме, сра-

батыванием распорядительного эффекта подразумеваемого условия об уступке под отлагательным условием получения младшим кредитором платежа от должника и перечисления этой суммы старшему кредитору, либо речь идет о механизме перехода требования в силу суброгации, т.е. на основании закона. Если речь идет об уступке, то перечисляемое представляет собой платеж в обмен на переходящее в обратном направлении старшее требование, ценой, уплачиваемой в обмен на такое требование, и налицо реальная обменная сделка купли-продажи старшего требования по номиналу, согласно которой переход этого требования привязан к уплате такой цены. Если речь идет о суброгации, то кредитор, перечисляя деньги другому кредитору, исполняет долг должника перед последним и вступает в его обязательственное право по правилам о суброгации. Впрочем, практическая разница невелика. В любом случае к самому переходу требования подлежат применению положения гл. 24 ГК РФ о переходе обязательственных прав. Более того, согласно одному из взглядов на суброгацию, когда третье лицо платит кредитору, оно погашает не долг должника, а выплачивает цену принудительного выкупа требования, и в этом смысле любой случай установленной в законе суброгации представляет собой узаконенный механизм принудительной цессии, привязанный к выплате цены выкупа по номиналу.

2.2. Диспозитивность

Безусловно, положения п. 2 комментируемой статьи по своей сути являются диспозитивными, и стороны вправе договориться об ином порядке действий в случае получения платежа младшим кредитором в рамках субординационного соглашения или поступления платежа, нарушающего правила пропорционального распределения, в рамках уравнивающего соглашения. Например, в таком соглашении может быть установлено, что от старшего кредитора к младшему переходит требование, номинал которого больше или меньше, чем сумма, которую младший кредитор переводит старшему.

Наконец, стороны могут вовсе заблокировать этот механизм конвертации, сконцентрировавшись в основном на судьбе взаимных требований при банкротстве должника или поручителя либо при обращении взыскания на предмет залога.

3. Межкредиторское соглашение и относительность обязательств

Согласно положению п. 3 комментируемой статьи межкредиторское соглашение не затрагивает права должника или иных кредиторов, если они не присоединились к такому соглашению. Это в полной мере вытекает из общего принципа относительности обязательственной связи (ст. 308 ГК РФ). Как уже отмечалось, должник вправе и обязан

платить своим кредиторам согласно установленным в договорах с ними или следующим из закона срокам, межкредиторское соглашение эти обязанности должника не затрагивает, а регулирует отношения исключительно между кредиторами. Поэтому, например, младший кредитор по субординационному соглашению не вправе отказаться принять от должника платеж, указав на то, что согласно межкредиторскому соглашению приоритет имеет другой кредитор. В таком случае он будет считаться вставшим в просрочку (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Кроме того, такое соглашение не может позволить одному из кредиторов, участвующих в нем, получить те или иные преимущества по отношению к кредиторам, которые не участвуют в соглашении. Договорная субординация носит относительный, а не *erga omnes* характер, в отличие от субординации, происходящей на основании норм закона.

3.1. Соглашение о субординации в пользу третьего лица

Условие о субординации или уравнивании может быть установлено в соглашении между должником и одним кредитором, предоставляя *выгоду* не участвующему в таком соглашении иному существующему или потенциальному кредитору. Как правило, речь здесь идет только о банкротном аспекте субординации.

Здесь можно говорить о своеобразной модификации договора в пользу третьего лица либо определенной категории третьих лиц (ст. 430 ГК РФ). Например, займодавец, предоставляя обществу заем, может договориться о том, что заемное требование данного займодавца в случае банкротства заемщика будет субординировано по отношению к существующим или будущим требованиям некоего иного кредитора, группы или категории кредиторов или вообще всех кредиторов. Это позволит должнику при получении кредита или займа в будущем рассчитывать на лучшую оценку состояния своей текущей задолженности со стороны потенциальных новых кредиторов, ведь те будут понимать, что фигурирующий на балансе заемщика долг субординирован, и в случае банкротства кредитор по такому субординированному требованию не сможет претендовать на конкурсную массу заемщика наравне с новым кредитором. В такой ситуации долг изначально возникает в субординированном формате (субординация *ab initio*). При этом, как правило, такая модель предусматривает, что заложенный в ней приоритет всех иных кредиторов перед субординированным требованием срабатывает только в случае банкротства должника.

Вместе с тем в таком соглашении, структурирующем согласие кредитора на субординацию по отношению к требованиям любых или некоторых категорий иных кредиторов, разумно оговорить, имеется

ли в виду субординация ниже требований ординарных кредиторов третьей очереди, либо субординирующийся кредитор согласен пропустить вперед себя кредиторов, чьи требования субординированы в силу действия права (например, кредиторов по требованиям о взыскании неустойки или упущенной выгоды). Если этот аспект не оговорен, встает непростой вопрос интерпретации соглашения.

Такая модель установления субординации упомянута в ч. 3 ст. 16.2 Федерального закона от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах». Эмитент облигаций с ипотечным покрытием в условиях выпуска может указать на то, что требования из облигаций данного выпуска будут субординированы по отношению к требованиям из облигаций с тем же ипотечным покрытием другого выпуска. Получается, что приобретатели бумаг становящегося младшим выпуска, в условиях которого сделана такая оговорка, соглашаются субординировать свои требования в отношении требований обладателей облигаций другого выпуска, приобретающего в силу этого статус старшего выпуска.

Та же модель отражена в ст. 25.1 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» и ст. 189.95 Закона о банкротстве, предусматривающих возможность заключения договоров субординированных вкладов, займов (включая облигационные) и кредитов, получателями средств по которым являются банки. Если в подобном договоре указано на то, что долг по возврату финансирования, полученного по такому договору, является субординированным, то пользу от субординации получают все иные кредиторы банка, которые в самом соглашении не участвовали, так как в случае банкротства банка субординированные требования удовлетворяются после удовлетворения всех иных кредиторов банка. Здесь субординация считается согласованной *erga omnes*.

Естественно, такого типа соглашение между должником и кредитором о субординации данного кредитора в пользу других определенных, определенных или вовсе всех кредиторов должника может быть заключено с любым должником, а не только с банком.

То же касается и соглашения об уравнивании (*pari passu*). Такая оговорка может быть включена в договор должника и одного из кредиторов. В ней кредитор выражает согласие на поднятие в очереди субординированного существующего или будущего требования другого, не участвующего в соглашении кредитора (группы или категории кредиторов или всех субординированных кредиторов данного должника в принципе), и уравнивание таких субординированных кредиторов со своим объективно более высоким по рангу требованием. Например,

банк может согласовать с заемщиком, что он не против уравнивать свое ординарное требование третьей очереди о возврате кредита с субординируемыми заемными требованиями к обществу участников одной с обществом группы компаний, если те будут предоставлять обществу разумные «спасительные займы» на период пандемии коронавируса. Это будет означать, что он готов разделить с такими субординированными аффилированными кредиторами пропорционально то, что будет причитаться банку и таким кредиторам из конкурсной массы. Эта возможность признана в Определении СКЭС ВС РФ от 4 февраля 2019 г. № 304-ЭС18-14031. Но, как уже указывалось, вопреки написанному в данном определении, такая оговорка не может привести к уравниванию субординируемого в силу действия объективного права требования с требованиями других кредиторов, которые не участвовали в таком соглашении, так как можно распорядиться лишь своим старшинством, но не банкротной привилегией других кредиторов. Иначе мы имеем нарушение базовых принципов частного права (подробнее см. п. 1.3.2 комментария к настоящей статье).

Дополнительная литература

Романова Е.О. Соглашение о субординации требований кредиторов // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М., 2018. С. 382–416.

Сарбаши С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020.

Соболев С.И. Коллизия правил об очередности исполнения обязательств должником в пользу нескольких кредиторов и способы ее разрешения // Закон. 2020. № 6. С. 45–63.

Тяжбин М.Д. Соглашение кредиторов одного должника о субординации в системе частного права // Вестник гражданского права. 2021. № 3. С. 7–107.

Calligar D.M. Subordination Agreements // Yale Law Journal. 1961. No. 3. 1961. P. 375–404.

Carlson D.G. A Theory of Contractual Debt Subordination and Lien Priority // Vanderbilt Law Review. 1985. Vol. 38. No. 4. P. 975–1034.

MacDougall B. Subordination Agreements // Osgoode Hall Law Journal. 1994. Vol. 32. No. 2. P. 225–269.

Wood R.J. Subordination Agreements, Bankruptcy and the PPSA // Canadian Business Law Journal. 2010. Vol. 49. No. 1. P. 66–98.

Статья 309.2. Расходы на исполнение обязательства

Должник несет расходы на исполнение обязательства, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства, обычаев или других обычно предъявляемых требований.

Комментарий

1. Общее правило

В данной норме закрепляется вполне очевидная идея о том, что по общему правилу расходы должника, связанные с исполнением обязательства, лежат на нем. Такой же подход закреплен и в ст. III.—2:113 Модельных правил европейского частного права и знаком всем известным правопорядкам. Эта позиция поддерживается и в судебной практике ВС РФ (см. Определение СКЭС ВС РФ от 31 августа 2021 г. № 48-КГ21-17-К7).

Закон (например, п. 2 ст. 975 ГК РФ), иные правовые акты или договор могут предусматривать, что такие расходы покрываются кредитором в целом или в части.

Покрытие расходов должника кредитором может также следовать из обычаев и существа обязательства (а точнее, существа отношений).

2. Отнесение на кредитора возрастания расходов должника на исполнение по обстоятельствам, зависящим от кредитора

Следует признать общий принцип, согласно которому если возрастание расходов должника на исполнение происходит по обстоятельствам, находящимся в сфере контроля кредитора или иначе зависящим от него и перипетий его судьбы, то кредитор обязан возместить должнику соответствующую разницу, кроме случаев, когда отнесение таких расходов на должника не предусмотрено договором, законом либо не вытекает из обычаев или существа отношений. Иначе говоря, программа договорных правоотношений по умолчанию восполняется правилом об отнесении роста расходов, произошедшего по причинам, которые зависят от кредитора, на последнего.

В ряде случаев закон прямо такую норму предусматривает (см., например, п. 2 ст. 316 (возрастание расходов должника в ситуации изменения места исполнения обязательства по причине изменения места нахождения кредитора), п. 4 ст. 382 ГК РФ (возрастание расходов должника в связи с переходом требования к третьему лицу)). Но это лишь частные проявления общего принципа.

Например, кредитор обязан возместить должнику расходы на депонирование по правилам п. 1 ст. 327 ГК РФ, независимо от того, есть ли его вина в возникновении обстоятельств, которые задают основания для депонирования согласно этой норме. Например, если депонирование было произведено должником в связи с возникновением объективной неопределенности в отношении фигуры кредитора ввиду смерти исходного кредитора и неясности вопроса о наследниках, обвинить в собственной смерти исходного кредитора сложно, но и вины наследников в том, что они не проявились раньше, тоже нет. Отсутствие вины может исключить взыскание с наследников всех убытков за просрочку кредитора, но справедливость вызывает к тому, чтобы как минимум расходы на депонирование должнику были возмещены. Должник должен иметь право зачесть свои расходы на депонирование к сумме своего долга и депонировать сумму, которая на соответствующую величину меньше последнего, дабы не оказаться в положении, в котором преемство приведет к тому, что ему придется заплатить в совокупности больше, чем он был должен. То же и в случае, когда кредитор, например, оказался в плену или в коме, в связи с чем допустил просрочку, спровоцировав тем самым формирование условий для депонирования. То, что у кредитора случилась трагедия, не должно означать возложение на должника дополнительных затрат на осуществление предоставления в адрес кредитора.

Более того, стоит пойти дальше и признать, что возрастание затрат должника на исполнение ввиду просрочки кредитора подлежит возмещению последним, независимо от того, освобождается ли кредитор от ответственности за свою просрочку.

Подобный шаг к установлению общего правила предпринял ВС РФ, установив в п. 9 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54, что «дополнительные издержки должника, вызванные действиями кредитора... возмещаются кредитором...». К этому разъяснению стоит добавить, что «действия кредитора», видимо, слишком узкое понятие и корректнее говорить о возникновении дополнительных издержек на исполнение по обстоятельствам, зависящим от кредитора или его жизни.

3. Затраты кредитора на принятие исполнения

При этом вполне естественно, что расходы кредитора на принятие исполнения по общему правилу несет он сам (см. п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Статья 310. Недопустимость одностороннего отказа от исполнения обязательства

1. Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами или иными правовыми актами.

2. Одностороннее изменение условий обязательства, связанного с осуществлением всеми его сторонами предпринимательской деятельности, или односторонний отказ от исполнения этого обязательства допускается в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

В случае, если исполнение обязательства связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми его сторонами, право на одностороннее изменение его условий или отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательской деятельности, за исключением случаев, когда законом или иным правовым актом предусмотрена возможность предоставления договором такого права другой стороне.

3. Предусмотренное настоящим Кодексом, другим законом, иным правовым актом или договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства.

Комментарий

1. Запрет на односторонний отказ от исполнения обязательства и его одностороннее изменение

Положение п. 1 ст. 310 ГК РФ является логическим продолжением ст. 309 ГК РФ, которая требует надлежащего исполнения обязательства. Поскольку должник в силу обязательства должен осуществить исполнение и сделать это надлежащим образом (т.е. согласно условиям, формирующим правовой режим обязательства), то по общему правилу он не может в одностороннем порядке ни отказаться от исполнения своего обязательства, ни изменить его условия. Эта идея абсолютно очевидна и широко признана в российской судебной практике. Обязательство означает правовую связь (*vinculum iuris*) и, соответственно, не может по умолчанию предполагать произвольное право должника

отказаться от исполнения обязательства или изменить его условия. Этот вывод справедлив в той степени, в которой мы говорим о полноценных обязательствах, а не обязательствах натуральных (впрочем, как было показано в комментарии к ст. 307 ГК РФ, сама целесообразность выделения последней категории и ее отделения от обычного морального долга под вопросом).

Тот факт, что сторона утратила интерес к исполнению договорного или иного обязательства, сам по себе не дает этой стороне право произвольно выйти из правовой связи или изменить ее условия, даже если она готова предложить другой стороне ту или иную компенсацию. Из этой идеи вытекает вывод о том, что расторжение (изменение) договора по общему правилу возможно только по взаимному согласию сторон. Договоры «должны», а не «могут при желании» исполняться: *pacta sunt (!) servanda*. Например, если арендатор потерял интерес к использованию предмета аренды, он не вправе при отсутствии указаний на обратное в законе или договоре произвольно отказаться от договора и обязан вносить арендную плату независимо от того, использует он арендованное имущество или нет (определения СКЭС ВС РФ от 21 августа 2015 г. № 310-ЭС15-4004, от 1 сентября 2016 г. № 306-ЭС16-3858); не могут совершить такой отказ от договора и покупатель, передумавший покупать товар, продавец, решивший продать вещь другому покупателю, или лицензиат, потерявший интерес в исполнении лицензионного договора.

Обязательство, согласно доминирующему воззрению и определению в п. 1 ст. 307 ГК РФ, своим предметом имеет то или иное поведение должника и не сводится к выплате компенсации вместо реального исполнения; обязанность возместить убытки действительно по общему правилу возникает в случае нарушения регулятивного обязательства, но кредитор не вынужден смиряться с такой трансформацией своего первичного требования в иную связь — направленную на возмещение убытков.

Впрочем, это все справедливо только в той степени, в которой кредитору доступна возможность принудить должника к исполнению в натуре вместо взыскания убытков или штрафа за нарушение. Если такое присуждение в силу договора, закона или существа обязательства заблокировано (ст. 308.3 ГК РФ), то *de facto* у кредитора нет другого выбора, кроме как принять предложение должника начать обсуждать размер подлежащих возмещению убытков вместо реального исполнения. Например, если суды отказывают в возможности принуждения банка в выдаче обещанного кредита (а небесспорная судебная практика сейчас именно такова), то *de facto* отказ банка его выдавать

не оставляет заемщику иного выбора, кроме перехода в плоскость возмещения убытков. Иногда законодатель в ответ на эту проблему прямо закрепляет в законе право одной из сторон на произвольный отказ от договора с последствием в виде возмещения убытков или выплаты иной компенсации (например, в силу п. 2 ст. 782 ГК РФ исполнитель вправе произвольно отказаться от договора, возместив заказчику все убытки), но куда чаще он прямо об этом не говорит. Юристы также, как правило, избегают говорить о том, что банк, еще не выдавший обещанный кредит, при потере желания исполнять договор наделен правом произвольно отказаться от договора с последствием в виде возмещения всех убытков. Последнее слово все равно, как правило, отводится потерпевшему кредитору, который, столкнувшись с таким нежеланием исполнять договор, получает право на отказ от договора и трансформацию своего исходного регулятивного притязания в охранительное требование о возмещении убытков «взамен реального исполнения» по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ. Но фактически это игра в слова. В практическом плане именно должник своим произвольным и, казалось бы, не имеющим непосредственного правового эффекта заявлением о нежелании исполнять обязательство навязывает кредитору трансформацию предмета правовой связи сторон из реализации исходной операции в возмещение убытков. Это очень наглядно демонстрирует Определение СКЭС ВС РФ от 5 июня 2020 г. № 305-ЭС20-4196, в котором Суд признал а) невозможность принудить арендатора, заявившего нежелание исполнять договор аренды и принимать объект недвижимости, к принятию данного объекта во владение и б) недопустимость начисления арендной платы до получения вещи во владение и тем самым свел права арендодателя в такой ситуации лишь к возмещению убытков вместо реального исполнения, но все равно уклонился от прямого признания права арендатора навязать арендодателю трансформацию предмета правоотношений сторон.

С учетом того, что прямое принуждение стороны к исполнению договора в натуре заблокировано в большом числе случаев (см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ), попытка называть вещи своими именами означала бы, что следовало бы признать наличие у стороны во всех подобных случаях права на произвольный отказ от договора с условием о выплате убытков в качестве своеобразной платы за отказ от договора. Либо следовало бы говорить о том, что в той степени, в которой кредитору недоступен иск о присуждении в натуре, суть обязательства должника, в принципе, сводится к ответственности в виде возмещения убытков при условии нежелания осуществлять предмет исходного обещания.

1.1. Исключения на уровне закона

При этом закон может прямо допускать право одной из сторон в одностороннем порядке отказаться от исполнения или изменить условия обязательства.

Большинство известных закону примеров допущения права на односторонний отказ от исполнения или одностороннее изменение обязательства касается обязательств договорных. Существует несколько вариантов установления в законе таких исключений.

Во-первых, закон в ряде случаев предусматривает право на односторонний отказ от договора или изменение его условий в ответ на нарушение другой стороной своих договорных обязательств (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405, ст. 523, п. 2 ст. 811 ГК РФ и т.п.) или выявлении недостоверности предоставленных договорных заверений (п. 2 ст. 431.2 ГК РФ). Отказ от обязательственного договора влечет прекращение всех или некоторых договорных обязательств (п. 1 и 2 ст. 450.1 и п. 2 ст. 453 ГК РФ), а его изменение — меняет содержащиеся в нем обязательства (п. 1 ст. 453 ГК РФ). Управомоченная на отказ от договора в ответ на нарушение сторона вправе также вместо реализации этого права заявить в суд иск о расторжении нарушенного договора по правилам п. 2 ст. 450 ГК РФ. Кроме того, в ряде ситуаций у пострадавшей в результате существенного нарушения договора стороны нет права на внесудебный отказ от нарушенного договора, если иное не оговорено в контракте, и единственным способом прекратить обязательственную связь путем расторжения оказывается предъявление в суд преобразовательного иска о расторжении (например, расторжение арендодателем договора аренды по ст. 619 ГК РФ).

Во-вторых, закон иногда предусматривает право одной из сторон отказаться от договора или изменить его при наступлении отлагательных условий, не связанных с нарушением договорных обязательств другой стороной или предоставлением последних недостоверных заверений (например, п. 4 ст. 19 Федерального закона от 1 апреля 2020 г. № 98-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам предупреждения и ликвидации чрезвычайных ситуаций»). Отказ же от обязательственного договора или его изменение, как указывалось выше, влечет прекращение или изменение вытекающих из договора обязательств.

В-третьих, закон иногда дает стороне *безусловное* право на односторонний отказ от (изменение) обязательства. Обычно речь идет о праве на произвольный отказ от обязательственного договора или изменение его условий. Закон при этом часто оговаривает, что последствием реализации такого права будет выплата другой стороне

определенных компенсаций. Но в ряде других случаев он предусматривает право на «бесплатный» безусловный отказ от договора (или право на его одностороннее изменение). Вариант «платного» безусловного отказа мы встречаем, в частности, в ст. 717 и 782 ГК РФ, согласно которым заказчик в договоре подряда, а также заказчик и исполнитель в договоре возмездного оказания услуг вправе в одностороннем порядке немотивированно отказаться от договора, уплатив другой стороне предусмотренные в данных нормах компенсации. Вариант же «бесплатного» безусловного отказа мы встречаем, в частности, в ст. 610 ГК РФ (право сторон договора аренды, заключенного на неопределенный срок, на отказ от договора). В определенной степени наличие у стороны права на «бесплатный» и ничем не обусловленный, немотивированный отказ от договора (или его произвольное изменение) обязательства лишает эту правовую связь обязательного характера. Обязательство во многом теряет правовой, связывающий характер, если от него можно произвольно отказаться без каких-либо негативных для должника последствий, или столь же легко и без последствий изменить условия обязательства. Поэтому такие случаи установления в законе права на «бесплатный» и ничем не обусловленный отказ от обязательств (или их изменение) редки и предусматриваются в законе только в исключительных случаях, когда убедительные политико-правовые аргументы вызывают к ослаблению обязательственной связи (например, право потребителя на произвольный отказ от многих договоров).

Более подробный разбор данной проблематики в отношении установления в законе случаев допустимости одностороннего отказа от договора и изменения его условий см. комментарий к ст. 450, 450.1 ГК РФ; о запрете на злоупотребление предоставленным законом правом на отказ или изменение и практике применения в этом контексте ст. 10 ГК РФ см. п. 4 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ и комментарий к данным нормам в рамках другого тома серии #Глосса¹, а также п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

Кроме того, следует учитывать, что при наличии ряда специфических условий закон дает одной из сторон договора право требовать расторжения или изменения договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). Но такое расторжение или изменение будут происходить в судебном порядке и допускается при

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

соблюдении очень строгих условий, оговоренных в п. 2 ст. 451 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 451 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Не исключены ситуации, когда строгие условия применения ст. 451 ГК РФ не соблюдены (например, изменение обстоятельств было предвидимым или зависело от поведения стороны, желающей прекратить или изменить договор), но исполнение договора для одной из сторон на оговоренных условиях на фоне изменившихся обстоятельств становится убыточным или ненужным, эта сторона предлагает контрагенту расторгнуть или изменить договор с возмещением всех убытков контрагента и очевидно, что убытки первой стороны от сохранения и исполнения договора существенно превышают убытки контрагента от разрыва или изменения договора. В таких ситуациях в ряде исключительных случаев можно обсуждать возможность расторжения или изменения договора вопреки отсутствию воли на то контрагента, если есть основания признавать его нежелание идти на уступки, несмотря на гарантии возмещения всех убытков, абсолютно иррациональным поведением и явным злоупотреблением права (ст. 10 ГК РФ). В такой ситуации, когда расторжение или изменение сочетается с возмещением всех убытков, можно обсуждать либо менее строгое применение условий допустимости расторжения или изменения договора, указанных в ст. 451 ГК РФ, либо выделение самостоятельного правового режима расторжения или изменения договора с покрытием всех убытков на основании ст. 10 ГК РФ. Например, если для арендатора в свете закрытия филиала стал абсолютно ненужным заключенный им ранее долгосрочный договор аренды офиса в соответствующем регионе, у него нет права сдачи офиса в субаренду, а сохранение договора приведет к необходимости внесения в течение нескольких лет арендной платы за то, чем он фактически не пользуется, и колоссальным убыткам, и арендатор предлагает арендодателю расторгнуть договор досрочно, приведя вместо себя нового и вполне платежеспособного арендатора, готового занять это помещение на тех же условиях, гарантируя покрытие всех мыслимых убытков арендодателя, которые могут возникнуть в свете переоформления аренды, и даже выражая готовность поручиться по долгам нового арендатора по уплате арендной платы, отказ арендодателя идти на такую уступку может быть воспринят с учетом

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

конкретных обстоятельств как злоупотребление правом. Впрочем, контуры этого института расторжения договора с возмещением всех убытков в российском праве пока не разработаны.

1.2. Природа одностороннего отказа или одностороннего изменения

Односторонний отказ от исполнения обязательства (или одностороннее изменение его условий) является односторонней сделкой (п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). В подавляющем большинстве случаев речь идет об отказе от исполнения или изменении обязательств договорных, и поэтому здесь уместно говорить о сделке, в результате которой происходит односторонний отказ от договора как вариант оформления его расторжения или одностороннее изменение договора.

В силу ст. 165.1 ГК РФ, а также применительно к отказу от исполнения договора в силу специальной нормы п. 1 ст. 450.1 ГК РФ данная сделка приобретает правовой эффект с момента доставки извещения об отказе (изменении) другой стороне, если иное не предусмотрено в законе или договоре. Совершая такую сделку, сторона осуществляет секундарное (преобразовательное, потестативное) правомочие на вторжение в сферу правовой автономии другой стороны обязательства, навязывает последнему правопрекращающий или правоизменяющий правовой эффект, а адресат такого волеизъявления несет бремя претерпевания, смирения с таким вторжением.

Подробнее о квалификации одностороннего отказа от договора (изменения его условий) в качестве сделки, о последствиях совершения отказа или изменения при отсутствии к тому правовых оснований, о последствиях злоупотребления секундарным правом на отказ или изменение, о применении правил ст. 165.1 ГК РФ к моменту определения даты отказа или изменения договора, о применимости общих правил о форме и недействительности сделок к таким заявлениям и других подобных вопросах см. комментариев к п. 4 ст. 450 и ст. 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹. Все написанное там в отношении природы отказа от договора или его изменения с необходимыми адаптациями может быть применено и к отказу от внедоговорного обязательства или одностороннему изменению его условий, если в каком-либо законе будет предусмотрена возможность совершения подобных волеизъявлений в отношении внедоговорных обязательств (впрочем, о таких случаях ничего не известно).

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

1.3. Реализация установленного законом «платного» права на немотивированный отказ (изменение)

Если закон предоставляет стороне право на односторонний отказ от договора (или изменение его условий) с условием о выплате другой стороне предусмотренной в законе компенсации, осуществление такой выплаты, согласно практике высших судов, не является условием реализации права на отказ (изменение). Отказ от договора (или его изменение) вступает в силу по общему правилу с момента доставки соответствующего извещения (ст. 165.1, п. 1 ст. 450.1 ГК РФ), после чего возникает обязательство по выплате соответствующей компенсации (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104 и п. 19 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 января 2000 г. № 51, вопрос № 5 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015) (утв. Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.)).

Такое решение оправданно, так как в тех случаях, когда закон предусматривает «платный» отказ, он практически всегда фиксирует компенсацию в виде отсылки к расходам или убыткам. Определение такой суммы входит в компетенцию судов. Если бы выплата предусмотренной в законе компенсации была предварительным условием реализации права на отказ (изменение), реализация этого права во внесудебном порядке была бы фактически заблокирована из-за отсутствия у стороны, решающей таким правом воспользоваться, достоверной информации о расходах или убытках другой стороны.

1.4. Возможность «отключить» предусмотренное законом право на односторонний отказ или изменение

Если право на отказ от договора (или его изменение) предоставлено законом одной из сторон диспозитивной нормой закона или иного правового акта, стороны вправе своим соглашением исключить такое право или ограничить свободу его реализации.

Если право на отказ (изменение) предоставлено одной из сторон императивной нормой закона, свобода сторон в блокировании данного права ограничена. В частности, в силу п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 норма ст. 610 ГК РФ, устанавливающая право сторон договора аренды, заключенного на неопределенный срок, на односторонний от него отказ, является императивной. Соответственно, в этом случае установление в договоре запрета на отказ от такого договора не допускается.

Впрочем, в этой области возникает множество вопросов о пределах императивности / диспозитивности целого ряда норм о праве на отказ от договора или его изменение (например, о пределах диспозитивности установленного в ст. 717 ГК РФ права заказчика на произвольный отказ

от договора подряда, императивности правил ст. 782 ГК РФ о праве заказчика произвольно отказаться от договора возмездного оказания услуг и т.п.).

Например, многие суды считают правило п. 1 ст. 782 ГК РФ императивным и исключают возможность блокирования в договоре права на произвольный отказ заказчика от договора возмездного оказания услуг. Эту позицию подтверждает и СКЭС ВС РФ (Определение от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216), но в целом вопрос непростой. Для многих услуг, действительно, блокировка права заказчика передумать кажется очень спорной идеей. Но некоторые виды услуг в силу своего существа вполне сочетаются с блокировкой права заказчика на отказ от договора. Это касается таких договоров, в которых формирующее соответствующее договорное предоставление поведение исполнителя будет осуществляться в любом случае, независимо от того, что заказчик отказался извлекать пользу из такого предоставления. Например, если некто купил билет на публичную аудиторную или онлайн-лекцию известного популяризатора науки, блокировка права на отказ от договора не представляется противоречащей существу отношений (подробнее см. п. 3.4.3 комментария к настоящей статье).

То же и с правом заказчика на отказ от договора подряда по ст. 717 ГК РФ. Эта норма содержит оговорку о праве согласовать в договоре иное, но есть сомнения в том, что в контексте некоторых видов подрядных договоров такая блокировка возможна (например, вряд ли договор может запретить заказчику отказаться от сдачи своей вещи в ремонт или реконструкции своего офиса).

Интересен также вопрос о допустимости отказа от осуществления секундарного права на отказ от договора или его изменение в ответ на созревание тех или иных фактических оснований для реализации этих правомочий. Как представляется, во многих ситуациях это вполне возможно, даже если само право на отказ установлено императивно. Например, закон предоставляет потребителю императивно право на отказ от договора в ответ на его нарушение, но потребитель, уже зная о нарушении и возникновении у него права на отказ от договора, заявляет *ex post*, что не имеет претензий и отказывается от осуществления своего права на отказ от договора по этому основанию, такое волеизъявление будет иметь силу. Но отказ от осуществления такого права, установленного в императивной норме, возможен только после его созревания. Заранее отказаться от осуществления такого права нельзя. На контрасте если подобное право установлено в диспозитивной норме закона и может быть исключено соглашением, то соответствующая сторона может отказаться от осуществления такого права

и до наступления оснований для этого (подробнее о данной проблеме см. комментарий к п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, а также к ст. 9 ГК РФ в рамках других томов серии #Глосса¹).

Также очевидно, что, если закон в императивной норме дает одной из сторон право на произвольный и безусловный отказ от договора в любой момент (например, право на отказ стороны договора бессрочной аренды), бесповоротный отказ от реализации такого права после заключения договора на будущее невозможен, так как это лишит смысла саму императивность такой нормы. Но отказ от осуществления своего права на отказ от договора в течение оговоренного срока в такой ситуации вполне возможен по смыслу п. 6 ст. 450.1 ГК РФ.

2. Возможность установить право на односторонний отказ или одностороннее изменение обязательства в договоре

В силу принципа свободы договора стороны вправе в договоре, порождающем обязательственное правоотношение, согласовать предоставление одной из сторон секундарного (преобразовательного) права на односторонний отказ от исполнения обязательства (изменение его условий). По смыслу данной нормы речь идет прежде всего об установлении в договоре положения о праве на односторонний отказ от договора (недаром п. 1 ст. 450.1 ГК РФ об отказе от договора ссылается на ст. 310 ГК РФ) или одностороннее изменение его условий. Поэтому далее речь пойдет об отказе от договора или его изменении. В принципе, то, что договор может предоставить одной из сторон такие секундарные правомочия, следует из п. 4 ст. 450 и п. 1 ст. 450.1 ГК РФ. Смысла в нахождении положений, которые сейчас содержатся в п. 2 ст. 310 ГК РФ, именно в общих положениях обязательственного права немного.

Из смысла п. 2 ст. 310 ГК РФ вытекает, что стороны вправе договориться как о возможности отказа от договора (его изменения) при наступлении оговоренных в договоре условий, так и о согласовании немотивированного отказа одной из сторон от договора (его изменения).

Если сторона злоупотребляет своим закрепленным в договоре секундарным правом на отказ от договора или его изменение, суд может применить правила ст. 10 ГК РФ, п. 4 ст. 450 и п. 4 ст. 450.1

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов); Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 9 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ГК РФ в целях противодействия таким злоупотреблениям (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54) (подробнее см. комментарии к п. 4 ст. 450 и п. 4 ст. 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

2.1. Ограничения на согласование условия о праве на отказ или изменение

При этом из п. 2 ст. 310 ГК РФ следует, что свобода сторон в установлении права на отказ (изменение) ограничена *ex ante* — по кругу договоров, в которых такое право может быть согласовано.

Свобода закрепления в договоре права на отказ или изменение признается, во-первых, для договоров, обеими сторонами которого являются лица, для которых данное обязательство было связано с их предпринимательской деятельностью: в подобном договоре может быть оговорено право каждой из сторон или одной из сторон на отказ (или изменение).

Во-вторых, в договорах, не все стороны которого являются лицами, осуществляющими посредством формирования и реализации данного договорного правоотношения предпринимательскую деятельность, такое право на отказ (изменение), согласно п. 2 ст. 310 ГК РФ, может быть предоставлено стороне, не осуществляющей предпринимательскую деятельность. Это подтверждается и в практике ВС РФ (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Ранее эта же идея путем телеологической редукции прежней редакции комментируемой нормы была отражена в п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16. Это значит, что в подобном договоре право на отказ или изменение не может быть предоставлено коммерческой стороне контракта. Законодатель пытается защитить ту сторону, которая при подобном соотношении статусом сторон обычно является слабой стороной договора.

2.1.1. Уточнения интерпретации *de lege lata*

Установленный в п. 2 ст. 310 ГК РФ запрет на предоставление договором права на отказ от договора или его изменение предпринимателю в его договорных отношениях с лицом, не осуществляющим в рамках данного договора предпринимательскую деятельность, следует корректно интерпретировать. Если договор заключен между лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, и некоммерческой организацией, которая в рамках данного договора осуществляла

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

приносящую доход деятельность, право на отказ или изменение может быть предоставлено любой стороне (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25¹). То же касается и договора между лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, и не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя гражданином, если такой гражданин осуществлял коммерческую деятельность в качестве самозанятого, а также если для него договор был связан с осуществлением бизнеса посредством участия в капитале хозяйственного общества. Последнее касается прежде всего корпоративных договоров с участием акционеров (участников), являющихся физическими лицами, договоров продажи или залога акций или доли, а также доверительного управления таким имуществом. На настоящий момент ВС РФ обратил внимание на эту проблему только применительно к корпоративным договорам, разрешив согласовывать право на отказ от договора или его изменение без оглядки на отсутствие у потенциального адресата подобных волеизъявлений статуса индивидуального предпринимателя (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Но, безусловно, эта же логика должна в судебной практике распространяться и на иные подобные договоры, связанные с реализацией корпоративных прав или отчуждением (приобретением) корпоративного контроля.

Из п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 следует, что право на односторонний отказ (изменение) не может быть оговорено в договоре между некоммерческой организацией, осуществляющей в рамках такого договора приносящую доход деятельность, и гражданином-потребителем в пользу первой стороны. В частности, договор на оказание платных образовательных услуг, заключенный между некоммерческой образовательной организацией и гражданином, не может согласно п. 2 ст. 310 ГК РФ с учетом указанного разъяснения ВС РФ предоставить образовательной организации право на одностороннее изменение условий договора или отказ от договора.

По сути, если учесть все эти оговорки, то получается, что законодатель в п. 2 ст. 310 ГК РФ несколько витиевато пытается установить норму, скорее, потребительского права, его цель — запретить ком-

¹ Здесь указано следующее: «В соответствии с пунктом 4 статьи 50 ГК РФ некоммерческие организации могут осуществлять приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами, лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы, и если это соответствует таким целям. В этом случае на некоммерческую организацию в части осуществления приносящей доход деятельности распространяются положения законодательства, применимые к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность (пункт 1 статьи 2, пункт 1 статьи 6 ГК РФ)».

мерсантам или обслуживающим граждан-потребителей на платной основе некоммерческим организациям включать в свои договорные проформы условия, дающие им право в одностороннем порядке менять условия заключенного с потребителем договора или отказываться от него.

Уместность нахождения такой нормы в ГК РФ, а не в Законе о защите прав потребителей — вопрос крайне спорный.

2.1.2. Оценка ограничения по существу

Сам этот запрет на включение в потребительский договор условия о праве коммерсанта (или некоммерческой организации, заключающей с потребителем договор в рамках осуществления своей приносящей доход деятельности) на отказ от договора или изменение его условий является достаточно жестким *ex ante* барьером на пути возможных злоупотреблений коммерсантами договорной свободой и почти безграничной властью определять договорные условия потребительского договора. С учетом п. 2 ст. 310 ГК РФ этой власти устанавливается предел за счет запрета попыток включить в договор условия о праве коммерсанта на отказ (изменение). Эта жесткость подкупает своей простотой и предсказуемостью в применении: нельзя так нельзя. Судам не приходится разбираться в вопросах о наличии или отсутствии признаков злоупотребления правом в реализации указанного в договоре права, как это обычно происходит в рамках споров о реализации допускаемых для включения в иные договоры условий о праве на отказ или изменение (ст. 10, п. 4 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ). В контексте потребительских договоров подобные условия просто признаются ничтожными, а заявления об отказе или изменении — не имеющими юридической силы. Вместо *ex post* контроля справедливости реализации таких секундарных прав мы имеем простой *ex ante* запрет на само их согласование в договоре.

Это достаточно интенсивно защищает интересы потребителя. Например, включение в потребительский кредитный договор права банка на досрочное истребование долга (т.е. права на одностороннее изменение условия договора о сроке кредита) за рамками тех случаев, когда такое право предусмотрено в законе, не допускается (см. п. 5 [Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств](#) (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.); Определение СКГД ВС РФ от 19 июня 2012 г. № 77-КГ12-2; п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146). В равной степени судами не допускается условие потребительского договора кредита, счета или вклада о праве банка в одностороннем порядке менять установленные договором

тарифы за дополнительные услуги банка (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146; определения СКГД ВС РФ от 2 апреля 2019 г. № 16-КГ18-57, от 12 февраля 2019 г. № 16-КГ18-52).

Но за такую простоту мы платим отсутствием гибкости в регулировании. Нередко невозможность включения в потребительский договор права коммерсанта изменить условия договора оказывается серьезной проблемой, дестимулируя заключать долгосрочные договоры с потребителями. Экономические, технологические, логистические, налоговые условия осуществления той или иной бизнес-деятельности на потребительском рынке могут быстро меняться. Современный мир все ускоряется, постоянно меняется налоговое законодательство, законодательство о персональных данных и т.п. Договорные проформы необходимо постоянно обновлять, дабы учесть все эти изменения. Достаточно каждому из нас вспомнить, как часто те или иные интернет-платформы и сервисы, без которых невозможно представить современную жизнь, обновляют свои условия, предлагая нам согласиться с этим изменением, а нередко ничего не предлагая, а просто информируя об изменениях. Трудно себе представить ситуацию, когда человек, который создал электронный почтовый ящик, скажем, в 2000 г., будет взаимодействовать с почтовым сервисом в 2021 г. на условиях, которые были акцептованы в самом начале, имея право отвергнуть любые предлагаемые в течение всех этих 20 лет изменения. В реальной жизни запрет на такие изменения практически повсеместно игнорируется. Платформы нередко просто ставят потребителей перед фактом изменения условий, предлагая при несогласии отказаться от договора, либо указывая на то, что при отказе от принятия обновленных условий, коммерческая сторона просто откажется от договора. Во многом понять эту ситуацию можно. Современные потребительские договоры — это все чаще долгосрочные договоры типа подписки на интернет-сервисы, абонентские договоры, лицензии т.п. Зафиксировать условия таких договоров на годы вперед без права их изменения просто немыслимо, а преследовать миллионы клиентов-потребителей просьбами принять изменения технически невозможно и порождает непропорциональные транзакционные издержки. Если коммерсант не может изменить условия договора, дабы учесть эти изменения, это создает для него риски и в целях их избегания может склонять к заключению более краткосрочных договоров, прося клиентов периодически перезаключать договоры, соглашаясь с новыми условиями, если те планируют продолжить сотрудничество. Но это не решает проблему транзакционных издержек.

Когда такой запрет применяется к возможности согласовать условия о праве банка на изменение процентов по выданному кредиту или привлеченному вкладу, подобная вытекающая из п. 2 ст. 310 ГК РФ жесткость не кажется чем-то избыточным, но когда в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ оказывается невозможным для образовательной организации договориться со слушателем о праве организации в будущем при наличии уважительных причин изменить программу, скорректировать формат или уточнить сроки обучения (с учетом изменения тех или иных технологических, санитарных, эпидемиологических или иных изменений, болезни тех или иных преподавателей и т.п.), такая слепая жесткость, запрещающая любые возможные изменения без оглядки на их возможную обоснованность и добросовестность, кажется избыточной.

В зарубежном потребительском праве жесткий *ex ante* запрет на согласование в договоре права коммерсанта на изменение условий договора не распространен. Согласно Директиве ЕС 5 апреля 1993 г. № 93/13/ЕЕС, признается несправедливым только такое условие потребительского договора, которое дает коммерсанту право в одностороннем порядке изменить условия договора без уважительной причины, оговоренной в контракте. Такое решение куда более мягкое, чем то, которое вытекает из п. 2 ст. 310 ГК РФ.

Как найти разумный компромисс в условиях, когда потребительские отношения охватывают столько разных экономических транзакций и столь разнообразны по своей структуре? Обычно ответом на это является все меньшая опора на простые и понятные нормы-запреты с универсальным охватом, и все большая опора на оценочные стандарты, делегирующие судам широкую компетенцию по учету контекста конкретной ситуации при оценке допустимости тех или иных условий потребительского договора. Не является ли та самая упомянутая в Директиве ЕС *уважительная причина*, раскрытая в самом соглашении, ответом на данный вопрос? Не стоит ли действительно запрещать *ex ante* попытки включать в потребительские договоры условия о праве коммерсанта произвольно менять те или иные условия договора по своему усмотрению, когда такие условия а) не оговаривают конкретные параметры возможных изменений, б) не упоминают возможные уважительные основания для их осуществления и при этом в) у потребителя не возникает права на произвольный отказ от договора без каких-либо негативных для себя последствий при несогласии с изменениями? Кажется, в таком запрете может быть смысл. Но там, где в договоре установлены такие разумные и справедливые параметры или основания для возможных изменений раскрыты в договоре

и носят уважительный характер, при этом потребитель обладает правом «бесплатно» отказаться от сохранения договора на измененных условиях, то такие договорные условия можно было бы не считать ничтожными априори (особенно в контексте долгосрочных договоров, предполагающих пролонгированные взаимные предоставления). Если сами эти условия пройдут тест на справедливость в рамках *ex post* контроля, при этом действия по реализации таких условий не будут признаны злоупотреблением правом с учетом конкретных обстоятельств, судам в таком случае следует признать правовой эффект таких изменений. Впрочем, у такого решения, обеспечивающего большую гибкость, имеются свои риски. Пока в целом судебный *ex post* контроль справедливости договорных условий работает в российских реалиях отнюдь не так интенсивно, как в ряде зарубежных стран. Возникают риски того, что начнутся массовые злоупотребления. Данный вопрос может вызывать дискуссии и заслуживает отдельного анализа в рамках литературы по потребительскому праву.

То же касается и запрета на согласование права коммерсанта на отказ от договора. Например, есть ли логика в запрете возможности включения в договор условий о праве коммерсанта отказаться от договора в ответ на существенное нарушение договора со стороны потребителя? Как кажется, ее нет. Потребительские договоры чаще всего заключаются на очень небольшие суммы, оправданность несения литигационных издержек на сопровождение судебной процедуры расторжения в таких случаях крайне сомнительны. Впрочем, здесь спасает то, что во многих общих и специальных нормах законодательства право на отказ от нарушенного договора упоминается (например, п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405 ГК РФ), что делает актуальность данного вопроса не столь острой.

2.1.3. Вопрос о договоре, заключаемом между лицами, не осуществляющими коммерческую деятельность

Из толкования п. 2 ст. 310 ГК РФ вытекает, что, если обе стороны договора не являются лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, договор может предусматривать право любой из сторон такого договора на односторонний отказ (изменение). Например, договор найма жилья может предусматривать право нанимателя на односторонний отказ от договора по прошествии определенного срока. Договор займа денег между гражданами, как представляется, может предоставить займодавцу право в одностороннем порядке повысить процентную ставку соразмерно изменению тех или иных параметров (естественно, без ущерба для предусмотренного в п. 2 ст. 810 ГК РФ права заемщика досрочно вернуть заем). Договор купли-прода-

жи квартиры может предоставить покупателю право на произвольный отказ от договора до момента подачи заявлений о регистрации перехода права собственности (своего рода «период охлаждения»). Примеры можно продолжать.

Если управомоченная сторона злоупотребила своим правом на отказ или изменение, суд может применить правила ст. 10 ГК РФ, п. 4 ст. 450 и п. 4 ст. 450.1 ГК РФ в целях противодействия такому злоупотреблению (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). С учетом действия принципа доброй совести и запрета на злоупотребление правом, нет никаких политико-правовых резонов, которые могли бы обосновать жесткий и слепой *ex ante* запрет на включение в договор между равноправными гражданами условий о праве на односторонний отказ от договора или его изменение. Если в случае с потребительскими договорами, возможно, некоторые резоны проявить повышенный патернализм и пресечь практику включения таких условий в договоре на корню, без попыток нюансировать решение с учетом конкретных обстоятельств за счет ст. 10 ГК РФ и имеются (хотя и это спорно), то в контексте договоров между гражданами вроде купли-продажи квартиры или автомобиля такое ограничение было бы очевидно неконституционным. Здесь обычно речь идет о сделке между равными.

Но следует обратить внимание на то, что редакция п. 2 ст. 310 ГК РФ, действовавшая до 1 июня 2015 г., скорее указывала на невозможность согласования права на отказ или изменение в подобных договорах, а новая редакция не вполне ясно по данному вопросу высказывается. В Постановлении Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд просто обошел стороной этот вопрос. По нему до сих пор в российском праве остается некоторая необъяснимая неопределенность. По нашим данным, нет ни одного развитого правового порядка, в котором бы закон запрещал равноправным гражданам при заключении между собой договора согласовывать право на односторонний отказ от договора или его изменение при нарушении договора, наступлении иных условий и т.п. Такое ограничение было бы просто неконституционно.

3. Плата за реализацию права на отказ или изменение

Пункт 3 ст. 310 ГК РФ законодательно признает институт платы за отказ от исполнения обязательства (или за его изменение), которую в силу условий договора должна уплачивать та сторона, которая решает реализовать предусмотренное законом или договором право на односторонний отказ от исполнения или изменение обязательства. По сути, речь идет о плате за реализацию секундарного (преобразовательного)

права. Такая плата имеет целью вознаграждение другой стороны за те неудобства, риски и реальные имущественные потери, которые связаны с претерпеванием произвольного выбора управомоченной стороны в пользу отказа от исполнения (изменения) обязательства.

Речь, конечно же, идет в первую очередь об обязательствах договорных, а сама плата имеет природу платы за реализацию секундарного права на отказ от договора или его изменение. Например, нередко в кредитных договорах предусматривается комиссия за досрочный возврат кредита в качестве платы за осуществление заемщиком предоставленного ему договором секундарного права на одностороннее изменение срока кредита (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 22 октября 2013 г. № 6764/13). Часто встречается условие о внесении платы за немотивированный отказ от исполнения договора аренды (см. Определение СКЭС ВС РФ от 3 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-6784) или оказания услуг (п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, Определение СКЭС ВС РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216).

Стороны могут определить эту предусмотренную в п. 3 ст. 310 ГК РФ плату как в виде фиксированной суммы или некой формулы, задача которой эту сумму определить, так и посредством отсылки к расходам или убыткам другой стороны.

В принципе, нет серьезных возражений против того, чтобы плата за отказ от договора (или его изменение) выражалась не в уплате определенной денежной суммы, а в передаче некоего иного заранее определенного имущества. Этот вывод в полной мере вытекает из принципа свободы договора.

Пункт 3 ст. 310 ГК РФ не уточняет, зависит ли возможность установления в договоре платы за отказ (изменение) от оснований для реализации такого права. В то же время очевидно, что законодатель имел в виду ситуации, когда закон или договор устанавливают право на немотивированный отказ (изменение). В принципе, нет оснований ограничивать свободу сторон в установлении платы за отказ (изменение) и в тех случаях, когда речь идет об отказе (изменении) в связи с наступлением прямо указанных в договоре отлагательных условий (например, скачка инфляции или изменения курса той или иной валюты). Но из здравого смысла вытекает, что стороны не могут согласовать внесение платы за отказ от договора в качестве условия или последствия отказа от договора (или его изменения) в ответ на его существенное нарушение другой стороной. Этот вывод поддержан и в практике ВС РФ (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Соответственно, включение в договор условия

о внесении жертвой существенного нарушения договора, желающей расторгнуть такой договор, определенной платы нарушителю договора недопустимо на основании противоречия положению п. 4 ст. 1 ГК РФ (идея о том, что никто не может получать выгоду из своего правонарушения).

3.1. Правовая природа

3.1.1. Плата за отказ (изменение) и неустойка

Плата за отказ от исполнения (за изменение) обязательства не является неустойкой, так как реализация имеющегося у стороны права на отказ или изменение является правомерным действием, а не нарушением обязательства. Осуществляя отказ от исполнения обязательства или меняя его условия, одна из сторон реализует закрепленное за ней секундарное (преобразовательное) правомочие. Эта сторона вполне этим правом может не пользоваться, и тогда вносить такую плату она не обязана. Неустойка же как мера ответственности применяется по инициативе пострадавшего от нарушения обязательства кредитора в ответ на нарушение обязательства должником. Соответственно, к плате за отказ (изменение) не подлежат применению напрямую правила ГК РФ о неустойке.

В то же время, к сожалению, на практике стороны достаточно часто обозначают плату за осуществление права на отказ от договора в качестве неустойки, штрафа. Судам в такой ситуации следует, применяя правила толкования договора, исходить из того, что воля сторон на самом деле направлена на установление платы за отказ от договора по правилам п. 3 ст. 310 ГК РФ. Если договор дает одной из сторон право на отказ, осуществление такого права не может быть нарушением; соответственно, внутреннее противоречие между фразой о штрафе (неустойке) и наличием такого права должно устраняться за счет реконструкции наиболее вероятной общей воли сторон договора. А она, как правило, состоит в фиксации именно платы за отказ от договора. По данному вопросу см. определения СКЭС ВС РФ от 3 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-6784, от 7 марта 2019 г. № 305-ЭС18-20347, от 7 февраля 2019 г. № 309-ЭС18-8960.

3.1.2. Плата за отказ (изменение) и отступное

Плата за отказ от исполнения (за изменение) обязательства не является и отступным.

Различия этих институтов таковы.

Плата за одностороннее *изменение* условий обязательства принципиально отличается от отступного как способа прекращения обязательства. В этом случае никакого смешения быть в принципе не может. Но что насчет платы за отказ от договора?

Сразу следует заметить, что, как будет показано в п. 3.2 комментария к настоящей статье, плата за отказ (изменение) вносится по умолчанию не в качестве предварительного условия для последующего отказа от исполнения (изменения), а в качестве последствия такого отказа (изменения), если иное не оговорено, в то время как конструкция отступного по своей природе предполагает, что обязательство должника прекращается в момент фактического предоставления отступного (подробнее см. комментариев к ст. 409 ГК РФ). Но это различие не носит определяющего характера, так как в силу свободы договора стороны могут договориться о том, что внесение платы за отказ должно предвосхищать отказ от договора или что сам отказ вступает в силу только при условии внесении такой платы за отказ.

Даже если мы возьмем в фокус внимания плату за отказ от исполнения обязательства, которая, согласно условиям договора, должна вноситься предварительно в условия, наступление которого влечет автоматическое прекращение договора, разница все равно обнаруживается.

Как уже отмечалось, установление в договоре платы за отказ от исполнения обязательства актуально преимущественно для тех случаев, когда речь идет об отказе от исполнения договорного обязательства (обязательства, вытекающего из того же договора, в котором фиксируется такая плата). При этом отказ от исполнения договорного обязательства является способом расторжения договора. Если посмотреть к тексту ГК РФ, то легко заметить, что в тех случаях, когда закон говорит об отказе от исполнения договорного обязательства (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 782 ГК РФ и т.п.), он имеет в виду право на односторонний отказ от договора в целом, т.е. о праве на внесудебное расторжение (применительно к п. 2 ст. 328 ГК РФ см. п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35). В норме п. 2 ст. 450.1 ГК РФ прямо указано на то, что односторонний отказ от исполнения договора равнозначен отказу от договора и влечет признание договора расторгнутым. Поэтому было бы логичнее, если бы положения о такой плате были включены в ст. 450, 450.1 ГК РФ о праве на односторонний отказ от договора. В то же время ничто не должно препятствовать именно таким образом толковать п. 3 ст. 310 ГК РФ. Плата за отказ от исполнения обязательства по тексту п. 3 ст. 310 ГК РФ — это, по сути, плата за отказ от договора (*termination fee*).

Есть принципиальная разница между прекращением договорного обязательства одной из сторон путем предоставления отступного и прекращением взаимных обязательств сторон при расторжении договора. Отказ от договора как способ его расторжения влечет не только прекра-

шение обязательства отказывающейся стороны, но и отпадение оснований для существования встречного обязательства или возникновение оснований для возврата встречного предоставления, если оно уже было произведено (по правилам ст. 453 ГК РФ). В то же самое время отступное является способом прекращения отдельного обязательства путем предоставления согласованного суррогата; неисполненное встречное обязательство в такой ситуации не прекращается, а осуществленное встречное исполнение не подлежит возврату. Если отступное предоставлено, встречное исполнение идет в обмен на то имущество, которое предоставляется в качестве отступного. Синаллагма не разваливается, как в случае расторжения, предоставление отступного меняет характеристики одного из встречных предоставлений.

Впрочем, можно помыслить себе случаи, когда отступное и плата за отказ от исполнения договора могут сливаться до степени смешения. Например, если речь идет об односторонне-обязывающем договоре (скажем, консенсуальном договоре дарения), заранее согласованное условие о праве должника погасить свой долг путем передачи отступного перестанет принципиально отличаться от согласованной в договоре платы за отказ от него, которая по содержанию договора должна вноситься не после отказа (как это по умолчанию предполагается), а в качестве предварительного условия для реализации права на отказ.

3.1.3. Плата за отказ (изменение) и отступная неустойка

Не является указанная в п. 3 ст. 310 ГК РФ плата и неустойкой, установленной в качестве отступного, так как у платы за отказ от договора нет признаков ни неустойки, ни отступного (о несколько загадочном институте отступной неустойки см. комментарий к п. 3 ст. 396 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

3.1.4. Плата за отказ (изменение) как институт sui generis

Иначе говоря, плата за отказ или одностороннее изменение договора — это самостоятельный институт, представляющий собой плату за реализацию секундарного права. Произвольный отказ одной из сторон от договора (или изменение его условий) опосредует вторжение в сферу правовой автономии контрагента, и контрагент нередко может согласиться на включение в договор условия о таком праве только если это вторжение будет осуществляться на платной основе.

Если при заключении опционного договора или опциона на заключение договора плата (опционная премия) вносится за само предостав-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 396 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

ление секундарного права, то в сюжете с платой за отказ (изменение) оплачивается фактическая реализация права.

В принципе, стороны могут вместо закрепления в договоре платы за отказ или изменение просто изменить цену договора, учтя в ней соответствующие возможные риски, неудобства и потери претерпевающей стороны, которые материализуются у последней, если предоставляемое контрагенту секундарное право будет им реализовано. Но это вынудит нести бремя уплаты такой цены любых контрагентов, желающих получить подобное секундарное право, даже тех, кто в итоге им не воспользуется. Согласование же платы за отказ (изменение) не влияет на цену и позволяет возложить финансовое бремя только на тех контрагентов, которые пожелают воспользоваться выговоренным секундарным правом.

3.2. Механика реализации

Стороны вправе договориться как о том, что внесение такой платы является отлагательным условием для последующей реализации права на отказ (изменение), так и о том, что такая выплата должна следовать за реализацией права на отказ (изменение). Но что, если стороны не установили четкий порядок? В этом случае потребуется толкование условий договора, но оно далеко не всегда позволяет установить волю сторон. Было бы логично исходить из того, что, если одна из двух указанных моделей в договоре прямо не предусмотрена и не может быть выведена путем толкования договора или из обычаев оборота, а при этом размер платы определен в фиксированном размере или иным образом легко определим без обращения в суд, внесение такой платы является условием для последующего отказа (изменения). Если же плата сформулирована в виде компенсации убытков, расходов или иным образом, не позволяющим легко установить размер подлежащей уплате суммы, следует подразумевать, что стороны имели в виду модель, при которой внесение такой платы является последствием реализации права на отказ (изменение). Такое дифференцированное регулирование, как представляется, в большинстве случаев будет соответствовать подразумеваемой воле сторон.

В то же время в практике ВС РФ отражен иной, несколько более грубый подход: если стороны не согласовали иное, по общему правилу действует принцип «сначала отказ (изменение) и только потом внесение платы» (п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

3.3. Ограничение по кругу договоров

В силу прямого указания в п. 3 ст. 310 ГК РФ такая плата за отказ или изменение договора может быть установлена в тех случаях, когда

прекращаемое или изменяемое в одностороннем порядке обязательство связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности. Встает вопрос о том, можно ли толковать эту норму таким образом, что она исключает возможность включить такую плату в договоры с иным субъектным составом. Ответить на этот вопрос можно путем телеологического толкования.

Если право на отказ или изменение в законе не предусмотрено, но правомерно вводится договором, нет никаких оснований ограничивать возможность включения в договор условия о плате за отказ (изменение). Если для стороны, желающей воспользоваться правом на отказ или изменение, внесение согласованной платы будет неудобно, ей просто следует исполнять свое обязательство. В конечном счете право этой стороны на отказ от исполнения обязательства или его изменение законом не предусмотрено, и по общему правилу, если бы другая сторона по своей воле не согласилась предоставить такое право, действовал бы принцип *pacta sunt servanda* (ст. 309 ГК РФ). Поскольку стороны вводят право на отказ (изменение) своей волей, они своей же волей могут и установить любые условия реализации такого права, включая условие о выплате установленной в договоре денежной суммы. Платный отказ при отсутствии права на отказ в законе — это улучшение положения управомоченного, добавление права, которого у него не было в силу закона, а потому ограничение права наделения по согласию сторон не имеет оснований. Поэтому в той степени, в которой закон допускает согласование в договоре права на немотивированный отказ от договора или его изменение, возможно и согласование платы за отказ или изменение, *независимо от статуса контрагентов*.

Если право на отказ или изменение предусмотрено в законе в диспозитивной норме и стороны, соответственно, вольны вовсе исключить такое право, также нет оснований ограничивать свободу сторон в установлении платы за отказ (изменение), даже если одной из сторон такого договора является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность. Этот вывод вытекает из принципа толкования закона *a fortiori* (тем более): если закон допускает возможность в условиях договора вовсе заблокировать право на произвольный отказ от договора или изменение, то тем более он допускает право сторон сохранить такое право, но ограничить его реализацию условием о выплате определенной суммы. Если позволено большее, то позволено и меньшее. И статус контрагентов здесь не имеет значения.

Если же право на отказ (изменение) установлено императивной нормой и по смыслу нормы эта императивность распространяется не только на попытки заблокировать реализацию таких прав,

но и на введение неких неизвестных закону компенсаций или изменение тех компенсаций, которые установлены законом, то, как было выше показано, установление какой-либо не предусмотренной в законе платы за отказ (изменение) недопустимо, независимо от субъектного состава.

Таким образом, указание в п. 3 ст. 310 ГК РФ на возможность установить плату за отказ (изменение) в договоре между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, не должно толковаться как жесткий запрет на согласование такой платы в иных договорах. Единственное ограничение возникает в ситуации фиксации права на отказ (изменение) в императивной норме закона, цель которой не просто гарантировать наличие такого права, но и запретить любые условия о последствиях реализации такого права, отличные от следующих из закона. Но это ограничение в равной степени применимо как для сугубо коммерческих договоров, так и для договоров с иным субъектным составом.

Иначе говоря, указание на характер деятельности сторон, которые в силу п. 3 ст. 310 ГК РФ могут согласовать плату за отказ от договора (его изменение), есть основания не толковать «от противного» (*a contrario*), а просто признать результатом неудачной редакции.

3.4. Во всех ли случаях возможно согласование платы за отказ или изменение?

Пункт 3 ст. 310 ГК РФ говорит о плате за осуществление права на односторонний отказ (изменение) в случаях, когда само это право предусмотрено в законе или договоре.

3.4.1. Установление платы за отказ или изменение в случаях, когда такие вторичные права неизвестны закону, но оговорены в договоре

Упоминание ситуации, когда право на отказ (изменение) не известно закону, но предусмотрено в договоре, не вызывает никаких сомнений. Если стороны вольны согласовать в договоре право на немотивированный отказ (изменение), то *a fortiori* они свободны в установлении условий реализации этого права, включая плату, которую стороне, реализующей это право, следует заплатить другой стороне в качестве компенсации. Данный вывод закреплен в п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

Поэтому, например, если стороны договора аренды, заключенного на определенный срок, предусмотрели в договоре право одной из сторон на немотивированный отказ от договора, они могут обусловить реализацию этого права внесением определенной платы за отказ от договора (см. Определение СКЭС ВС РФ от 3 ноября 2015 г. № 305-ЭС15-6784).

3.4.2. Плата за отказ или изменение в случаях, когда такие вторичные права установлены в норме закона

Более сложный вопрос касается указания на то, что такая плата может быть установлена для случаев, когда само право на отказ (изменение) предусмотрено в законе.

Если речь идет о фиксации права на отказ (изменение) в диспозитивной норме закона и стороны свободны в блокировании такого права, следовательно, они тем более (*a fortiori*) могут ограничить или обставить его теми или иными условиями, включая установление платы за его осуществление (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Но в случаях, когда право на отказ (изменение) предусмотрено в императивной норме закона, и свобода сторон в «отключении» права на произвольный выход из договора ограничена, ситуация более сложная.

В п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на этот счет указано следующее: «Если право на односторонний отказ от исполнения обязательства или на одностороннее изменение условий обязательства установлено императивной нормой... то включение в договор условия о выплате денежной суммы в случае осуществления стороной этого права не допускается (пункт 1 статьи 422 ГК РФ)». Решение достаточно простое и понятное. Далее Суд в этом разъяснении в качестве иллюстрации выводит из императивности нормы п. 2 ст. 610 ГК РФ о праве любой из сторон бессрочного договора аренды отказаться от него запрет на включение в договор условия о плате за отказ от договора.

Но данное разъяснение требует некоторых уточнений. Норма, которая устанавливает право на произвольный отказ от договора или изменение, может носить императивный характер в двух разных смыслах.

В первом случае телеологическое толкование императивной нормы указывает на то, что закон не только императивно закрепляет право на выход из договора или его изменение, но и ограничивает свободу в установлении неизвестных закону или изменении установленных в законе последствий отказа от договора или изменения. В таких случаях цель нормы не только в том, чтобы гарантировать стороне свободный «выход» из договора или его изменение, но и в том, чтобы императивно закрепить последствия реализации таких прав.

В такой ситуации установление в договоре платы за отказ (изменение) там, где закон умалчивает о каких-либо выплатах, либо согласование размера платы, отличного от того, который установлен в законе, не должно допускаться. Так, стороны договора потребитель-

ского кредита не могут установить комиссию за досрочный возврат потребителем полученного кредита (т.е. одностороннее изменение потребителем условия о сроке кредита), так как закон императивно закрепляет за потребителем право на досрочный возврат кредита, и смысл нормы явно в том, чтобы не просто гарантировать потребителю право на досрочный возврат кредита, но и предотвратить какое-либо ухудшение положения потребителя по сравнению с установленным в законе сценарием реализации права на досрочный возврат кредита (ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе)). Этот вывод нашел поддержку и в практике ВС РФ (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54)¹.

Во втором случае толкование нормы может указывать на то, что закон имеет целью императивно предоставить стороне право на выход или изменение, а последствия выхода он готов отдать на откуп свободе договора. В этом случае, если закон молчит о выплатах тех или иных компенсаций на случай реализации права на отказ или изменение, это не лишает стороны возможности, не блокируя сами эти права напрямую, установить, что в качестве последствия реализации таких прав будет осуществляться выплата той или иной платы, а там, где закон устанавливает те или иные компенсации в качестве последствия реализации таких прав, они задаются им диспозитивно и стороны не могут заблокировать само право на отказ (или изменение), но могут согласовать иные последствия (более мягкие или, наоборот, более обременительные для отказывающейся или меняющей условия договора стороны). Относительно недавно ВС РФ подтвердил возможность такой опции в Определении СКЭС от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216. В тех случаях, когда размер компенсации крайне высок и фактически влечет косвенное блокирование осуществления права на отказ или изменение, ничто не мешает суду уменьшить размер

¹ Впрочем, следует иметь в виду, что императивность нормы, простирающаяся и на оговоренные в норме последствия отказа (изменения), может быть такой природы, что телеологическое ее толкование не оставляет сомнений в том, что стороны свободны изменить размер установленной законом компенсации в одну сторону, но не в другую. Так, например, в силу ст. 32 Закона о защите прав потребителей «потребитель вправе отказаться от исполнения договора о выполнении работ (оказании услуг) в любое время при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов, связанных с исполнением обязательств по данному договору». Соответственно, условие потребительского договора, которое попытается закрепить в качестве платы за отказ потребителя от договора фиксированную денежную сумму, размер которой будет превышать расходы подрядчика (исполнителя), должно признаваться ничтожным. Но ничто не мешает сторонам потребительского договора отступить от этой нормы в сторону улучшения положения потребителя, уменьшив в договоре размер компенсации или вовсе сняв с потребителя бремя ее уплаты.

компенсации на основании ст. 10 ГК РФ, тем более что такое снижение российская практика этот корректирующий механизм допускает (см. п. 3.5 комментария к настоящей статье).

Что, если норма, устанавливающая право на отказ или изменение, относится к последней категории (императивность установления самого права, но диспозитивность последствий), но стороны в договоре попытались заблокировать само право на отказ или изменение? Кажется бы, в этом случае такое условие ничтожно как противоречащее законодательному запрету (п. 2 ст. 168 ГК РФ), а реализация самого права на отказ или изменение приведет к желаемым правовым последствиям, несмотря на данное договорное условие. Но если закон, блокируя возможность исключения права на отказ (или изменение), в то же время допускает согласование или изменение установленной в законе платы за отказ от договора, появляется еще одна опция: конверсия такого ничтожного договорного условия о блокировке права на отказ или изменение в условие о выплате всей подлежащей оплате соответствующей стороной цены договора в качестве платы за отказ от договора. Такая позиция отражена в практике ВС РФ (см. п. 3.4.3 комментария к настоящей статье).

3.4.3. Пример ст. 782 ГК РФ

Нередко вопрос о том, толковать ли соответствующую норму о праве на отказ от договора в качестве а) диспозитивной, б) императивной в смысле запрета на отключение права на отказ, но при этом диспозитивной в плане допущения договоренности о выплате той или иной платы за отказ или в) вовсе императивной тотально, включая запрет на согласование иных последствий отказа, может вызывать споры.

В качестве иллюстрации приведем самый актуальный на практике пример. Серьезные споры возникают в отношении императивности или диспозитивности правила п. 1 ст. 782 ГК РФ о праве заказчика по договору возмездного оказания услуг на немотивированный отказ от договора, в случае реализации которого закон предусматривает обязанность заказчика возместить исполнителю фактически понесенные расходы.

Высказывается позиция о тотальной диспозитивности данной нормы, предполагающей возможность полного «отключения» права на выход и тем более сохранения права на выход с условием о выплате платы за отказ в размере, превышающем фактически понесенные расходы исполнителя. Но также звучит точка зрения о тотальной императивности данной нормы и невозможности как отключения самого права на отказ, так и согласования иного размера платы (отклоняющегося от установленного в норме как в меньшую, так и в большую сторону,

или, по одной из версий данного подхода, только в большую сторону). Наконец, выдвигается компромиссный взгляд, согласно которому данная норма должна рассматриваться как императивная в плане блокирования права на выход, но диспозитивная в части регулирования компенсационных выплат.

Вопрос об императивности или диспозитивности самого права заказчика на «выход» неоднозначный. В ряде стран закон прямо говорит о том, что коммерческий договор может исключить право заказчика на произвольный отказ от договора оказания услуг (например, ст. 7:413 ГК Нидерландов).

По существу же, как представляется, многое зависит от характера самих услуг. В контексте тех договоров, в которых оказание услуги предполагает тесное взаимодействие с заказчиком и соответствующее поведение исполнителя, входящее в предмет обязательства, немислимо при уклонении заказчика от такого взаимодействия (например, консультация, аудит, и т.п.), условие договора, блокирующее для заказчика возможность передумать, действительно может показаться несколько сомнительным и противоречить существу отношений. Исполнитель, столкнувшийся с нежеланием заказчика взаимодействовать, не сможет понудить заказчика к принятию исполнения, так как такое принуждение противоречит существу кредиторской обязанности. Но не это главное, ибо и продавец, за, возможно, редкими исключениями, не может понудить покупателя принять товар, что не препятствует продавцу взыскать оплату (п. 4 ст. 486, п. 4 ст. 514, п. 2 ст. 515 ГК РФ) при уклонении покупателя от принятия товара и не дает покупателю право на произвольный отказ от договора. Важнее, видимо, значение самой природы договора на оказание такого типа услуг и соображений доброй совести. Если покупатель, потерявший интерес в товаре, не может отказаться от договора и вынужден его получить, он может его, как правило, перепродать, и хоть таким образом частично возместить свои потери от реализации ставшей невыгодной или ненужной сделки с продавцом. Но результат оказываемых услуг перепродать невозможно, а уступить свои права за деньги третьим лицам в большинстве случаев либо в принципе невозможно в силу неразрывной связи с личностью кредитора (ст. 383 ГК РФ), либо крайне проблематично, поскольку рынки тех или иных прав на оказание услуг, за редкими исключениями (вроде вторичного рынка билетов на спортивные мероприятия или в театр), *de facto* отсутствуют. В таких условиях блокировка права на отказ действительно консервирует реализацию сделки, которая может оказаться экономически неэффективной (труд исполнителя не принесет никакой пользы заказчику, в то время как могут быть дру-

гие контрагенты, которые в таких услугах заинтересованы). Впрочем, все это достаточно убедительно для обоснования установления права на отказ в качестве общего правила. Вопрос о том, достаточны ли эти политико-правовые аргументы для того, чтобы ограничить свободу сугубо коммерческого договора, более спорный. Но как минимум в контексте таких типов договоров оказания услуг императивность правила о праве на произвольный отказ может обсуждаться.

Иногда услуга носит такой характер, что для ее исполнения не требуется взаимодействие с заказчиком (например, проведение рекламной акции). Исполнитель, получив от заказчика просьбу прекратить оказание услуги по проведению рекламной акции, при наличии в договоре условия о запрете на отказ от договора может ее проигнорировать, продолжить исполнять свои обязательства и далее предъявить заказчику счет на оплату согласно условиям договора. Насколько это нормально в такой ситуации, вопрос спорный. Если заказчик больше не нуждается в рекламе, но рекламное агентство продолжает завешивать город билбордами и крутить ролики в Интернете, вместо того, чтобы согласиться на расторжение и предъявить заказчику все убытки, эквивалентные позитивному договорному интересу, такое поведение заказчика может показаться недобросовестным. В целом, видимо, к этой категории услуг следует относиться в ракурсе допустимости блокирования общего правила о праве на произвольный отказ так же, как и к предыдущей категории. В контексте услуг обоих типов уместно единое решение. Если применительно к первой категории мы занимаем позицию об императивности, то и в отношении второй подход должен быть, видимо, такой же.

Наконец, речь может идти о таких договорах, в рамках которых исполнитель не может в принципе прекратить ту деятельность, которая должна была удовлетворить заказчика, так как договор предполагал предоставление заказчику доступа к осуществляемому исполнителем предоставлению, которое будет осуществляться в любом случае, независимо от того, воспользуется ли заказчик своим правом принять исполнение. Это, например, договор на предоставление права участника бизнес-конференции, выставки, форума, публичной онлайн- или аудиторной лекции, курса повышения квалификации. Организатор бизнес-конференции в любом случае ее будет проводить, даже если конкретный заказчик заявит, что передумал участвовать. В подобного рода случаях блокирование права коммерческого заказчика на произвольный отказ от договора не кажется абсурдным или бессмысленным, и его допустимость может обсуждаться. То же касается и договоров на перевозку пассажира или грузов, если речь идет о резервировании места на рейсе,

который в любом случае будет отправляться по маршруту, а также абонентских договоров оказания услуг (ст. 429.4 ГК РФ). Более того, применительно к такого типа услугам специальное правовое регулирование часто либо вообще блокирует право на произвольный отказ (например, сдать билет в театр за два дня до спектакля в силу п. 16 Постановления Правительства РФ от 18 сентября 2020 г. № 1491 не получится), либо допускает заключение договора, блокирующего такой отказ (например, железнодорожные билеты могут содержать оговорку о невозвратности согласно ст. 83 УЖТ РФ). Но, как представляется, и при отсутствии таких специальных норм сама природа договора, предоставляющего заказчику доступ к предоставлению, осуществляемому в форме оказания услуги исполнителем в отношении широкого круга лиц, допускает возможность согласования с конкретным заказчиком блокирования его права на произвольный отказ, если такой заказчик не является потребителем (для допущения таких условий в потребительский договор требуется специальное указание в позитивном праве).

В целом вопрос крайне спорный. И до недавних пор однозначная и устойчивая российская судебная практика по данному вопросу о блокировании самого права на произвольный «выход» заказчика из договора не сложилась. До 2014 г. суды практически всегда отказывались признавать нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ диспозитивными и блокировали любые попытки в договоре ограничить право заказчика на произвольный отказ от договора. Но в 2014 г. в п. 4 Постановления от 14 марта 2014 г. № 16 Пленум ВАС РФ указал следующее: «Положения статьи 782 ГК РФ, дающие каждой из сторон договора возмездного оказания услуг право на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора и предусматривающие неравное распределение между сторонами неблагоприятных последствий прекращения договора, не исключают возможность согласования сторонами договора иного режима определения последствий отказа от договора (например, полное возмещение убытков при отказе от договора как со стороны исполнителя, так и со стороны заказчика) либо установления соглашением сторон порядка осуществления права на отказ от исполнения договора возмездного оказания услуг (в частности, односторонний отказ стороны от договора, исполнение которого связано с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности, может быть обусловлен необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне)».

Как мы видим, здесь ВАС РФ прямо допустил согласование иного размера компенсации по сравнению с тем, что указано в качестве последствия отказа в п. 1 ст. 782 ГК РФ, но не упомянул возможность за-

блокировать само право на произвольный отказ. Тем не менее с 2014 г. возникли поводы обсуждать диспозитивность правил п. 1 ст. 782 ГК РФ и в отношении самого права на отказ. В судебной практике возникла некоторая неопределенность, хотя, по нашим данным, большинство судов все-таки скептически относились к возможности блокирования права заказчика на отказ.

Период неопределенности, судя по всему, завершился в 2021 г., когда в Определении СКЭС ВС РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216 было указано на то, что тотальное блокирование права заказчика на произвольный отказ от договора возмездного оказания услуг невозможно. Суд указал, что ограничение заказчика в самом праве на немотивированный отказ от исполнения договора недопустимо, «так как это противоречило бы как нормативному правовому регулированию (пункту 1 статьи 782 ГК РФ), так и самой сути правоотношений сторон, поскольку ни закон, ни договор не может понудить заказчика вопреки его воле получать услуги оператора».

Впрочем, нет ясности в том, имеет ли ВС РФ в виду любые виды услуг, включая такие, как предоставление права участия в бизнес-конференции или выставке.

Но что насчет возможности согласования иного размера возмещения?

В той степени, в которой само право на отказ заказчика от договора возмездного оказания услуг мы считаем установленной диспозитивно, то нет вовсе оснований ставить под сомнение и диспозитивность установленного в ней размера компенсации. В силу правила *a fortiori*, если позволено большее (полное блокирование права на свободный «выход» из договора), то тем более позволено и меньшее (повышение размера возмещения до уровня убытков). Например, если закон или судебная практика признают возможность продажи безвозвратных железнодорожных билетов, то тем более возможно установление в договоре и комиссии за их возврат.

В той степени, в которой мы исходим из того, что императивно установлены и само право на отказ от договора оказания услуг, и последствия отказа (возмещение фактических расходов), то согласование в договоре платы за отказ, которая будет выше или ниже размера фактически понесенных расходов, неправомерно.

Если же толкование нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ приводит к выводу об императивности установления права на отказ, но диспозитивности установленных в норме последствий отказа, то установление в договоре иных последствий – уплаты суммы, которая ниже фактических расходов или, наоборот, выше оных (например, возмещение всех убытков,

как это установлено во многих странах в качестве общего правила по умолчанию, либо всей цены, за вычетом экономии за счет не понесенных в связи с расторжением расходов, либо конкретной суммы), вполне правомерно. Возможна и такая вариация толкования, в рамках которой норма о размере возмещения будет считаться «полуимперативной»: либо фактически понесенные расходы — это лишь максимум возмещения, и стороны могут согласовать меньшую, но не большую сумму, либо, наоборот, это минимум возмещения, и стороны могут повысить, но не могут понизить размер возмещения.

В контексте потребительских договоров со всей очевидностью и право потребителя на отказ, и установленные в законе размеры компенсаций носят полуимперативный характер в смысле запрета ухудшения положения потребителя, а иное может следовать лишь из специальных норм.

Если же сконцентрируемся на сугубо коммерческих договорах, то логично придерживаться такого подхода: даже если мы будем считать право заказчика на произвольный отказ от договора в отношении соответствующего типа услуг установленным императивно, нелогично исходить из того, что установленный в п. 1 ст. 782 ГК РФ размер возмещения императивен.

Во-первых, в пользу такого решения нет убедительных политико-правовых аргументов. Если равные стороны, заключающие договор в рамках своей предпринимательской деятельности, договорились о том, что при отказе заказчика от договора он возместит исполнителю потери в размере всего позитивного договорного интереса, включая упущенную выгоду, или заранее определяют размер компенсации, нет конституционных оснований ставить эту договоренность под сомнение.

Во-вторых, императивное прочтение нормы о размере возмещения было бы особенно странным с учетом очевидной диспозитивности аналогичной нормы о размере возмещения в рамках регулирования подрядных договоров (ст. 717 ГК РФ).

В-третьих, сама норма о возмещении фактически понесенных расходов крайне неудачна, если не сказать нелепа, выводя ключевой для постиндустриальной экономики тип контракта за рамки нормальных принципов договорного права: получается, что заказчик может практически безнаказанно по своей прихоти отказываться от договора вопреки ст. 309 ГК РФ, не возмещая исполнителю позитивный договорный интерес. Возмещение фактически понесенных расходов — крайне слабое утешение, например, для юриста, который потратил десятки часов своего времени на изучение документации и правовой проблемы, прежде чем получил заявление об отказе от договора, так как в подоб-

ных ситуациях расходы могут быть равны нулю. Согласно и ст. 717 ГК РФ о подряде, и п. 1 ст. 1003 ГК РФ о комиссии, в аналогичной ситуации заказчик работ или услуг обязан возместить контрагенту все убытки, эквивалентные позитивному договорному интересу, т.е. включая упущенную выгоду. Если в рамках оказания комиссионных услуг, основанных на высокой степени доверия, произвольно отказавшийся от договора заказчик обязан к полному возмещению убытков, и то же, согласно закону, происходит и в рамках договора подряда, отличие которого от договора оказания услуг в целом ряде случаев крайне туманно, то содержание нормы п. 1 ст. 782 ГК РФ становится тем более случайным. В зарубежном праве полное возмещение всех убытков за срыв договорной программы, а не только фактически понесенных расходов при реализации заказчиком права на произвольный отказ от договора — также доминирующее решение. Именно оно закреплено и в актах международной унификации (п. 4 ст. IV.C.—2:111 Модельных правил европейского частного права). С учетом всего этого, размер компенсации, указанный в п. 1 ст. 782 ГК РФ, — неудачное решение законодателя. Толковать его в качестве императивной нормы и запрещать сторонам согласовывать в своем договоре то решение, которое соответствует здравому смыслу и мировому опыту, абсурдно.

По этой причине нет особых сомнений в том, что возможность согласования в сугубо коммерческом договоре платы за отказ в размере, отличном от установленного в п. 1 ст. 782 ГК РФ (например, указание в договоре на возмещение имущественных потерь в размере всех убытков от срыва контракта или установление конкретной суммы платы за отказ), должна признаваться. Даже если мы в контексте тех или иных видов договора оказания услуг признаем императивность, то только нормы о самом праве заказчика отказаться от договора, но не в смысле определения последствий отказа. В конечном итоге, если заранее определенный размер такой платы настолько выше возможного размера позитивного договорного интереса, что становится очевидно, что цель сторон состояла в том, чтобы скрытым образом заблокировать установленное законом право на отказ, и при этом мы признаем, что право заказчика на отказ от договора предоставлено заказчику императивно, то суд может уменьшить размер платы (подробнее см. п. 3.5 комментария к настоящей статье).

До 2014 г. согласование иного размера компенсаций на случай отказа заказчика от договора суды практически всегда блокировали, ссылаясь на тотальную императивность правил п. 1 ст. 782 ГК РФ. Суды делали этот вывод просто на одном лишь основании того, что в п. 1 ст. 782 ГК РФ нет указания на право согласовать иное. Но с 2014 г.

в судебной практике арбитражных судов восторжествовал подход, доминирующий в европейском праве: отсутствие в норме, определяющей права и обязанности сторон договора, прямого указания на ее диспозитивность не означает, что норма императивна. В такой ситуации, когда в подобной норме нет прямого указания на ее диспозитивность или императивность, природа нормы должна определяться на основании ее телеологического толкования, анализа целей установления такой нормы. Это коренное изменение подхода произошло с принятием Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 (п. 2–4). Сейчас этот подход регулярно поддерживается и в практике Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

Соответственно, в 2014 г. открылась возможность оценить норму п. 1 ст. 782 ГК РФ о размере компенсации на предмет диспозитивности или императивности, не будучи связанным формальным аргументом об отсутствии в норме прямого указания на право сторон согласовать иное. И диспозитивность этой нормы была прямо признана ВАС РФ. Как уже отмечалось, ВАС РФ, учитывая сложность вопроса о возможности блокирования права заказчика на произвольный отказ от договора оказания услуг без учета специфики отдельных видов услуг, в п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 не стал фиксировать общую позицию по вопросу о возможности «отключения» самого права на отказ, но прямо и однозначно указал, что сам установленный в ст. 782 ГК РФ размер возмещения при реализации заказчиком права на немотивированный отказ может быть в договоре изменен. Суд указал, что стороны могут согласовать внесение платы либо в форме возмещения всех убытков, включая упущенную другой стороной выгоду (корректнее называть это возмещением потерь), либо в форме конкретной денежной суммы. Фиксация точного размера платы в договоре снимает с контрагента отказавшейся стороны бремя доказывания своих действительных убытков. Этот подход кажется вполне логичным и справедливым.

В период с 2014 по 2021 гг. этот подход стал постепенно распространяться и в практике нижестоящих арбитражных судов, хотя и встречались решения, как будто бы не замечающие правовую позицию ВАС РФ.

В конечном итоге, позицию ВАС РФ поддержал и ВС РФ в Определении СКЭС от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216. Суд допустил согласование платы за отказ заказчика от договора возмездного оказания услуг.

Более того, в последнем [Определении](#) ВС РФ пошел дальше и указал на то, что если договор пытается заблокировать право заказчика

на произвольный отказ от договора оказания услуг вопреки императивной норме, данное условие следует конвертировать в условие о выплате всей цены договора в качестве платы за отказ от договора. Иначе говоря, вопреки незаконному договорному условию заказчик все равно вправе произвольно отказаться от договора, но должен уплатить всю цену, которую он бы платил, не произоижди такой отказ, но уже не в качестве цены услуг, а в качестве платы за отказ от договора. Суд в такой ситуации может снизить размер этой платы на основании ст. 10 ГК РФ, если такой размер существенно превосходит убытки исполнителя от срыва договора, включая упущенную выгоду (о снижении размера платы за отказ см. п. 3.5 комментария к настоящей статье).

3.5. Снижение платы при ее явной несоразмерности

Стороны по общему правилу вольны определять размер платы за отказ от договора или изменение его условий по своему усмотрению. Но может ли суд снизить размер такой платы, посчитав его несоразмерным?

Позиция ВАС РФ по данному вопросу была такой: в случаях, когда размер такой платы несоразмерен последствиям прекращения или изменения обязательства и при этом данный размер был навязан при заключении договора слабой его стороне, суд вправе уменьшить такую плату на основании ст. 10 ГК РФ (п. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

ВС РФ в п. 16 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 установил несколько отличные разъяснения: «Если будет доказано очевидное несоответствие размера этой денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства или изменением его условий, а также заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать в ее взыскании полностью или частично (пункт 2 статьи 10 ГК РФ)».

Оба разъяснения сходятся в том, что для снижения размер согласованной платы должен быть как минимум явно выше размера последствий расторжения или изменения. Речь идет прежде всего об убытках контрагента, возникающих в результате досрочного прекращения или изменения договора, включая упущенную выгоду. Но далее налицо отличие. ВАС РФ считал возможным такое снижение в случае, когда сама эта несоразмерная плата была навязана слабой стороне договора. ВС РФ вместо этого критерия указывает на «исключительный случай» и «заведомую недобросовестность». Как понимать эти последние критерии, ВС РФ не пояснил.

3.5.1. Возможность снижения платы в случаях, когда договор предоставляет стороне права на отказ или изменение, которые неизвестны закону

Как представляется, в ситуации, когда право на отказ или изменение договора установлено в самом договоре, а закону такое право неизвестно, попытки судов контролировать размер согласованной платы в подавляющем большинстве случаев не обоснованы.

Никто не заставляет сторону реализовывать данное право. Права на изменение или отказ у стороны в силу закона не было бы. Если, например, договор предоставляет исполнителю право поменять формат обучения с аудиторного на онлайн по своему усмотрению и оговаривает, что в этом случае он должен будет уплатить заказчику сумму, равную 30% от уплаченной ранее цены, это вопрос ценообразования. Если договор срочного вклада, в отношении которого закон не дает вкладчику-организации право досрочно вернуть вклад, оговаривает все-таки такое право, но обуславливает реализацию этого права комиссией, равной 10% от суммы вклада, это опять же вопрос, который стороны вправе решать по своему усмотрению. Если вкладчик, сначала обещавший уплатить такую комиссию, затем посчитал, что это «многовато», никто не заставляет его реализовывать право на досрочное снятие вклада, по закону он такого права не имеет.

То же касается и срочного договора аренды. Если бы арендодатель не согласился предоставить в условиях сделки арендатору право на произвольный отказ от договора, то в силу закона у арендатора такого права нет, и согласно российской судебной практике арендатор, передумавший использовать предмет аренды и фактически прекративший использование, вынужден будет все равно платить арендную плату до конца срока договора. Если размер платы ниже суммы всех причитающихся до конца срока действия договора арендных платежей, положение арендатора в подобной ситуации улучшается по сравнению с тем, что предусмотрено законом. Если для арендатора невыгодно уплачивать такую плату ради «выхода» из договора, он просто не будет реализовывать свое право на отказ.

Вмешательство судов в таких ситуациях неприемлемо в той же степени, в которой неприемлем контроль соразмерности цен товаров, работ или услуг, лицензионных платежей, опционной премии и т.п. Суд не спрашивает, какие издержки понес для получения исключительного права его обладатель и какова его «чистая прибыль» по заключенному лицензионному договору. Цена есть цена. Если в результате цена намного выше издержек, это вполне нормально: лицензиар получит неплохой доход. То же и с платой за отказ или изменение. Это просто

ценовой параметр сделки, зависящий от реализации одной из сторон предоставленных ей контрагентом, а не позитивным правом секундарных прав.

Кроме того, как правило, оценить то, насколько согласованная плата превысит убытки, заранее сложно. Убытки могут быть как намного меньше, так и намного больше. Но, если они больше, взыскать их не получится. Поэтому было бы нечестно в ситуации, когда убытки оказались меньше, плату снижать.

К сожалению, следует признать, что в практике уже появились случаи необоснованного вторжения судов в сферу свободы договора и снижения платы за отказ от договора по правилам ст. 10 ГК РФ в подобных ситуациях. Иногда суды начинают просто сопоставлять размер платы и потери контрагента в результате отказа и при превышении первого показателя над вторым — снижать размер платы. Такие решения появились как на уровне нижестоящих судов, так и в практике ВС РФ. Например, в Определении СКЭС ВС РФ от 28 июня 2017 г. № 309-ЭС17-1058 Суд признал обоснованным ставить вопрос о снижении платы за отказ арендатора от долгосрочного договора аренды здания, заключенного между профессиональными коммерческими корпорациями, если установлено, что эта плата превышает потери арендодателя от досрочного разрыва договора, уточнив при этом, что снижать плату ниже размера реальных потерь также неверно. По сути, ВС РФ признал нормальным, что вначале на переговорах арендатор уговаривает арендодателя предоставить ему право на произвольный отказ, обещая заплатить в случае реализации этого права определенную сумму, а затем реализует это право, но уплачивать обещанную плату отказывается и предлагает суду проверить, насколько обещанная им плата соответствует потерям арендодателя. Допускать такую практику — значит потакать откровенному оппортунизму. И то, что ВС РФ в одном определении такое потакание допустил, — очень настораживающая тенденция. Если воля сторон состояла бы в том, что в качестве платы будут возмещаться все потери, они об этом бы и договорились. Но в договоре указана конкретная цена выхода из договора. Игнорировать эту договоренность нет конституционных оснований.

Кроме того, нет сомнений в том, что эти же суды не присудили бы дополнительное возмещение, если бы согласованная плата оказалась ниже реальных потерь. Справедливость складывающейся асимметричной ситуации крайне сомнительна. В контексте сюжета с неустойкой закон исходит из симметричности: должник может просить снижения при явной несоразмерности, но кредитор вправе требовать взыскания

убытков в размере, превышающем сумму неустойки. В случае же с платой за отказ ситуация иная, и это не может игнорироваться.

Снижение неустойки часто оправдывается тем, что должник мог нарушить договор по неосторожности или вообще без вины, и соображения справедливости требуют учесть данное обстоятельство. Но там, где неустойка взыскивается за умышленное нарушение, оснований для снижения не должно быть, так как иное просто противоречило бы п. 4 ст. 1 ГК РФ и элементарной справедливости. В этом плане плата за реализацию права на отказ или изменение тем более не должна снижаться, поскольку тот, кто обязан такую плату внести, реализовал эти права вполне осознанно, с полным пониманием цены, которую ему придется заплатить, и того, что эта цена им была согласована вполне добровольно.

Развитие практики произвольного снижения платы в духе хаотической практики снижения неустойки просто подорвет стимулы соглашаться на включение в договор условия о праве на произвольный отказ или изменение. Если полагаться на обещания контрагента заплатить за «выход» из договора или его изменение определенную цену невозможно, то проще не согласовывать заранее право на отказ или изменение, а решать ситуацию *ex post*. Последнее означает, что, когда контрагент пожелает выйти или изменить договор и придет с такой просьбой, другая сторона будет иметь последнее слово и может поставить свое согласие под условие уплаты соответствующей компенсации за разрыв договора или привязывать свое согласие на изменение условий договора к выплате соответствующей суммы. В обоих случаях, пока оговоренная компенсация за согласие на расторжение или изменение не будет уплачена, согласие на расторжение или изменение не вступит в силу, а после ее уплаты требовать ее возврата будет затруднительно, так как, выплачивая данную сумму, контрагент подтверждает свое согласие с ней, а отыграть назад скорректированную цену также будет невозможно. Но такая модель крайне неудобна для стороны, желающей выйти из договора или изменить его условия: она заставляет эту сторону находиться в статусе просителя, а другой стороне дает сильнейший рычаг на переговорах по размеру компенсации за разрыв или ценовой корректировке. Поэтому выторговать на переговорах право на произвольные отказ или изменение нередко намного удобнее для стороны, которая желает получить возможность выйти или изменить договор. Но нестабильность условий о цене выхода или изменения подрывает разумные ожидания другой стороны и на будущее подавляет для нее стимулы соглашаться на такую модель определения цены выхода или изменения *ex ante*.

Соответственно, как итог: в подобных ситуациях, когда речь идет об установлении в договоре неизвестных закону прав на отказ или изменение договора, размер платы контролироваться судом в духе практики пристального контроля соразмерности неустойки не должен. Исключения возможны и могут быть связаны с установлением каких-то абсурдных в своем размере сумм, не оставляющих сомнения в том, что при совершении сделки наблюдался какой-либо порок воли, условие носит притворный характер и прикрывает какую-то иную, порочную операцию или имела место недобросовестная эксплуатация явного неравенства переговорных возможностей. Иначе говоря, здесь должен быть достигнут столь же высокий порог аномальности условия, достижение которого в исключительных случаях позволяет судам поставить под сомнение согласованную цену продаваемого товара.

3.5.2. Снижение платы в ситуации, когда само право на отказ или изменение установлено императивно

Более сложный вопрос возникает в ситуации, когда мы имеем императивно установленное право на отказ или изменение, сочетающееся с диспозитивностью правил о последствиях реализации таких прав. Если закон запрещает блокирование права на отказ от договора, хотя и допускает определенную свободу в установлении размеров компенсации, то суды вынуждены брать вопрос о соразмерности компенсации под контроль. Иначе будет происходить элементарный обход запрета на согласование условия, блокирующего право на отказ или изменение. Достаточно будет согласовать некую сумму компенсации, явно превосходящую размер убытков, чтобы косвенно лишить сторону, желающую реализовать императивно предоставленное ей право на отказ, реальной возможности этим правом воспользоваться. Суды не могут игнорировать эту ситуацию.

Так, если мы признаем, что в договорах возмездного оказания услуг блокирование права на произвольный отказ заказчика от договора неприемлемо, но согласование конкретной платы за отказ возможно (а именно по этому пути сейчас пошел ВС РФ), то логично ожидать того, что суды могут и, видимо, будут скептически относиться к установлению в качестве платы за отказ всей цены договора без каких-либо вычетов, без учета того, что исполнитель никаких расходов, связанных с исполнением, нести не будет. В принципе любая плата, которая заведомо выше размера ожидаемых потерь от срыва договора, рассчитанных по модели возмещения позитивного интереса (включая упущенную выгоду), может оказаться под угрозой снижения. И этот подход представляется в целом неизбежным с учетом того, что ВС РФ признал п.1 ст. 782 ГК РФ в качестве императивной в отношении са-

мого права на отказ. Если бы Суд прислушался к иной точке зрения и признал само право заказчика на отказ от договора установленным диспозитивно, оснований для пристального контроля соразмерности установленной в договоре платы за отказ не было бы и следовало бы применять предельно либеральный подход, описанный в 3.5.1 комментария к настоящей статье выше. Но ВС РФ пошел по пути «выход гарантирован, но размер платы может быть изменен», а это с неизбежностью выталкивает суды на траекторию достаточно интенсивного *ex post* контроля соразмерности согласованной платы в целях предотвращения опции установления в договоре такого размера платы, который будет просто *de facto* блокировать саму реальную возможность отказа от договора, лишая сам отказ смысла.

3.5.3. Механика снижения

Также следует уточнить, что до сих пор может вызывать споры один важный технический аспект: может ли суд снизить плату за отказ (изменение) по собственной инициативе или здесь должна работать та же логика, что со снижением неустойки, подлежащей уплате коммерсантом (ст. 333 ГК РФ) — снижение только на основании возражения должника? Нет особых сомнений в том, что здесь ст. 10 ГК РФ может применяться только на основании возражения должника, если только нет признаков направленности воли обеих сторон на некое злоупотребление, жертвами которого окажутся третьи лица.

3.6. Согласованная плата в сочетании с общим правилом о возмещении убытков при реализации права на отказ

Если закон предусматривает, что последствием реализации права на отказ или изменение является возмещение убытков (например, ст. 717 или п. 2 ст. 782 ГК РФ) или расходов (например, п. 1 ст. 782 ГК РФ), но стороны согласовывают конкретный размер платы, который оказывается меньше статутных компенсаций, может ли сторона, которой причитаются эти компенсации, потребовать возмещения расходов или убытков в сумме, превышающей размер согласованной платы? Иначе говоря, соотносятся ли установленные в законе компенсации и согласованная плата в зачетном формате, как и неустойка с убытками согласно ст. 394 ГК РФ? Или следует исходить из того, что, если закон указывает на возмещение убытков или расходов, и эти правила диспозитивны, установление конкретного размера платы следует воспринимать как исключаящее возможность взыскания убытков (расходов) в большем размере (по аналогии с исключительной неустойкой)? Например, если в договоре подряда указано, что при произвольном отказе заказчика от договора подряда он должен выплатить подрядчику ту или иную конкретную сумму, и эта сумма

оказалась меньше убытков подрядчика, может ли подрядчик потребовать возмещения разницы?

Все зависит от конкретных условий договора и воли сторон. Но при неясности условий, видимо, логично исходить из того, что стороны имели в виду заблокировать взыскание той компенсации, которая установлена в законе. Во избежание подобных споров сторонам рекомендуется четко и ясно отражать в договоре свою волю на сей счет.

При этом, как уже отмечалось, если в законе ничего про возмещение убытков или расходов на случай отказа или изменения не сказано, но в договоре согласована плата, то сторона не вправе требовать от отказавшегося от договора или изменившего его условия контрагента возмещения убытков или расходов в сумме, превышающей размер платы. Если стороны при заключении договора пытались согласовать в качестве платы за отказ или изменение сумму, сопоставимую с прогнозируемыми потерями от разрыва договора или его изменения, но просчитались, и потери оказались намного больше, суд не вправе довыскивать разницу между согласованной платой и действительными потерями.

3.7. Плата за отказ от договора и обеспечительный платеж или аванс

В принципе, стороны могут договориться о том, что при реализации стороной, внесшей предоплату (аванс), права на немотивированный отказ от договора вся сумма предоплаты (аванса) или ее часть будет засчитана в счет платы за отказ от договора и на этом основании «удержана».

Кроме того, стороны могут договориться о внесении при заключении договора обеспечительного платежа (ст. 381.1–381.2 ГК РФ), одна из функций которого состоит в том, что при реализации плательщиком согласованного в договоре права на отказ от договора уплаченная сумма такого «депозита» остается у контрагента и не подлежит возврату в счет платы за отказ от договора. Эта практика достаточно распространена на рынке аренды.

3.8. Плата, согласованная ex post

Плата за отказ от договора или его изменение обычно согласовывается заранее в договоре. Но ничто не мешает сторонам договориться о плате за расторжение (изменение) договора при заключении соглашения о расторжении (изменении). Так, например, при отсутствии у арендатора права на изменение условия договора о валюте долга арендатор может обратиться к арендодателю с предложением изменить договор и конвертировать валюту долга в рубли по тому или иному фиксированному курсу. Арендодатель же может обусловить свое согласие на изменение выплатой ему некой суммы платы. Если стороны договорились по ее размеру, суды должны уважать выбор сторон.

Дополнительная литература

Белов В.А. Состав и система случаев-оснований возникновения права одностороннего отказа от договоров (обязательств) и их исполнения и одностороннего изменения их условий // Закон. 2019. № 8. С. 44–62.

Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к ст. 420–453 ГК РФ [Электронное издание. Редакция 2.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450 и 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Карапетов А.Г. К вопросу о снижении платы за отказ от договора. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 28.06.2017 № 309-ЭС17-1058 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 8. С. 10–21.

Краснова С.А. Платеж в связи с односторонним отказом от исполнения договора: правовая природа, соотношение со смежными правовыми категориями // Закон. 2016. № 7. С. 117–126.

Незнамов А.В. Платеж в связи с расторжением договора в одностороннем порядке // Закон. 2015. № 7. С. 158–174.

Ноздрачева А.Ю. Обзор судебной практики по вопросам, связанным со снижением судами платы за отказ от договора // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 9. С. 183–199.

Петрищев В.С. Как взыскивают плату за односторонний отказ от исполнения договора: тенденции и препятствия // Закон. 2019. № 8. С. 85–90.

Статья 311. Исполнение обязательства по частям

Кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев или существа обязательства.

Комментарий

1. Недопустимость частичного исполнения как общее правило

Статья 311 ГК РФ посвящена одному из аспектов порядка совершения должником действий по исполнению обязательства.

Способ исполнения находится в прямой зависимости от характера обязательства. Так, применительно к *неделимым* обязательствам (т.е. обязательствам, предмет которых не может быть разделен на однородные части так, чтобы каждая часть сохраняла все существенные

свойства целого) само их существо исключает постановку вопроса о возможности частичного исполнения. Классический пример – обязательство произвести отчуждение индивидуально-определенной вещи.

Исполнение по частям *делимых* обязательств (обязательств, предмет которых допускает такое разложение на части, при котором каждая часть сохраняет все существенные свойства целого) теоретически и практически осуществимо. Однако ст. 311 ГК РФ в качестве общего правила устанавливает, что надлежащим будет являться лишь исполнение, произведенное в полном объеме в виде однократного акта. Делимость предмета обязательства сама по себе не создает обязанности кредитора принять исполнение по частям (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Соответственно, кредитор вправе не принимать исполнение по частям, а должник, осуществивший частичное исполнение, несет риск последствий, которые могут возникнуть из-за подобного отказа кредитора.

Данный подход является традиционным для большинства национальных правовых порядков, а также отражен в п. 1 ст. 6.1.3 Принципов УНИДРУА.

1.1. Специфика обязательств, предполагающих пролонгированный процесс исполнения

Сложно применить правила ст. 311 ГК РФ к обязательствам, предполагающим пролонгированный процесс единого предоставления, при котором удовлетворение кредитора происходит в рамках осуществления должником некоего непрерывного процесса. В этом случае сам процесс предоставления растянут во времени и предполагает постепенное удовлетворение кредитора. Например, если договор предусматривает обучение в течение года, нелепо говорить о том, что предполагается исполнение обязательства по частям. То же и в случае с обязательством осуществить ремонт в квартире собственника: само исполнение здесь носит пролонгированный во времени характер. По своему смыслу комментируемая норма касается тех обязательств, которые могут исполняться путем однократного акта (например, передача вещей, переоформление регистрируемых имущественных прав в соответствующем реестре, передача движимого результата выполненных работ и т.п.). Поэтому, если по условиям договора хранитель должен хранить вещь в течение года, само исполнение рассчитано на год, и обсуждать здесь принятие или непринятие частичного исполнения бессмысленно. Но вот применительно к обязательству вернуть поклажедателю сданный на хранение груз правила ст. 311 ГК РФ применяться теоретически могут.

2. Принятие кредитором частичного исполнения и санкции за нарушение

Статья 311 ГК РФ направлена на защиту подразумеваемых интересов кредитора и рассматривает отказ от принятия частичного исполнения исключительно как его право. Однако этим правом кредитор может и не воспользоваться.

В связи с этим очевидно, что использование данного права не может порождать для кредитора негативные последствия (см. Определение СКЭС ВС РФ от 9 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-3435). Принятие кредитором частичного исполнения само по себе не свидетельствует об изменении порядка исполнения существующего обязательства (изменении договора).

Частичное исполнение, даже принятое кредитором, не должно рассматриваться в качестве надлежащего и исключать для кредитора возможность использовать те или иные средства защиты, связанные с просрочкой в отношении оставшейся части предоставления, если срок исполнения наступил. Если факт нарушения обязательства (а именно просрочка в остальной части) имеет место, кредитор наделен правом требовать возмещения убытков, начислять пени или проценты по ст. 395 ГК РФ на просроченную часть и т.п. Подобный подход прямо отражен в п. 2 ст. 6.1.3 Принципов УНИДРУА и заслуживает поддержки.

Эту идею разделяет и правоприменительная практика. Применительно к частному примеру, применению положений ч. 7 ст. 96 Закона о контрактной системе ВС РФ отмечает, что поставщик (подрядчик, исполнитель) не вправе воспользоваться правом на уменьшение размера обеспечения контракта в случае, когда хотя кредитор и принял частичное исполнение, но сама возможность исполнения обязательства по частям не была предусмотрена контрактом (п. 27 Обзора судебной практики применения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утв. Президиумом ВС РФ 28 июня 2017 г.).

Кроме того, кредитор, не получив оставшегося, может при существовании просрочки впоследствии заявить пропорциональный отказ от договора по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ, прекратив часть обязательств должника, которая так и не была исполнена. В этом случае прекращается и встречное обязательство кредитора в пропорциональной части. Если же кредитор ранее свое встречное предоставление осуществил, он может потребовать назад соразмерную часть своего предоставления, пропорциональную той части предоставления должника, которая в свете пропорционального отказа от договора прекращается.

В ряде случаев возможен и непропорциональный отказ от договора с возвратом должнику предоставленной им части исполнения (см. п. 3 комментария к настоящей статье).

Но даже если срок исполнения еще не наступил, тот факт, что должник вопреки правилам комментируемой статьи разбил свое исполнение на части, является нарушением договора, и принятие кредитором этих частей не лишает его права потребовать возмещения убытков. Например, если поставщик должен был в пределах оговоренного срока поставить определенный объем продукции и исполнение по частям не было предусмотрено, тот факт, что поставщик успел до истечения срока поставить весь оговоренный объем несколькими отгрузками, исключает его ответственность за просрочку, но не исключает ответственность за нарушение правил ст. 311 ГК РФ. Покупатель в такой ситуации, даже приняв эти несколько отгрузок, сохраняет право взыскать с поставщика, например, дополнительные расходы на приемку, которые он бы не нес, если бы товар был поставлен единым лотом, как того требует комментируемая статья.

3. Право на непропорциональный отказ от договора после принятия частичного исполнения

Отказ от принятия частичного исполнения, как правило, может выражаться в пассивном поведении кредитора — фактическом принятии им частично исполненного. Однако в отдельных случаях в силу специфики исполнения кредитор лишен возможности использования такой формы отказа (например, безналичный перевод на счет кредитора). Кроме того, кредитор может осознанно принять частичное исполнение, рассчитывая на то, что оставшееся впоследствии будет предоставлено, но его ожидания могут быть подорваны. В подобной ситуации, возникающей в связи с исполнением договорного обязательства, встает вопрос о наличии у кредитора, уже получившего частичное исполнение, права впоследствии отвергнуть полученное в свете сохранения просрочки в отношении оставшейся части и отказаться от договора непропорционально.

Тот факт, что кредитор принял частичное исполнение по договору, не лишает его права при неполучении остальной части исполнения отказаться от договора как в части неисполненного (п. 2 ст. 328 ГК РФ), так и от договора в целом с возвратом полученной части, если докажет, что частичное исполнение является существенным нарушением и подрывает его интерес в договоре в целом (ст. III.—3:506 Модельных правил европейского частного права). В российском законодательстве такая возможность прямо упомянута в п. 1 ст. 466 ГК РФ в отноше-

нии договоров купли-продажи, а в общем виде она отражена в абзаце первом п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35. В случае такого непропорционального отказа прекращается все встречное обязательство кредитора, а не только его часть, пропорциональная неполученному, а если такое встречное обязательство кредитором уже было исполнено, он может потребовать возврата всего предоставленного по правилам п. 4 ст. 453 ГК РФ и гл. 60 ГК РФ. Одновременно у кредитора при непропорциональном отказе созревает долг по возврату должнику той части предоставления, которую он от него получил (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 328 ГК РФ).

Таким образом, фактическое принятие кредитором частичного исполнения не лишает его права впоследствии выбирать между а) истребованием оставшейся части исполнения, б) отказом от договора пропорционально неисполненной части обязательств должника, если просрочка носит существенный характер, и в) непропорциональным отказом от договора с полным возвратом каждой из сторон всего полученного по договору, если нарушение достаточно существенно, чтобы оправдать такую реакцию.

4. Исключение из общего правила: допустимость частичного исполнения

Формулируя общее правило о недопустимости исполнения по частям, ст. 311 ГК РФ предусматривает и некоторые изъятия из него.

Частичное исполнение возможно, если оно предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства либо вытекает из обычаев или существа обязательства (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Так, допустимость исполнения по частям предполагается при использовании сторонами задатка или аванса, а равно оплаты в рассрочку (см. ст. 380, 486, 489 ГК РФ). Возможность частичного исполнения может быть прямо установлена договором в виде графика погашения заемщиком суммы заемного долга.

Во всех подобных случаях исполнение по частям рассматривается в качестве надлежащего. Поэтому такое частичное исполнение само по себе не влечет для должника никаких негативных последствий. Оно должно быть принято кредитором (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), в противном случае кредитор находится в просрочке (см. ст. 406 ГК РФ и комментарий к ней).

5. Недопустимость злоупотреблений

В некоторых случаях отказ кредитора принимать частичное исполнение может рассматриваться как недобросовестное осуществле-

ние права (п. 3 ст. 1 ГК РФ и п. 1 ст. 10 ГК РФ). Если, например, поставщик доставил покупателю товар, количество которого крайне незначительно отличается от установленного в договоре, и покупатель не сможет доказать, что эта недостача имеет какое-либо принципиальное значение и может каким-то образом существенно нарушить его интересы, отказ покупателя принимать частичное исполнение не обоснован. Этой же логикой руководствуется и ВС РФ, указывая, что фактическое внесение в счет досрочного возврата займа денежных средств в незначительно меньшем количестве, чем было указано заемщиком-гражданином в заявлении о досрочном погашении кредита, само по себе не является основанием для отказа в зачислении этих сумм в счет возврата долга (Определение СКГД ВС РФ от 30 мая 2017 г. № 4-КГ17-20; п. 15 [Обзора](#) судебной практики по делам, связанным с защитой прав потребителей финансовых услуг (утв. Президиумом ВС РФ 27 сентября 2017 г.)).

Во всех подобных ситуациях отказ кредитора принимать частичное исполнение повлечет констатацию просрочки кредитора (ст. 406 ГК РФ) со всеми вытекающими последствиями: должник не будет считаться просрочившим ту часть исполнения, которую он попытался безуспешно осуществить (п. 3 ст. 405 ГК РФ), и получит право на взыскание с кредитора убытков.

6. Частичное исполнение денежных обязательств

В п. 17 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленум ВС РФ указал: «из существа денежного обязательства по общему правилу вытекает возможность его исполнения по частям, в силу чего кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения такого обязательства в части».

Данный вывод представляется крайне сомнительным. ВС РФ совершенно не объясняет, в чем особенность «существа» денежных обязательств, обусловившая установление для них особого правила. На наш взгляд, такой специфики не существует. С точки зрения интересов кредитора не существует особой разницы в вопросе частичного исполнения денежного или иного делимого обязательства (например, при поставке родовых вещей, трансфере акций и т.п.). И то, и другое может не соответствовать подразумеваемым интересам кредитора и не должно ему навязываться. И в том, и в другом случае кредитор должен иметь право при желании отказаться принимать частичное исполнение, если таковое не допущено договором, законом или в силу иных правовых оснований.

Довод о том, что принятие частичного платежа не только не влечет для кредитора дополнительных издержек, но и, напротив, приносит

ему выгоду в виде возможности использования денежных средств и получения процентов, крайне спекулятивен.

Во-первых, достаточно легко представить ситуацию, когда получение части причитающегося платежа не улучшает положения кредитора. Например, если банк решит перечислить заемщику сумму кредита меньшую, чем было согласовано, заемщику эта сумма может быть просто не нужна, так как на нее невозможно совершить покупку, которую заемщик планировал финансировать за счет кредита. Если заемщик обязан принять такой частичный кредит, он будет вынужден платить проценты на полученную сумму, но использовать ее он не сможет.

Во-вторых, очевидны ситуации, когда принуждение кредитора к принятию частичного платежа в значительной степени ухудшает правовое положение такого кредитора. Так, практика уже столкнулась со схемами «перехвата» требований в преддверии возбуждения дела о банкротстве или исключения возможности его инициирования, в основе которых лежит именно частичное исполнение денежного обязательства (см., например, определения СКЭС ВС РФ от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049 и от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658). Кроме того, легко прогнозируем вариант, при котором, осуществив частичное исполнение денежного долга, обеспеченного залогом, должник исключит возможность обращения взыскания на предмет залога по причине несоразмерности.

В-третьих, принятие платежей по частям может ввергать кредитора в дополнительные расходы (особенно при расчетах наличными). Предложенный ВС РФ подход, принуждая кредитора принять частичное исполнение, создает для последнего угрозу дополнительных издержек (по сути, их бесконечную мультипликацию), связанных, например, с необходимостью неоднократного проезда к месту исполнения обязательства, с обеспечением охраны и инкассированием полученных наличных денежных средств, уплатой комиссий банку за проведение операций по счету, за конвертацию полученных сумм и пр.

В-четвертых, частичное исполнение может сделать обязательной дополнительную процессуальную стадию, тем самым став элементом схемы затягивания со стороны должника процесса взыскания долга (например, снизив долг до размера, при котором рассмотрение иска возможно только в порядке приказного производства, должник далее возражает против выдачи судебного приказа, переводя процесс в производство искового). Исходя из логики ВС РФ, кредитор, который не вправе отказаться принять частичное исполнение, просто не способен избежать подобных ситуаций.

В этом плане апеллирование к нецелесообразности для разумного кредитора отказаться от принятия погашения хотя бы части денежного долга вызывает возражения. Столкнувшись с реальной угрозой неполучения полного удовлетворения, большинство кредиторов, несомненно, сочтут разумным принять хотя бы часть, но в ряде случаев отказ от принятия частичного платежа также будет вполне разумным. В этом вопросе денежные обязательства не обладают какой-либо спецификой, отличающей их от иных делимых обязательств. Было бы логично, чтобы в контексте денежных обязательств по общему правилу кредитор был вправе не принимать частичное исполнение; с отдельными же злоупотреблениями следует бороться за счет точечного применения ст. 10 ГК РФ. В этом смысле попытка признать невозможность уклонения от принятия частичного исполнения в качестве решения, имманентно присущего существу денежного обязательства сомнительна.

Возможность использования частичного предоставления может представлять для кредитора интерес не только в том случае, когда предметом обязательства являются денежные средства, но и иные родовые вещи. Однако почему в последней ситуации кредитор сам администрирует свой интерес, выбирая принять или не принять исполнение, если только отсутствуют признаки злоупотребления правом, а в случае денежного обязательства выбор делается за него? Эта формальная дифференциация крайне неочевидна.

Если идея ВС РФ состояла в исключении случаев недобросовестного уклонения кредитора от принятия частичного исполнения, то возможность такой девиации не связана именно с денежными обязательствами (см. п. 5 комментария к настоящей статье). Например, недобросовестность может быть обнаружена как в действиях покупателя, уклоняющегося от получения партии сыпучего груза из-за крайне незначительного недогруза, так и в действиях займодавца, который уклоняется от получения частичного погашения суммы займа наличными. Иначе говоря, ВС РФ мог бы привести конкретные примеры злоупотреблений кредиторов, недобросовестно уклоняющихся от получения частичного исполнения денежного обязательства, но столь жесткое и абстрактное разъяснение, дискриминирующее кредиторов по денежным обязательствам, ничем не оправдано.

В заданных же условиях стоит, во-первых, исходить из того, что выведенный Судом запрет следует понимать как проистекающий из представления о том, что во многих случаях такой отказ кредитора принимать частичный платеж будет являться злоупотреблением правом. Во-вторых, именно в этом контексте следует понимать указание в п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на то,

что отказ от принятия частичного платежа не допускается «по общему правилу». Эта последняя фраза должна пониматься так, что такой отказ принятия платежей по частям вопреки этому общему правилу все-таки возможен, если из существа отношений и оценки баланса интересов сторон поведение кредитора не является злоупотреблением правом. Иначе говоря, данное разъяснение ВС РФ следует интерпретировать как перераспределяющее бремя доказывания: презюмируется, если не доказано иное, что отказ принимать частичный платеж является злоупотреблением правом. Такая интерпретация позволяет хотя бы в какой-то степени избежать тех проблем применения п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, которые были выше отмечены.

Также встает еще один важный вопрос. ВС РФ говорит о *возможности* по общему правилу исполнения денежного обязательства по частям. Означает ли это правомерность такого поведения должника? Если должник впадет в просрочку, конечно же, он будет нести ответственность за это. Если он попытается исполнить свое обязательство частично досрочно вопреки ст. 315 ГК РФ, кредитор вправе не принимать досрочное исполнение, а в случае принятия взыскать убытки за ненадлежащее исполнение. Но мыслимы ситуации, когда у должника уже появилась возможность осуществить исполнение, но еще не наступила просрочка (например, когда у заемщика есть право на досрочное погашение долга, или начал, но еще не истек исчисляться период, отведенный для осуществления платежа), и должник вместо погашения долга единым платежом начинает дробить исполнение на части. Если это ввергает кредитора в дополнительные издержки, но кредитор все-таки принимает частичные платежи, сохраняет ли он право взыскать убытки? Как представляется, да. В этом плане разъяснение ВС РФ следует толковать не как легитимирующее частичные платежи вопреки комментируемой статье, а как блокирующее по общему правилу в силу подразумеваемой недобросовестности отказ кредитора принимать таковые. В этом плане должны признаваться законными и условия договора об установлении штрафов за частичное исполнение денежного обязательства.

Наконец, встает вопрос о том, может ли апеллирование ВС РФ в обоснование своего подхода к «существу» денежного обязательства ставить под сомнение возможность и юридическую силу прямого установления в договоре оговорки о праве кредитора отвергнуть частичный платеж? Сама по себе данная ссылка ВС РФ на «существо» денежного обязательства в первом приближении может восприниматься как блокирующая договорности сторон о недопустимости

частичного исполнения денежного обязательства и (или) обязанность должника, допустившего частичное исполнение, уплатить установленную неустойку, возместить кредитору понесенные последним убытки и т.п. Ведь указанные договоренности будут противоречить «существо» денежных обязательств. Однако, видимо, в данном случае подобное жесткое ограничение договорной свободы не входило в его замысел. Как указывает ВС РФ, его разъяснение — это лишь общее правило, но из этого не следует, что оно императивно. С точки зрения пределов свободы договора (см. Постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16) нет серьезных поводов воспринимать позицию ВС РФ иначе. Поэтому стороны в договоре могут согласовать иное, если, конечно, отсутствуют какие-либо специальные императивные установления на сей счет (например, в сфере регулирования потребительских отношений).

Дополнительная литература

Каранетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаиш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаиш С.В. Исполнение обязательств. М., 2005. С. 416–443.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 266.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht — Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 266.

Статья 312. Исполнение обязательства надлежащему лицу

1. Если иное не предусмотрено соглашением сторон и не вытекает из обычаев или существа обязательства, должник вправе при исполнении обязательства потребовать доказательств того, что исполнение принимается самим кредитором или управомоченным им на это лицом, и несет риск последствий непредъявления такого требования.

2. Если представитель кредитора действует на основании полномочий, содержащихся в документе, который совершен в простой письменной форме, должник вправе не исполнять обязательство данному представителю до получения подтверждения его полномочий от представляемого,

в частности до предъявления представителем доверенности, удостоверенной нотариально, за исключением случаев, указанных в законе, либо случаев, когда письменное уполномочие было представлено кредитором непосредственно должнику (пункт 3 статьи 185) или когда полномочия представителя кредитора содержатся в договоре между кредитором и должником (пункт 4 статьи 185).

Комментарий

1. Исполнение надлежащему лицу

Надлежащим признается лишь исполнение, произведенное надлежащему лицу. В качестве последнего должен рассматриваться прежде всего сам кредитор или «управомоченное им» лицо (п. 1 ст. 312 ГК РФ). Должник, осуществляющий исполнение, наделяется данной нормой правом требовать доказательства того, что исполнение принимается надлежащим лицом

1.1. Сфера применения

Вполне очевидно, что эта норма касается только тех случаев, когда исполнение обязательства направлено на осуществление предоставления, предполагающего принятие (например, консультация, передача вещи или денег и т.п.). В тех случаях, когда обязательство носит такой характер, что его исполнение не предполагает принятия предоставления, положения настоящей статьи не применяются (например, обязательство воздержаться от разглашения конфиденциальной информации, обязательство телеканала разместить рекламный ролик в сетке телепередач и т.п.).

1.2. «Уполномоченное» и «управомоченное» кредитором лицо

Интересная проблема возникает в отношении разграничения предоставления кредитором полномочий третьему лицу (например, сотруднику организации) на принятие исполнения и встречающейся на практике так называемой переадресации исполнения (ситуации, когда кредитор просит должника учинить исполнение в адрес третьего лица или исполнение третьему лицу предусмотрено договором). Чаще всего такая переадресация имеет место, когда кредитор сам является должником по обязательству в пользу такого адресата. В таком случае имеет место классический пример возложения исполнения (ст. 313 ГК РФ): кредитор возлагает на своего должника исполнение своего обязательства перед неким третьим лицом.

Очевидно, что кредитор по общему правилу вправе назначить представителя, уполномоченного на принятие исполнения, а должник обязан передать исполнение именно такому лицу, если тот пред-

ставляет надлежащие доказательства наличия у него полномочий. Подтверждение полномочий представителя на принятие исполнения может оформляться в виде выдачи представителю соответствующей доверенности, направления кредитором должнику письма с указанием на представителя (п. 3 ст. 185 ГК РФ), фиксации полномочий в договоре между кредитором или должником (п. 4 ст. 185 ГК РФ), вытекать из закона или явствовать из обстановки. Предоставление таких полномочий не меняет порядок исполнения обязательства должника. В частности, не меняются согласованные в договоре место исполнения обязательства и иные элементы программы обязательства. Соответственно, если должник необоснованно уклоняется от передачи исполнения надлежащим образом уполномоченному лицу, он будет считаться впавшим в просрочку.

Полномочие на принятие исполнения означает, что принятое представителем предоставление принимается на имя кредитора и в пользу кредитора. В основном такое полномочие может касаться лишь случаев принятия индивидуально-определенной вещи, партии товара, документов или наличных денег. Переданная представителю покупателя продавцом вещь попадает в собственность кредитора. Далее, конечно, может произойти смешение вещей во владении представителя, но это не предусмотрено, и в любом случае касается отношений кредитора и такого представителя.

В отличие от этой ситуации в случае переадресации исполнения кредитор не указывает должнику лицо, уполномоченное на приемку предоставления на имя кредитора, а предлагает осуществить предоставление в адрес третьего лица, удовлетворив соответствующую экономическую потребность такого третьего лица (т.е. осуществить исполнение не в пользу кредитора, а в пользу третьего лица). При исполнении обязательства передать вещь в собственность в таком случае вещь попадает в собственность третьего лица, последнее получает вещь не на имя кредитора в качестве перевозчика или хранителя, а в свою личную собственность. Нередко при этом меняется вытекающий из закона или договора порядок исполнения обязательства в форме изменения места или иных модусов исполнения (например, при направлении производителю посредником просьбы отгрузить причитающийся посреднику товар напрямую третьему лицу, которому посредник должен данный товар, закупив у производителя, поставить), но это изменение не предусмотрено. Например, если у кредитора и третьего лица счета открыты в одном банке, а кредитор просит должника осуществить перевод в счет долга должника третьему лицу, перевод будет считаться окончанным в любом случае при зачислении денег на корреспондент-

ский счет банка, обслуживающего кредитора и третье лицо. То же и в случае, когда теннисист-любитель просит своего тренера в счет исполнения обязательств последнего провести тренировку в урочный час не с ним лично, а с его сыном. Или при назначении покупателем грузополучателей при отгрузке товаров со склада: место отгрузки не меняется, но назначение грузополучателей стоит отличать от выдачи доверенности на получение товара на складе.

При осуществлении безналичного перевода наделение третьего лица полномочием принять платеж невозможно, так как деньги, попадая на счет третьего лица, по определению попадают в его имущественную массу (если только речь не идет о зачислении денег на номинальный счет третьего лица, бенефициаром по которому является кредитор). То же касается и принятия исполнения по обязательству осуществить уступку требования, произвести отчуждение иного регистрируемого или не регистрируемого имущественного права, оказать медицинскую услугу. Соответственно, в таких ситуациях налицо не уполномочие, а просьба о переадресации исполнения. Например, невозможно себе представить принятие доли в ООО представителем кредитора-покупателя. В равной степени, когда организация, заключив договор с образовательной организацией о повышении квалификации своего юриста, направляет последнего на обучение, и этот юрист принимает осуществляемое образовательной организацией исполнение, он действует не как уполномоченное, а как управомоченное заказчиком лицо.

В отличие от ситуации с наделением своего представителя *полномочием* принять предоставление, кредитор не может произвольно навязать должнику обязанность перечислить деньги на банковский счет третьего лица или осуществлять иное предоставление в пользу третьего лица. Должник, получив такое письмо, может его игнорировать и перевести деньги на счет самого кредитора, а в случае несообщения ему реквизитов кредитора — фиксировать просрочку кредитора (ст. 406 ГК РФ).

При этом, безусловно, должник, получив такое письмо, вполне может добровольно эту просьбу кредитора удовлетворить и перевести деньги третьему лицу (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 26 мая 2009 г. № 730/09).

Также следует отметить, что такое письмо будет рассматриваться как обязательное для должника, если соответствующая возможность диктовать должнику, в пользу кого ему необходимо осуществить предоставление, или сама фигура управомоченного на получение предоставления установлены ранее заключенным между кредитором или должником соглашением или законом. Например, договор поставки

может предусматривать право покупателя выставлять поставщику отгрузочные разрядки с указанием различных получателей товара, которым поставщик обязан отгрузить товар во исполнение своего обязательства перед покупателем (ст. 509 ГК РФ), а договор на оказание образовательных услуг, заключенный между образовательной организацией и корпоративным заказчиком, обычно предусматривает данные сотрудника заказчика, обучение которого входит в предмет обязательств образовательной организации.

1.3. Правовая природа и последствия указания кредитором лица, уполномоченного или управомоченного на принятие исполнения

1.3.1. Отличие от договора в пользу третьего лица

Как при переадресации исполнения, так и при назначении кредитором представителя, уполномоченного на приемку, не происходит замена кредитора (§ 1 гл. 24 ГК РФ). Указанное лицо не становится кредитором и не может самостоятельно требовать исполнения в свой адрес. Роль третьего лица сводится лишь к фактическому принятию предоставления в свою пользу («управомоченный») либо на имя кредитора («уполномоченный»), вследствие чего произведенное должником исполнение в адрес указанного лица будет считаться надлежащим и прекратит соответствующее обязательство. В этом проявляется отличие этой ситуации от договора, заключенного в пользу третьего лица, в рамках которого третье лицо приобретает в отношении должника право требования по обязательству (подробнее см. комментарий к ст. 430 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹). Нередко могут возникать сложные вопросы дифференциальной квалификации конкретного договора либо в качестве договора, предусматривающего переадресацию исполнения, либо в качестве договора в пользу третьего лица.

1.3.2. Природа и последствия наделения третьего лица полномочиями на принятие исполнения

Если кредитор наделил своего представителя полномочием на принятие предоставления от должника, либо речь идет о законном представительстве, последствия определяются правилами о представительстве. Если представитель демонстрирует должнику достаточные доказательства наличия таких полномочий (в том числе предъявляя соответствующую доверенность, по данному вопросу см. комментарий к п. 2 ст. 312 ГК РФ), должник обязан осуществить предоставление

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 430 ГК РФ – Е.В. Бибикова, А.Г. Карапетов).

такому представителю, пока не получит от кредитора сообщение или иным образом не узнает о прекращении таких полномочий. То же касается и ситуации, когда кредитор напрямую сообщает должнику о том, кого он наделяет полномочием на принятие исполнения (п. 3 ст. 185 ГК РФ), либо наделение кредитором некоего лица полномочиями на принятие исполнения закреплено в договоре с должником. В таком случае должник не вправе требовать от представителя кредитора подтверждения полномочий и передать предмет предоставления такому лицу под угрозой впадения в просрочку.

Кредитор, выдавший доверенность, всегда может отозвать ее (ст. 188 и 189 ГК РФ). Даже если должнику демонстрируется доверенность в оригинале, но он знает или должен знать об отзыве доверенности (например, в результате опубликования кредитором отзыва доверенности в соответствии с правилами ст. 189 ГК РФ), он должен воздерживаться от осуществления предоставления экс-представителю. При этом если факт наделения кредитором некоего лица полномочиями на принятие предоставления закреплен в договоре между должником и кредитором, это не отменяет право кредитора в любой момент отозвать полномочия в одностороннем порядке. Это следует из п. 4 ст. 185 ГК РФ, согласно которому правила о доверенности применяются к случаям фиксации предоставления полномочий в договоре между представляемым и контрагентом: среди таких правил и правила ст. 188 и 189 ГК РФ о свободе отзыва доверенности. Исключением является случай, когда в силу ст. 188.1 ГК РФ может быть выдана и фактически выдана безотзывная доверенность.

Если соответствующее сообщение, направленное кредитором должнику и информирующее о наделении третьего лица полномочием принять представление на имя кредитора, или условие заключенного между должником и кредитором договора, фиксирующее такие полномочия (например, в виде приложения к договору поставки с указанием списка доверенных представителей покупателя, наделяемых полномочием на принятие отгрузок), не содержат указания на срок таких полномочий, применяется п. 1 ст. 186 ГК РФ о доверенности, согласно которому такие полномочия прекращаются автоматически по прошествии года. Впрочем, в случае фиксации полномочий в договоре, в котором имеется срок исполнения обязательств, теоретически мыслимо восполнение программы отношений по представительству тем сроком, который следует из таких обязательственных отношений. Например, если договор предусматривает поставки товара в течение трех лет и указывает на персональные данные представителей покупателя, которые наделены полномочиями на приемку отгрузок, очевидно,

что подразумеваемая воля покупателя состояла в том, чтобы наделить их полномочиями на период больше одного года.

1.3.3. Природа и последствие переадресации (наделения третьего лица правомочием принять исполнение на свое имя)

Спорным является вопрос о правовой природе волеизъявления, направленного на переадресацию исполнения, и предопределяемых такой природой последствий наделения третьего лица правомочием принять исполнение.

В ситуации, когда право кредитора давать своему должнику указание на осуществление исполнения в адрес произвольно выбранного должником третьего лица предусмотрено условиями соглашения между кредитором и должником или законом, направление должнику такого указания, видимо, следует воспринимать в качестве санкционированного соглашением или законом одностороннего сделочного волеизъявления, направленного на изменение договора (п. 1 ст. 310 ГК РФ). Как следствие, такое изменение является обязательным для должника, а его игнорирование последним должно рассматриваться как ненадлежащее исполнение (неисполнение).

Если сам договор, заключенный между должником и кредитором, изначально предусматривал исполнение должником обязательства в пользу лица, отличного от кредитора, но при этом не квалифицирован как договор в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ) и не предусматривает право третьего лица на иск к должнику, должник также не вправе игнорировать эти условия обязательства. Исполнение обязательства в пользу кредитора, а не указанного в договоре третьего лица неправомерно.

Если у кредитора возникает интерес изменить указанного в договоре адресата, по общему правилу необходимо заключение соглашения об изменении договора. Впрочем, в ряде случаев отказ должника в такой ситуации изменить договор, согласовав предложение кредитора изменить адресата, может быть признан недобросовестным: когда никакой интерес должника не страдает в результате предлагаемого изменения, его отказ может быть воспринят как злоупотребление правом. Например, если организация, заключившая договор с учебным центром на обучение сотрудника, просит до начала курса изменить указание имени направляемого на обучение сотрудника в связи с его увольнением, а учебный центр почему-то отказывает, не приводя ни одного разумного довода в пользу своей позиции, можно обсуждать добросовестность такого поведения.

Если обязанность должника исполнять в адрес третьего лица или право кредитора давать должнику обязательные инструкции на сей

счет не предусмотрены, при возникновении у кредитора интереса произвести переадресацию требуется соглашение сторон об изменении договора. Очевидно, что по общему правилу в таком случае должник может отвергнуть предложение кредитора переадресовать исполнение. Но что, если должник примет предложение кредитора, ответив на него согласием? Связан ли он теперь новым порядком исполнения? И может ли кредитор «отозвать» свое указание?

Ответы на эти и многие другие вопросы зависят от определения природы соответствующего предложения / просьбы (иногда применительно к денежным обязательствам именуемой в обороте финансовым поручением). В первом приближении, мыслимы две модели объяснения такой природы.

Подобное предложение о переадресации исполнения можно рассматривать в качестве оферты кредитора на изменение порядка исполнения обязательства (на заключение соглашения о переадресации исполнения), а согласие должника — в качестве акцепта. Акцепт оферты возможен как прямым волеизъявлением, так и конклюдентными действиями, включая осуществление в пользу указанного кредитором лица частичного исполнения (п. 3 ст. 438 ГК РФ).

Альтернативным является вариант оценки соответствующего предложения / просьбы о переадресации как односторонне-управомочивающей сделки кредитора, предоставляющей должнику право освободиться от долга исполнением указанному в ней третьему лицу. Сама допустимость совершения такой непоименованной в законе сделки не противоречит предписаниям ст. 155 ГК РФ, так как она не обязывает должника, а предоставляет ему дополнительную правовую возможность (подробнее см. комментарий к ст. 155 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹). В таком случае платеж, согласно этой просьбе, не равнозначен заключению соглашения об изменении договора. По сути, в рамках данной концепции мы рассматриваем просьбу кредитора о переадресации как предоставление указанному в таком предложении лицу правомочия на принятие от должника исполнения, причем действующего в отсутствие особого о том указания бессрочно.

В ряде случаев выбор между двумя этими конкурирующими интерпретациями приводит к принципиально разным решениям.

Во-первых, если считать, что просьба о переадресации представляет собой оферту на заключение соглашения об изменении порядка

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 155 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

исполнения, то после акцепта (в том числе в форме осуществления частичного платежа) должник уже не может передумать, так как связан заключенным соглашением об изменении порядка исполнения обязательства.

В рамках же конкурирующей интерпретации должник сохраняет возможность исполнить в адрес кредитора, а не указанного третьего лица, даже если выразил предварительное согласие на переадресацию, так как программа обязательства не изменена.

Во-вторых, в рамках офертной квалификации акцепт должен последовать в пределах указанного в оферте или – при отсутствии указания на срок в оферте – нормально необходимого для этого срока (ст. 440 и 441 ГК РФ). Если должник промолчал в ответ на такое предложение (просьбу) кредитора и своевременно не ответил прямым или конклюдентным согласием, оферта прекращает свое действие (ст. 440–442 ГК РФ), и последующее учинение исполнения в адрес указанного в оферте третьего лица, а не самого кредитора будет ненадлежащим. Конклюдентный акцепт такой оферты в форме учинения платежа в ответ на такую просьбу кредитора уже не может быть осуществлен после истечения указанного в оферте или разумного срока. Если должник заплатит на основании такого предложения позже истечения разумного срока, кредитор может заявить, что акцепт запоздал и потребует повторного платежа уже в свой адрес. Ведь к этому времени долг кредитора перед третьим лицом может уже быть погашен иным образом. Получается, что, если должник получает сообщение с просьбой погасить свой долг путем исполнения в адрес указанного в сообщении третьего лица, но не торопится подтвердить согласие с таким предложением ни прямым заявлением, ни исполнением, а через несколько месяцев, наконец, готов исполнить, ему следует запросить у кредитора подтверждение актуальности своей оферты. Иначе должник рискует совершить конклюдентный запоздавший акцепт и не освободиться таким платежом от долга. Такое решение может быть достаточно неожиданным: если поставщик просит покупателя платить в адрес производителя, покупатель принимает данное сообщение к сведению и осуществляет платеж, его платеж придется рассмотреть как запоздавший акцепт, если он совершен по прошествии нормально необходимого срока на акцепт, должник будет вынужден осуществлять повторный платеж в адрес кредитора и искать третье лицо кондикционным иском.

Конкурирующая модель позволила бы обосновать, что у должника есть право на исполнение в адрес указанного лица, пока данное «поручение» не будет отозвано, и никакого акцепта с его стороны не требуется. Здесь именно кредитору следует позаботиться о том, чтобы

немедленно уведомить должника об отзыве своего поручения. Даже если должник, получив просьбу о переадресации, не осуществляет предоставление ни указанному третьему лицу, ни кредитору годами, и должник урегулировал свой долг перед кредитором, он не может надеяться на то, что его финансовое поручение само по себе потеряет силу по причине пропуска третьим лицом разумного срока, а должен немедленно связаться с третьим лицом и отменить поручение. Иное решение имело бы место, если бы в самой просьбе о переадресации содержался четкий срок, в течение которого кредитор ожидает исполнения в адрес указанного лица.

В-третьих, если речь идет об изменении договора по соглашению, то необходимо соблюдение правила п. 2 ст. 452 ГК РФ о строгом следовании формы соглашения об изменении программы договорных правоотношений требованиям к форме изменяемого договора. Например, если договор подлежал нотариальному удостоверению, то и такое соглашение о переадресации должно нотариально удостоверяться, и при отсутствии удостоверения будет ничтожно.

При реализации концепции односторонней управомочивающей сделки эти правила не могут применяться.

В-четвертых, если исходный договор подлежал государственной регистрации, то и соглашение об изменении порядка исполнения в силу п. 2 ст. 164 ГК РФ подлежит государственной регистрации, и при отсутствии таковой не может быть противопоставлено добросовестным третьим лицам (п. 3 ст. 433 ГК РФ). Например, если арендодатель по зарегистрированному договору направил арендатору предложение уплачивать арендную плату третьему лицу, а арендатор согласился, но впоследствии арендодатель уступил требование о погашении задолженности цессионарию, который не знал о таком соглашении о переадресации, должник не может рассчитывать на то, что его платеж указанному третьему лицу, а не цессионарию будет признан надлежащим исполнением.

Как мы видим, в отношении указанных аспектов две концепции приводят к различным решениям.

В конечном счете выбор в пользу одной из указанных концепций во многом зависит от содержания соответствующего указания кредитора. Последний может снять актуальность вопроса, непосредственно выразив свое отношение к природе даваемого им указания в нем самом (например, указав, что это оферта на изменение договора, и он ждет акцепта до истечения указанного срока). Но что должно рассматриваться в качестве дефолтного правила, когда из содержания такого сообщения кредитора и обстоятельств совершения его правовая при-

рода очевидно не вытекает? Этот вопрос может вызывать споры и в полной мере не прояснен.

Возможно, уместно обсудить компромиссное, гибридное решение. Оно состоит в следующем: до акцепта такая просьба кредитора действует как одностороннее управомочивающее волеизъявление, которое наделяет третье лицо правомочием принять исполнение, не связывает должника, но дает ему право освободиться от долга исполнением в адрес указанного третьего лица; причем наделение третьего лица правомочием на принятие исполнения действует бессрочно, до отзыва, если только в просьбе о переадресации не указан четкий срок на исполнение. Но если должник выражает согласие исполнять третьему лицу как прямым волеизъявлением, так и конклюдентно (например, осуществив частичный платеж), и при этом соблюдены требования к форме и государственной регистрации (если применимо), происходит заключение соглашения о переадресации, и далее должник уже связан таким «маршрутом» исполнения и не может вернуться к исполнению в адрес кредитора.

Впрочем, вопрос этот нуждается в более подробном исследовании и в настоящее время в доктрине не решен. Дела, в которых эта проблематика себя проявляет, иногда доходят до ВС РФ (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 22 декабря 2020 г. № 305-ЭС20-14878), но ясная и окончательная позиция по данным вопросам пока не выработана.

Остается ответить на вопрос о том, может ли кредитор отозвать ранее направленную просьбу о переадресации исполнения до выражения должником согласия исполнять обязательство в адрес третьего лица или даже после этого, но до исполнения. Как представляется, в рамках обоих конкурирующих интерпретаций такое право может быть признано. Если мы квалифицируем просьбу о переадресации в качестве оферты и в такой оферте не был указан срок на акцепт, то кредитор может отозвать свою оферту в любой момент до выражения должником согласия на переадресацию исполнения. Если такой срок указан, то по общему правилу отзыв оферты невозможен (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49), но, как представляется, из существа заключаемого соглашения вытекает, что оферта и в таком случае носит отзывной характер (см. комментарий к п. 2 ст. 436 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). В рамках

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 436 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

конкурирующей модели квалификации возложения в качестве управомочивающей односторонней сделки тот же вывод об отзывности сообщения о возложении может быть обеспечен ссылкой на наличие у должника права отозвать свою одностороннюю управомочивающую сделку до момента исполнения.

Но что, если должник уже успел выразить согласие на переадресацию?

Квалификация просьбы о переадресации в качестве оферты на заключение соглашения об изменении договора, казалось бы, означает, что, если должник своевременно выразил согласие на исполнение в адрес указанного кредитором лица в форме ответного сообщения или в форме начала исполнения в адрес указанного третьего лица, обязательство считается измененным, кредитор уже не может отозвать назад свое указание на адресата исполнения, не заручившись согласием должника вновь изменить программу обязательства. Но этот вывод не предопределен. Как представляется, после заключения такого соглашения кредитор по доброй совести или в результате применения по аналогии правил ГК РФ о возможности произвольного отказа доверителя от договора поручения (п. 1 и 2 ст. 977 ГК РФ) должен быть наделен правом отказаться от такой переадресации и потребовать исполнения в свою пользу, согласно исходной программе обязательства (с возмещением расходов должника, которые он понес при подготовке к исполнению в адрес третьего лица). Например, если переадресация связана с тем, что сам кредитор должен третьему лицу, но далее после заключения соглашения о переадресации долг кредитора перед третьим лицом был погашен зачетом или прощением долга, необходимость переадресации отпадает, и было бы странно не дать кредитору право на оперативное расторжение соглашения о переадресации и восстановление исходной программы исполнения обязательства до момента, пока должник не успел учинить исполнение в адрес третьего лица. Вариант с инициацией иска об обратном изменении договора по правилам ст. 451 ГК РФ кажется избыточно усложняющим реализацию интереса кредитора.

В рамках конкурирующей интерпретации этот же вывод будет обоснован природой односторонней управомочивающей сделки.

Так что оба подхода к пониманию природы просьбы о переадресации могут быть совместимы с правом отзыва такой просьбы до момента фактического исполнения.

1.4. Распределение рисков исполнения ненадлежащему лицу: общее правило

Риск исполнения ненадлежащему лицу несет должник. Это следует из того, что именно он осуществляет исполнение, контактируя с ли-

цом, принимающим соответствующее предоставление. Не кто иной, как должник оказывается «ближе» к источнику возникновения риска (вступая в отношения с лицом, принимающим исполнение) и может принять меры по уменьшению такого риска.

К сожалению, воплощение этой очевидной идеи в тексте п. 1 ст. 312 ГК РФ крайне неудачно. Вместо прямого указания на возлагаемый на должника риск исполнения ненадлежащему лицу п. 1 ст. 312 ГК РФ сосредоточивает внимание на праве должника при осуществлении исполнения потребовать доказательств того, что исполнение принимается надлежащим лицом. Однако буквальное восприятие указанного в п. 1 ст. 312 ГК РФ правила приводит к достаточно абсурдным выводам. При такой интерпретации рассматриваемой нормы должнику достаточно было бы лишь заявить указанное требование и тем самым (вне зависимости от ответа на него) снять с себя все последствия исполнения ненадлежащему лицу.

Таким образом, единственным разумным толкованием правил п. 1 ст. 312 ГК РФ является возложение на должника риска того, что исполнение принимается ненадлежащим лицом. Именно такой подход к этому вопросу и доминирует в судебной практике (см. постановления Президиума ВАС РФ от 7 октября 1997 г. № 3184/97, от 18 мая 1999 г. № 330/99, от 30 января 2001 г. № 4106/00, от 19 апреля 2002 г. № 3581/98, от 9 ноября 2004 г. № 9929/04).

В ситуации, когда ошибочность представлений должника о праве лица на принятие исполнения вызвана противоправным поведением третьих лиц, должно действовать общее правило — риск исполнения ненадлежащему лицу несет должник. Поэтому, если, например, доверенность на принятие товара на имя кредитора или письмо о переадресации исполнения оказываются подделанными злоумышленником и на самом деле от кредитора не исходили, риск лежит на должнике.

При этом добросовестность должника не имеет решающего значения в той степени, в которой кредитор в подобной ситуации также добросовестен, и его поведение не создавало у должника вероятности восприятия постороннего лица в качестве надлежащего адресата исполнения. В этом случае мы имеем дело с риском неправомερных действий третьих лиц, который не может сам по себе быть «привязан» к тому или иному участнику оборота. Отсутствие оснований для установления специального правила приводит к необходимости применять общее. Так, п. 2 ст. 51 ГК РФ содержит оговорку, что предоставленная защита лица, добросовестно полагавшегося на данные ЕГРЮЛ, не распространяется на ситуации, когда соответствующие данные включены

в реестр в результате неправомерных действий третьих лиц или иным путем помимо воли юридического лица – кредитора.

Следует еще раз подчеркнуть, что в рассматриваемой ситуации закон возлагает риск исполнения ненадлежащему лицу на должника не в силу упречности его поведения, а потому, что таково общее правило распределения данного риска (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 1999 г. № 330/99).

К сожалению, судебная практика недооценивает значение и потенциал указанных правил и зачастую игнорирует их. Неверно квалифицируя соответствующую ситуацию, суды пытаются решить ее через призму «ответственности» (см., например, определения СКГД ВС РФ от 24 апреля 2018 г. № 5-КГ18-41, от 14 января 2020 г. № 5-КГ19-216, от 15 декабря 2020 г. № 45-КГ20-18-К7). В результате, даже в случаях, когда суды интуитивно приходят к правильному решению, это достигается за счет грубого искажения понятия ответственности и ее элементов (противоправности, причинной связи, вины).

Архетипическим примером подобного являются дела, в которых в результате неправомерных действий (например, предъявления поддельной доверенности) третьи лица получают доступ к абонентскому номеру клиента сотовой связи и производят списание денежных средств с прикрепленной к абонентскому номеру банковской карты. Обосновывая удовлетворение требований к оператору сотовой связи / банку о «восстановлении» списанных подобным образом денежных средств, СКГД ВС РФ «традиционно» ссылается на правила об ответственности (ст. 393 и 401 ГК РФ) и обнаруживает требуемую для такой ответственности противоправность поведения оператора сотовой связи в нарушении им тайны телефонных переговоров и сообщений, а противоправность поведения банка – в нарушении им обязанности по предотвращению несанкционированного доступа к остатку на счете посторонних лиц. Вместе с тем сумма, находящаяся на счете лица в банке, являет собой долг банка, а потому восстановление этой суммы, списанной со счета на основании распоряжения неуправомоченных лиц, представляет именно восстановление долга. Оно не имеет ничего общего с ответственностью, а потому правила гл. 25 ГК РФ для разрешения данной ситуации неприменимы. Рассматриваемую ситуацию (и ей подобные) необходимо решать через ст. 312 ГК РФ и воплощенные в ней принципы распределения рисков исполнения ненадлежащему лицу. Списанные третьими лицами суммы банк должен восстановить на счету вовсе не потому, что он не доказал наличие обстоятельств, освобождающих его от ответственности, а потому, что риск исполнения ненадлежащему лицу лежал на нем (как

на должнике), а следовательно, предоставление в адрес ненадлежащего лица не являлось исполнением и не освободило его от долга. Сказанное, конечно, не означает, что ответственность банка исключается. Если у клиента, помимо необходимости «восстановления» списанных средств, возникнут еще и убытки, они также подлежат возмещению сверх «восстановленных» сумм. Ввиду того, что риск исполнения ненадлежащему несет должник (банк), его действия по исполнению ненадлежащему лицу являются неправомерными. Как следствие, за убытки, причиненные этими действиями, банк, независимо от своей вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ), должен нести перед клиентом ответственность.

В то же время если доступ к банковскому счету злоумышленника был получен в результате нарушения своих обязательств сотовым оператором, выдавшим, скажем, дубликат сим-карты постороннему лицу, тот будет отвечать именно за убытки. В принципе, возможно заявление иска клиента к банку и сотовому оператору как солидарным должникам: к банку о погашении основного долга, а к оператору — о взыскании убытков.

1.5. Исключения из общего правила

Изложенное выше правило распределения рисков должно восприниматься в качестве общего. Могут быть и исключения, когда право защищает должника, осуществившего предоставление третьему лицу, которого кредитор не наделял полномочием или правомочием принять исполнение.

1.5.1. Видимость полномочия или управомочия третьего лица на принятие исполнения

Общее правило подлежит применению с учетом правила о защите видимости полномочий (права) в ситуации, когда должник являлся добросовестным и имел все основания полагаться на наличие полномочий или правомочий у третьего лица, которое принимает исполнение, а ошибочность его представлений на сей счет была спровоцирована активным поведением или упущениями кредитора, а также иными обстоятельствами, находящимися под его контролем. Если такие поведение или обстоятельства способствовали формированию возникновения объективной видимости полномочий или права, необходимо защищать доверие видимости полномочий (видимости права).

Так, в случае, когда должник, осуществляющий исполнение в адрес кредитора — юридического лица, основывает свое представление о составе исполнительных органов кредитора на данных ЕГРЮЛ, оказавшихся недостоверными, закон защищает образующуюся в глазах добросовестного должника видимость полномочий таких органов кредитора (лжедиректора). Пункт 2 ст. 51 ГК РФ прямо указывает,

что юридическое лицо за одним исключением не вправе в отношениях с лицом, добросовестно полагавшимся на данные ЕГРЮЛ, ссылаться на недостоверность таких данных (см.: п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25; Определение СКЭС ВС РФ от 15 августа 2019 г. № 306-ЭС19-5397). Применительно к рассматриваемой ситуации это означает, что хотя предоставление, которое передано лицу, указанному в ЕГРЮЛ в качестве директора, или лицу, имеющему доверенность, выданную таким кажущимся директором, произведено в случае несоответствия данных ЕГРЮЛ правовой реальности ненадлежащему лицу, этот риск не лежит на субъективно добросовестном должнике, который не знал и не должен был знать об отсутствии полномочий (статуса исполнительного органа) у лица, принявшего исполнение. Исключением согласно п. 2 ст. 51 ГК РФ является случай, когда несоответствие ЕГРЮЛ правовой реальности возникло в связи с неправомерными действиями третьих лиц или возникло иным образом помимо воли организации, выступающей в качестве кредитора. Налицо совокупность условий: а) субъективная добросовестность должника и б) связанность ошибочного восприятия должником лжедиректора в качестве органа юридического лица — кредитора, с поведением последнего (например, не внесшего актуальную информацию в ЕГРЮЛ) или обстоятельствами, риск возникновения которых лежит на нем (например, в случае корпоративного конфликта). Эта совокупность позволяет закону (п. 2 ст. 51 ГК РФ) заменить исходное правило на противоположное и возложить в рассматриваемой ситуации риск исполнения ненадлежащему лицу на кредитора.

Аналогичным образом, если должник, осуществляя исполнение в адрес псевдопредставителя кредитора, полагался на имеющуюся у последнего доверенность, о прекращении которой должник не знал и не должен был знать, исполнение обязательства в адрес неуполномоченного лица будет считаться надлежащим и прекращать обязательство должника (п. 2 ст. 189 ГК РФ). И в данном случае наличие совокупности обстоятельств — а) субъективной добросовестности должника, не знавшего и не имевшего оснований знать о прекращении полномочий, и б) возникновении этой ошибки по обстоятельствам, зависящим от кредитора (отменившего доверенность, но не озаботившегося тем, чтобы довести такую информацию до заинтересованных лиц), — не только делает заблуждение должника извинительным, но и позволяет защитить его доверие видимости полномочий. Несмотря на то что в рассматриваемой ситуации исполнение осуществляется в адрес ненадлежащего лица, закон прямо снимает подобный риск с должника, перекладывая его на кредитора.

То же с необходимыми адаптациями применимо и к ситуации видимой переадресации исполнения. Волеизъявление кредитора на переадресацию — это сделка, и если она совершена не кредитором, а псевдопредставителем, но есть основания для применения доктрины защиты видимости полномочий (или доктрины полномочий в силу обстановки), субъективно добросовестный должник должен быть защищен.

1.5.2. Защита видимости принадлежности права кредитору

В случаях, прямо указанных в законе, надлежащим адресатом исполнения могут выступать и иные лица, чем те, которые прямо названы в п. 1 ст. 312 ГК РФ. Так, ст. 144 ГК РФ рассматривает в качестве надлежащего исполнение, совершенное в адрес владельца предъявительской ценной бумаги, даже если последний не является ее законным приобретателем. Таким образом, исполнение владельцу такой ценной бумаги, даже если последний не является ни кредитором, ни его представителем, ни третьим лицом, уполномоченным принять исполнение, в силу прямого указания закона считается надлежащим.

В основе такого решения также лежит идея защиты видимости права. Другой подобный пример — признание исполнения, осуществленного должником в адрес cedenta, надлежащим, если должник к моменту исполнения не получил извещение о переходе права в силу п. 3 ст. 382 ГК РФ.

В результате уступки требования или его перехода к третьему лицу по иным правовым основаниям надлежащим лицом, имеющим право на принятие исполнения, становится цессионарий. Вместе с тем, поскольку должник, как правило, не участвует в соглашении об уступке или иных правоотношениях, повлекших переход права, он может не иметь актуальной и достоверной информации о переходе права и, соответственно, о том, кто является кредитором по обязательству. Целям информирования должника о перемене кредитора служит уведомление о переходе права (ст. 385 ГК РФ). Однако, ввиду того что соответствующее уведомление не является условием перехода права, возможны (и не редки на практике) ситуации, когда сложившееся у должника представление об актуальном кредиторе (как надлежащем лице, в адрес которого должно быть совершено исполнение) расходится с реальным положением. При этом, поскольку возможность соответствующей ошибки должника в действительной принадлежности требования (в статусе кредитора) никак не связана с поведением должника, а возникла по обстоятельствам, зависящим от исходного и нового кредиторов, риск такой ошибки не может возлагаться на должника, а его правовое положение нуждается в защите.

Такой защитой интересов должника, объективно не имеющего информации о действительном кредиторе, выступает доктрина «видимости права», отражение которой содержится в предписаниях § 1 гл. 24 ГК РФ. Так, для ситуации, когда переход требования не сопровождается соответствующим уведомлением должника, в соответствии с п. 3 ст. 382 ГК РФ исполнение в адрес исходного кредитора, произведенное должником, неуведомленным о переходе требования, признается надлежащим и погашает долг должника (п. 3 ст. 382 ГК РФ).

По этой же логике, если (несмотря на переход права требования) исходный кредитор назначает представителя или, будучи управомочен на это договором, выдает не уведомленному о переходе требования должнику отгрузочную разрядку, исполнение должником в адрес указанных лиц также должно защищаться «видимостью права» и по аналогии с п. 3 ст. 382 ГК РФ считаться надлежащим исполнением.

Расхождение между «видимостью» наличия у соответствующего лица статуса кредитора в глазах должника и действительной принадлежностью права требования может возникать также и в случае, когда уведомление о переходе права совершается в адрес должника по ошибке, в отсутствие действительного перехода права к иному лицу. Защищая возникшую для должника «видимость» управомоченности лица, указанного в уведомлении в качестве нового кредитора, п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 устанавливает следующее: «Если уведомление об уступке направлено должнику первоначальным кредитором, то по смыслу абзаца второго пункта 1 статьи 385, пункта 1 статьи 312 ГК РФ исполнение, совершенное должником в пользу указанного в уведомлении нового кредитора, по общему правилу, считается предоставленным надлежащему лицу, в том числе в случае недействительности договора, на основании которого должна была производиться уступка».

Эту же идею воплощает и абзац второй п. 2 того же Постановления Пленума ВС РФ, признавая, что «несоблюдение cedentом и цессионарием... формы уступки не влечет негативных последствий для должника, предоставившего исполнение цессионарию на основании полученного от cedента надлежащего письменного уведомления о соответствующей уступке (статья 312 ГК РФ)».

Иначе говоря, ВС РФ исходит из того, что даже если переход права не состоялся (например, уступка недействительна) и кредитор не меняется, то направленное исходным кредитором должнику уведомление об уступке выступает в качестве указания на исполнение третьему лицу и дает должнику правовое основание для учинения платежа в адрес третьего лица.

Другой пример защиты видимости права в глазах должника возникает в сценарии двойной уступки и направления должнику уведомления об уступке требования, в котором указано в качестве цессионария не то лицо, которому в реальности право перешло, а другой не состоявшийся правопреемник, и должник, будучи введен этим в заблуждение, осуществляет предоставление в адрес указанного в уведомлении лица, а не истинного нового кредитора (п. 4 ст. 390 ГК РФ).

1.5.3. Иные случаи защиты видимости права

Могут быть и иные подобные ситуации. Даже если никакой видимости волеизъявления кредитора на переадресацию исполнения или наделение третьего лица полномочием принять исполнение не было и должник добросовестно исполнял обязательство, будучи уверен в том, что исполнение принимается самим кредитором, добросовестный должник освобождается от долга, если обстоятельства принятия исполнения посторонним лицом находятся в сфере контроля кредитора и могут быть вменены ему в вину. Например, если кредитор не сохранил в тайне логин и пароль от своего *Wi-Fi* и его доступом к Интернету злонамеренно пользовался сосед, обязательство провайдера связи при отсутствии упречности в его поведении должно считаться исполненным кредитором, и последний должен будет оплатить услуги связи. То же, если в зарубежной поездке сын абонента воспользовался дорогостоящей связью в роуминге для просмотра кинофильма на смартфоне.

Такие споры возникают нередко (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 18 сентября 2012 г. № 3933/12).

1.5.4. Случай с последующей передачей предмета предоставления ненадлежащему кредитору

Если должник осуществил предоставление в адрес ненадлежащего лица и нет оснований для защиты видимости полномочий (права), то он отвечает за возникшие у кредитора убытки, остается быть обязанным в отношении предмета его обязательства и обязан осуществить повторное исполнение кредитору. Но могут быть ситуации, когда предмет предоставления, носящий индивидуализованный характер, будет фактически позднее безвозмездно передан третьим лицом, по ошибке получившим такое предоставление, самому кредитору, и тогда должник остается обязанным перед кредитором за убытки, но уже не должен осуществить в его пользу повторное исполнение, его обязательство будет считаться погашенным, пусть и в результате ненадлежащего исполнения.

Например, если поставщик отгрузил оборудование по ошибке не покупателю, а располагающейся рядом компании, а последняя

передала оборудование покупателю, обнаружив, кому оно реально причитается, попытка покупателя, смонтировавшего и начавшего использовать данное оборудование, потребовать его повторной поставки должна отклоняться. При этом право на взыскание убытков, безусловно, в такой ситуации не исключается.

1.6. Право потребовать подтверждение полномочий или правомочий на принятие исполнения

Предъявление должником к адресату исполнения или уполномоченному на приемку лицу требования подтвердить свое право или полномочие на принятие исполнения не является обязательным. Должник может поверить такому лицу на слово, действуя на свой риск. Вместе с тем проверка наличия полномочий или управомоченности на принятие исполнения может рассматриваться в спорной ситуации как показатель выполнения должником принятого в обороте «стандарта» добросовестности, т.е. поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота (п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Впрочем, этот аспект добросовестности должника, как было показано, не освобождает его по общему правилу от несения риска исполнения в адрес неуполномоченного / неуправомоченного лица. Но в ряде ситуаций, когда налицо определенная степень упречности поведения кредитора и обсуждается защита видимости полномочий (права), вопрос добросовестности должника может выйти на первый план. И в таком случае беспечность должника может исключить основания для его защиты. Например, в силу п. 2 ст. 189 ГК РФ при отзыве доверенности право защищает видимость полномочий в глазах исполняющего должника только при условии, что он запросил и убедился в наличии у лица, претендующего на статус представителя кредитора, оригинала доверенности.

1.7. Последствия непредоставления лицом, принимающим исполнение, подтверждений своего права или полномочий на принятие исполнения

Закон не устанавливает последствий невыполнения лицом, принимающим исполнение, требования должника подтвердить свое право (полномочие) на принятие исполнения. Исходя из смысла п. 1 ст. 312 ГК РФ можно утверждать, что подобное бездействие может расцениваться как просрочка кредитора (см. ст. 406 ГК РФ). Соответственно, в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ не наступит просрочка должника, и последний может не исполнять свое обязательство без страха быть привлеченным к ответственности за просрочку и будет вправе требовать от кредитора возмещения убытков. Этот подход подтвержден и в п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

1.8. Последствия исполнения ненадлежащему лицу

Исполнение ненадлежащему лицу приравнивается к неисполнению. Как следствие, оно не прекращает обязательства и не освобождает должника от обязанности предоставить исполнение кредитору. На лицо текущая просрочка должника. Это дает кредитору возможность воспользоваться всеми способами защиты, предоставленными ему на случай неисполнения (см. ст. 328, 330, 393, 395, 405 ГК РФ), включая право начислять должнику мораторные проценты, пени, требовать взыскания мораторных убытков, приостановить свое встречное исполнение, отказаться от договора и т.п.

Применительно же к взаимоотношениям должника с ненадлежащим лицом, получившим предоставление вместо кредитора, исполненное в адрес последнего составляет его неосновательное обогащение и может быть истребовано должником по правилам гл. 60 ГК РФ.

1.9. Распределение бремени доказывания

Из положений п. 1 комментируемой статьи следует, что бремя доказывания осуществления исполнения обязательства с положительным содержанием в адрес надлежащего лица (самого кредитора, уполномоченного или управомоченного им лица) лежит на должнике.

Если кредитор отрицает факт получения исполнения, именно должник должен представить соответствующие доказательства (например, изъятую у представителя покупателя, принимавшего товар, доверенность на приемку груза, а также подписанную таким представителем накладную, подтверждающую приемку).

1.10. Диспозитивность регулирования и ее пределы

Предписания п. 1 ст. 312 ГК РФ могут быть изменены или уточнены законом (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 18 сентября 2012 г. № 3933/12). В силу прямого указания в тексте нормы содержащиеся в ней положения являются диспозитивными и могут быть уточнены или изменены соглашением сторон.

В то же время представляется сомнительным, что судам стоит признавать условия договора, которые вовсе снимают с должника обязанность проверять управомоченность лица, выдающего себя за представителя кредитора, и перекладывают в таком случае на кредитора риск того, что исполнение примет неуправомоченное третье лицо. Думается, что в случае таких аномалий, если они когда-нибудь встретятся в обороте, судам следует либо толковать диспозитивную оговорку в п. 1 ст. 312 ГК РФ ограничительно и признавать такое условие как ничтожное по ст. 168 ГК РФ (что допускается абзацем вторым п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16), либо как минимум блокировать такие условия как несправедливые на основании правил ст. 10 или 428 ГК РФ при их навязывании слабой стороне договора.

Если в договоре имеется указание на то, что факт осуществления исполнения подтверждается тем или иным документом (например, актом, накладной и т.п.), подписанным уполномоченным лицом кредитора, означает ли это, что должник не может доказать факт осуществления и передачи исполнения кредитору иными средствами доказывания? В подавляющем большинстве случаев судебная практика дает отрицательный ответ на поставленный вопрос, блокируя за пределами прямо дозволенных процессуальным законодательством случаев действие свободы договора в сфере доказательственного права и принимая любые доказательства, которые являются допустимыми в силу закона (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 9 октября 2012 г. № 5150/12; определения СКЭС ВС РФ от 30 июля 2015 г. № 305-ЭС15-3990, от 19 мая 2020 г. № 310-ЭС19-26908). Однако стоит заметить, что в Определении от 17 марта 2020 г. № 10-КГ20-1 СКГД ВС РФ (хотя, возможно, и не желая этого) косвенно высказалась в пользу допустимости такой договоренности.

2. Нотариальная доверенность на принятие исполнения

Пункт 2 ст. 312 ГК РФ, введенный с 1 июня 2015 г., предоставляет должнику, осуществляющему исполнение в адрес представителя кредитора, который предъявляет в качестве доказательства своих полномочий обычную письменную доверенность, право не исполнять ему обязательство до подтверждения его полномочий, в частности до предъявления нотариально удостоверенной доверенности.

Смысл данной нормы состоит в том, чтобы защитить должника на случай возникновения у него сомнений в наличии у лица, принимающего исполнение, полномочий. Ведь если должник в результате таких сомнений не решится осуществлять исполнение в адрес такого лица, впоследствии он может быть обвинен кредитором в просрочке со всеми вытекающими отсюда последствиями. Если же должник осуществит предоставление такому лицу, а впоследствии выяснится, что это лицо не было уполномочено, должник рискует столкнуться с требованием кредитора об осуществлении повторного исполнения и санкциями за просрочку. Новая норма ГК РФ дает такому должнику легальную возможность, не впадая в просрочку, воздержаться от исполнения до предоставления ему относительно надежного подтверждения полномочий в виде нотариально удостоверенной доверенности.

2.1. Применение к полномочиям из обстановки

Текст п. 2 ст. 312 ГК РФ говорит о возможности должника «усомниться» в полномочиях представителя кредитора, содержащихся в документе, совершенном в простой письменной форме. Однако

по принципу *a fortiori* должник вправе усомниться и в полномочиях представителя, не имеющих письменного воплощения, например, полномочиях, явствующих из обстановки. В то же время ВС РФ занимает по этому поводу противоположную позицию, но этот подход кажется крайне сомнительным (п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2.2. Приостановление исполнения

Установленное п. 2 ст. 312 ГК РФ право должника приостановить исполнение обязательства («не исполнять»), потребовав надежного подтверждения полномочий представителя в виде нотариальной доверенности, является по своей природе возражением должника. Его использование является правом должника. При использовании этого правомочия должник не находится в просрочке, даже если опасения относительно полномочий представителя оказались напрасными.

Отказ кредитора в ответ на запрос должника подтвердить полномочия путем предъявления нотариально удостоверенной доверенности следует рассматривать как просрочку кредитора (см. ст. 406 ГК РФ).

2.3. Запрет злоупотреблений

Следует рассматривать как недобросовестное поведение (ст. 10 ГК РФ) приостановление должником исполнения и запрос подтверждения полномочий в виде предоставления нотариальной доверенности в ситуации, когда те же полномочия данного лица (основанные на письменном документе или явствующие из обстановки) не вызывали у должника сомнений при исполнении такому представителю ранее, и после этого не возникли те или иные новые обстоятельства, которые могли бы заставить должника усомниться в полномочиях.

2.4. Подтверждение полномочий и общие правила распределения рисков исполнения ненадлежащему лицу

Предписания п. 2 ст. 312 ГК РФ направлены на защиту интересов должника. При этом данные установления не изменяют общих принципов распределения между сторонами риска исполнения ненадлежащему лицу (п. 1 ст. 312 ГК РФ).

Соответственно, если должнику, усомнившись в подлинности письменной доверенности, в ответ на его требование будет представлена поддельная нотариальная доверенность, риск исполнения ненадлежащему лицу на основании такой нотариальной доверенности будет лежать на должнике, если только не будет доказано, что обстоятельства данной подделки могут быть вменены в вину кредитору (см. выше комментарий к п. 1 настоящей статьи).

В связи с этим ценность правил п. 2 ст. 312 ГК РФ с точки зрения полноты предоставляемой интересам должника защиты до 1 января

2017 г. была не очень высока. Если некто вознамерился обмануть должника и украсть соответствующее имущество, являющееся предметом предоставления, ему не составит труда сфальсифицировать нотариальную доверенность. Положение должника стало несколько более прочным с 1 января 2017 г., когда вступила в силу новая редакция п. 1 ст. 34.4 Основ законодательства о нотариате, согласно которой любым третьим лицам посредством Интернета открыт доступ к реестру удостоверенных нотариусами доверенностей¹. Это позволяет должнику достаточно надежно определить подлинность той нотариальной доверенности, которую ему предъявляет лицо, объявляющее себя представителем кредитора.

2.5. Ограничение сферы применения

В силу прямого указания в п. 2 ст. 312 ГК РФ данные правила не подлежат применению в случаях, когда письменное уполномочие было представлено кредитором непосредственно должнику (п. 3 ст. 185 ГК РФ) или когда полномочия представителя кредитора содержатся в договоре между кредитором и должником (п. 4 ст. 185 ГК РФ). Законодатель, видимо, исходил из того, что, когда полномочия на приемку закреплены в договоре между должником и кредитором или когда должник получает письмо с указанием уполномоченного представителя непосредственно от кредитора, у должника не должно быть сомнений в наличии полномочий.

Правило настоящего пункта касается подтверждения *полномочий* и не должно применяться и к тем случаям, когда: а) закон или договор обязывают должника исполнять в адрес третьего лица, которое ему может указывать кредитор (например, когда договор предоставляет кредитору по денежному обязательству право указывать должнику адресатов для перевода денег или кредитору по обязательству поставить товар выставлять должнику отгрузочные разнарядки), или б) такие адресаты исполнения закреплены непосредственно в договоре, или в) кредитор предлагает должнику исполнить в адрес указанного третьего лица, и должник в ответ выражает готовность исполнить данную просьбу. В такой ситуации управомочивание, вытекающее из факта переадресовки, осуществляется в форме направления письма кредитора должнику или фиксации таких адресатов в соглашении сторон и аналогично имеющимся в комментируемом пункте исключениям из правила о праве должника требовать нотариального удостоверения доверенности. В то же время ничто не запрещает сторонам согласовать

¹ <https://www.reestr-dover.ru/>

в договоре, что письмо о переадресовке исполнения должно нотариально удостоверяться.

Но что, если от имени адресата исполнения, назначенного кредитором (например, в отгрузочной разрядке) принимать такое исполнение будет тот или иной представитель (например, сотрудник грузополучателя)? Можно ли в такой ситуации должнику требовать от физического лица, осуществляющего приемку, предъявления нотариально удостоверенных полномочий? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть положительным.

2.6. *Lex specialis*

Применение правил п. 2 ст. 312 ГК РФ может быть заблокировано специальным законом. В качестве такового могут восприниматься предписания ст. 9 Закона о национальной платежной системе, которые устанавливают особые правила распределения рисков исполнения ненадлежащему лицу при утрате клиентом электронного средства платежа или использовании его без согласия клиента (подробнее см. п. «г» комментария к ст. 856 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

2.7. *Диспозитивность*

Наконец, учитывая направленность содержащегося в п. 2 ст. 312 ГК РФ регулирования, следует признать диспозитивность соответствующих предписаний и возможность сторон своим соглашением исключить их применение.

Согласно п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 стороны вместо предусмотренной законом процедуры запроса нотариальной доверенности вправе в своем соглашении установить иной порядок подтверждения полномочий представителя кредитора, например, «установить, что при наличии сомнений должник обращается непосредственно к кредитору с требованием оперативно подтвердить полномочия его представителя в простой письменной форме, в том числе в форме электронного документа и иного сообщения, переданного по каналам связи (ст. 165.1, 185.1, 434 ГК РФ). В таком случае полномочия представителя кредитора подтверждаются в предусмотренном сторонами порядке».

Но ничто не препятствует сторонам вовсе исключить возможность запросить нотариальную доверенность, ограничив возможности должника затребованием обычной письменной доверенности.

¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019 (автор комментария к ст. 856 ГК РФ – С.В. Сарбау).

Дополнительная литература

Карапетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаш С.В. Исполнение обязательств. М., 2005. С. 194–234.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 363.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 363.

Статья 313. Исполнение обязательства третьим лицом

1. Кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если исполнение обязательства возложено должником на указанное третье лицо.

2. Если должник не возлагал исполнение обязательства на третье лицо, кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника таким третьим лицом, в следующих случаях:

1) должником допущена просрочка исполнения денежного обязательства;

2) такое третье лицо подвергается опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения взыскания на это имущество.

3. Кредитор не обязан принимать исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично.

4. В случаях, если в соответствии с настоящей статьей допускается исполнение обязательства третьим лицом, оно вправе исполнить обязательство также посредством внесения долга в депозит нотариуса или произвести зачет с соблюдением правил, установленных настоящим Кодексом для должника.

5. К третьему лицу, исполнившему обязательство должника, переходят права кредитора по обязательству в соответствии со статьей 387 настоящего Кодекса. Если права кредитора по обязательству перешли к третьему лицу в части, они не могут быть использованы им в ущерб кредитору,

в частности такие права не имеют преимуществ при их удовлетворении за счет обеспечивающего обязательства или при недостаточности у должника средств для удовлетворения требования в полном объеме.

6. Если третье лицо исполнило обязанность должника, не являющуюся денежной, оно несет перед кредитором установленную для данного обязательства ответственность за недостатки исполнения вместо должника.

Комментарий

1. Общие замечания

Исполнение обязательства третьим лицом урегулировано российскими (советскими) гражданскими кодификациями начиная с 1964 г. Европейские гражданские кодексы и международные акты унификации частного права также нередко содержат нормы, регулирующие отношения по исполнению обязательства третьим лицом (например, ст. III.—2:107 Модельных правил европейского частного права).

Исполнение обязательства должника третьим лицом в некотором смысле уточняет границы принципа относительности обязательственных отношений, в силу которого по общему правилу обязательство связывает только две стороны. Нередко из данного принципа выводится, что все иные субъекты являются для правовой связи сторон обязательства лицами посторонними и не вправе вторгаться в отношения кредитора и должника («приватность» обязательства). При исполнении обязательства третьим лицом у третьего лица не возникает долга перед кредитором, и обязательственной связи между ними не возникает, но при этом кредитору помимо его воли приходится иметь дело с третьим лицом, а не с должником. При исполнении же обязательства третьим лицом без возложения на основании п. 2 ст. 313 ГК РФ вторжению подвергается также и позиция должника. Согласно одному из принципов гражданского права (п. 1 ст. 1 ГК РФ) не допускается произвольное вмешательство кого-либо в частные дела. Но согласно ст. 313 ГК РФ в качестве исключения вмешательство третьего лица в обязательственное правоотношение в форме исполнения обязательства за должника при соблюдении определенных условий допускается.

Когда такое исполнение совершается при согласии как должника, так и кредитора, сомнений в законности исполнения обязательства третьим лицом в принципе, как правило, не возникает.

Там, где исполнение обязательства третьим лицом происходит по воле должника и третьего лица (на основании возложения), но при отсутствии согласия кредитора, закон по общему правилу обязывает кредитора принять такое исполнение, если только обязательство не но-

сит личный характер (п. 3 ст. 313 ГК РФ). Правопорядок устанавливает данное правило ввиду того, что во многих случаях исполнение обязательства третьим лицом не затрагивает законных интересов кредитора, в том числе потому, что ответственность за надлежащее исполнение обязательства третьим лицом, на которое возложено исполнение, продолжает нести должник (ст. 403 ГК РФ). Наиболее характерно это для исполнения денежных обязательств, и особенно в порядке безналичного платежа: здесь от кредитора требуется лишь соотнести поступивший от третьего лица платеж с долгом определенного лица.

Когда между кредитором и третьим лицом достигается договоренность о погашении долга должника третьим лицом, обычно это оформляется в форме соглашения а) об уступке кредитором третьему лицу требования к должнику с оговоркой (о том, что переход требования привязан к внесению цессионарием цены уступаемого права, равной номиналу долга должника), которая по общему правилу допускается без согласия должника, если обязательство не связано с личностью кредитора и из закона или договора не следует либо запрет на уступку, либо необходимость получения согласия должника (ст. 383, 388 ГК РФ), либо б) о привативной или кумулятивной интерцессии (переводе долга по соглашению кредитора и нового должника) с последующим погашением третьим лицом долга на основании правил ст. 391 ГК РФ. Места для применения в таких случаях правил ст. 313 ГК РФ не находится. В обоих случаях третье лицо с формальной точки зрения погашает не долг должника, а свой собственный долг — по уплате цены приобретаемого права или долга, который на третье лицо был переведен.

Наконец, остается последняя опция: интервенция третьего лица при отсутствии возложения со стороны должника и согласия кредитора с целью обеспечить суброгацию и принудительный перехват принадлежащего кредитору права требования. Здесь третье лицо производит исполнение по собственному побуждению (*proprio motu*). Как будет далее показано, п. 2 ст. 313 ГК РФ в ряде случаев в такой ситуации допускает исполнение третьего лица и обременение кредитора обязанностью принять такое самочинное исполнение третьего лица, если, конечно, обязательство не носит строго личный характер (п. 3 ст. 313 ГК РФ).

Для гражданского оборота вообще исполнение обязательства третьим лицом представляет большое удобство, позволяя экономить на издержках и снижать соответствующие риски. Это подтверждается широким распространением на практике случаев исполнения обязательств третьими лицами.

Теоретически исполнение обязательства третьим лицом должно быть подвергнуто такому правовому регулированию, чтобы интересы всех трех лиц соблюдались и адекватно балансировались. Интерес кредитора заключается в получении надлежащего исполнения, следовательно, за исключением обязательств, в которых личность должника имеет существенное значение, исполнение обязательства третьим лицом не противоречит интересам кредитора, учитывая, что ответственность за текущую просрочку или ненадлежащее исполнение продолжает нести должник. В отдельных случаях эта презумпция опровергается даже при отсутствии у обязательства личного характера, и интерес кредитора страдает, и тогда суды используют доктрину злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ). Поскольку третье лицо, исполняя обязательство должника, действует по своей воле, оно само способно соотносить свое поведение со своим интересом. При наличии возложения интерес должника также соблюдается, поскольку он договаривается с третьим лицом по своей свободной воле. Если возложения не было, то интерес должника может быть нарушен. И здесь опять же возникает потребность в установлении правил, способных предотвратить злоупотребления (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье).

1.1. Возложение исполнения и перевод долга или иные конструкции, порождающие обязательственную связь между третьим лицом и кредитором

Возложение исполнения на третье лицо не влечет привативного или кумулятивного перевода долга на него (п. 12 Информационного письма ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). При возложении исполнения обязательства на третье лицо для кредитора не меняется должник, и, кроме того, третье лицо не становится дополнительным солидарным должником. У кредитора нет права на иск к третьему лицу, даже если достоверно доказано, что должник возложил на это третье лицо исполнение. Этот вывод не колеблется и тогда, когда в силу договора между должником и третьим лицом последнее обязано исполнять свое обязательство перед должником путем учинения предоставления кредитору (например, на основе отгрузочной разнарядки). Тут в полной мере действует принцип относительности обязательственных отношений (п. 3 ст. 308 ГК РФ).

Для того чтобы кредитор получил право на иск к третьему лицу, необходимо, чтобы налицо было соглашение о привативном или кумулятивном переводе долга, которое заключено с участием кредитора или с его согласия (ст. 391 ГК РФ).

Не следует смешивать возложение исполнения на третье лицо и конструкцию договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ).

В рамках такой конструкции кредитор вправе требовать исполнения от лица, принявшего на себя по договору, в котором кредитор изначально не участвовал, обязательство в пользу такого кредитора. Правоотношения, возникающие из договора в пользу третьего лица (например, страхование в пользу третьего лица), вопреки ошибочной позиции, однажды высказанной ВС РФ (Определение СКГД ВС РФ от 6 мая 2014 г. № 18-КГ14-21), недопустимо смешивать с правоотношениями, которые регулируются ст. 313 ГК РФ.

1.2. Значение возложения

Согласно общему правилу, отраженному в п. 1 комментируемой статьи, кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом, на которое должник *возложил* исполнение, если обязательство не носит строго личный характер. Возложение должником исполнения обязательства на третье лицо не охватывается правоотношением по исполнению обязательства должника перед кредитором, выходя за его рамки. Такое возложение представляет собой правоотношение между должником и третьим лицом, в котором кредитор обычно не участвует.

Получается, что обязанность кредитора принять исполнение зависит от наличия юридического факта (возложение), о наступлении которого ему зачастую ничего не известно. Исполнить такую кредиторскую обязанность невозможно, особенно тогда, когда в силу характера исполнения действия по его принятию совершает иное лицо (например, банк кредитора при зачислении безналичного перевода на счет кредитора). Выходит, что либо кредитор обязывается законом к невозможному, либо он должен каждый раз, получив платеж от третьего лица за должника, запрашивать у должника подтверждение возложения и при отказе должника возвращать деньги третьему лицу.

Судебная практика решает эту проблему в отношении денежных обязательств: кредитор по денежному обязательству не обязан проверять наличие возложения, на основании которого третье лицо исполняет обязательство за должника, и вправе принять исполнение даже при отсутствии такого возложения (п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Если платеж осуществляется после начала просрочки, кредитор уже *обязан* принять его, так как п. 2 ст. 313 ГК РФ в этой ситуации возлагает на него такую обязанность независимо от того, имелось ли возложение. Если платеж осуществляется после начала течения срока для исполнения, выраженного в виде периода времени, но до начала просрочки либо до наступления срока платежа при наличии у должника права на досрочное погашение долга, кредитор *вправе* принять такой платеж в счет погашения долга должника

независимо от того, было ли возложение. Если возложения не было, истребовать у кредитора осуществленный третьим лицом без возложения за должника платеж, принятый кредитором в счет погашения долга должника, третье лицо не сможет. Впрочем, во всех указанных выше случаях могут быть исключения, обусловленные применением запрета на злоупотребление правом (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье).

Более сложный вопрос касается неденежного обязательства. Нормально ли то, что третье лицо предложит кредитору принять неденежное исполнение, а кредитор даже не попытается выяснить, действует ли третье лицо по поручению должника, примет такое исполнение в счет долга и тем самым освободит должника, которого, возможно, третье лицо не просило о такой помощи, от его долга? Этот вопрос рассматривается в п. 2 комментария к настоящей статье.

1.3. Кауза принятия возложения

В сценарии возложения речь идет об адресованных должником третьему лицу просьбе или требовании исполнить обязательство за себя, но тот факт, что третье лицо эту просьбу или требование исполняет, объясняется наличием или возникновением между должником и третьим лицом некоего правоотношения. У исполнения, осуществляемого третьим лицом за должника в пользу кредитора, перед которым третье лицо не обязано, должно быть то или иное правовое основание, определяющее цель (каузу) такого исполнения.

Тип отношений, в рамках которых проявляет себя возложение исполнения обязательства, является принципиальным для правильной квалификации отношений между должником и третьим лицом, в том числе после осуществления исполнения третьим лицом. Далее приведем в качестве иллюстраций несколько типичных вариантов отношений по возложению, объясняющих цель исполнения третьим лицом обязательств должника.

1.3.1. Переадресация исполнения ранее существовавшего обязательства

Чаще всего в основе отношений по возложению исполнения лежит наличие у третьего лица обязательства перед должником, за счет исполнения которого в пользу кредитора (минуя самого должника) погашается и долг третьего лица перед должником, и долг должника перед кредитором. Римские юристы в таких ситуациях говорили о делегации исполнения (*delegatio dandi (solvendi)*). Делегант (должник) поручал делегату (своему дебитору) осуществить погашение долга делегата путем осуществления платежа делегатарию (кредитору должника), и такой платеж при его фактическом осуществлении погашал как долг

делегата перед делегантом, так и долг последнего перед делегатарием. Современные российские юристы обычно используют в этом контексте понятие «переадресация исполнения».

Подобная переадресация, как правило, происходит в тех случаях, когда долг третьего лица перед должником однороден долгу должника перед кредитором. Хозяйственная потребность в этом очевидна: должник вместо того, чтобы получать предоставление по обязательству от своего собственного дебитора (третьего лица) и затем передавать его своему кредитору, организует передачу предоставления напрямую – от третьего лица к своему кредитору. Здесь одним действием третьего лица погашается его долг перед должником и долг последнего перед кредитором. Таким образом происходит экономия трансакционных издержек, а также уменьшаются риски, сокращается время на исполнение.

Обязательство третьего лица перед должником может вытекать из неосновательного обогащения, деликта, корпоративных оснований (например, выплата действительной стоимости доли) и т.п., но все же на практике чаще всего у третьего лица перед должником имеется договорное обязательство. Например, покупатель (третье лицо) имеет долг перед продавцом по договору купли-продажи, а продавец (должник) имеет задолженность по кредиту перед банком (кредитором): платеж покупателя непосредственно банку на основании возложения исполнения будет погашать долг покупателя перед продавцом и долг продавца перед банком.

Если должник просит третье лицо осуществить предоставление в адрес своего кредитора в счет погашения долга третьего лица перед должником и одновременно долга должника перед кредитором, и при этом долг третьего лица перед должником имеет иной предмет, чем долг должника перед кредитором, и третье лицо на это соглашается, то в ряде случаев можно будет говорить о новации (например, если исходное обязательство третьего лица меняется на обязательство осуществить предоставление с принципиально иным предметом в адрес кредитора должника) либо о заключении соглашения об отступном (если исходное обязательство третьего лица будет считаться погашенным только при осуществлении соответствующего предоставления в адрес кредитора должника). Все зависит от толкования волеизъявлений сторон.

1.3.2. Дарение

Возложение исполнения обязательства на третье лицо может являться частью программы консенсуального или реального договора дарения, по которому дарителем является третье лицо (в терминологии

комментируемой статьи), а одаряемым — должник (п. 4 ст. 576 ГК РФ). Например, некий благотворительный фонд просит предпринимателя погасить в качестве дара долг фонда по арендной плате перед арендодателем, и предприниматель соглашается такой дар предоставить. Другой пример: нередко родители погашают долги своих детей с целью одарить последних.

В подобных случаях зачастую никакого письменного договора до самого возложения нет, а имеются лишь устные договоренности, которые и реализуются в форме соответствующей адресованной третьему лицу просьбы должника предоставить дар путем погашения долга должника перед кредитором (оферта) и осуществления фактического предоставления в пользу кредитора третьим лицом (акцепт). При этом важно отметить, что дарственная кауза возложения требует соблюдения формы договора. Например, в соответствии с п. 2 ст. 574 ГК РФ дарение юридического лица при стоимости дара свыше 3 тыс. руб. под страхом ничтожности должно оформляться в письменной форме, что не всегда соблюдается на практике (Определение СКГД ВС РФ от 9 апреля 2019 г. № 49-КГ18-69). Соответственно, для такого дарственного возложения в подобном случае должна быть как минимум переписка между должником и третьим лицом, содержащая договоренность о такой модели дарения, либо письменная просьба должника осуществить такое предоставление на безвозмездной основе, адресованная третьему лицу, и конклюдентный акцепт со стороны третьего лица в виде учинения исполнения кредитором должника. В последнем случае письменная форма согласно ГК РФ будет считаться соблюденной (ст. 434, 438 ГК РФ).

Также могут встречаться случаи, когда возложение проявляется не в форме заключения договора дарения, а в форме безвозмездного погашения долгов должника перед кредитором без цели одарить. Например, если в ситуации погашения долга дочернего общества материнской компанией из обстоятельств дела следует, что такая «помощь» со стороны материнской компании носила безвозвратный характер, вряд ли разумно говорить о наличии у материнской компании цели одарить дочернее общество (*animus donandi*), так как освобождение дочернего общества от долга перед кредитором приносит материнской компании выгоду в виде роста чистых активов дочернего общества. Соответственно, здесь нет договора дарения, но есть непоименованный безвозмездный договор внутри холдинга. Это может иметь важное практическое значение, так как в ином случае мы могли бы столкнуться с применением запрета на дарение между коммерческими организациями (ст. 575 ГК РФ).

1.3.3. Заем

Возложение исполнения может быть частью реального или консенсуального договора займа или кредита, если должник (заемщик) просит третье лицо (займодавец, банк) предоставить ему заем (кредит) на оговоренных условиях, передав сумму займа непосредственно кредитору заемщика в погашение долга заемщика перед ним (п. 5 ст. 807 ГК РФ). Тем самым обязательство должника перед кредитором прекращается исполнением, а с третьим лицом у должника возникают отношения из договора займа или кредита (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 14 сентября 2004 г. № 7446/04).

Например, дочернее общество может попросить материнскую компанию именно на заемной основе погасить его долги перед определенным кредитором; если материнская компания погашает такой долг, стороны пришли к соглашению о предоставлении займа и далее у дочернего общества возникает долг по возврату займа.

То же происходит, по сути, и в ситуации, когда гражданин расплачивается за приобретаемый товар или услуги кредитной картой: кредитные денежные средства на основании оформленного при помощи электронного средства платежа (кредитной карты) волеизъявления обладателя карты перечисляются банком напрямую продавцу или исполнителю в счет погашения долга заемщика перед ними, формируя тем самым долг заемщика по возврату кредита банку.

1.3.4. Договор о платеже с целью обеспечить суброгацию

Следует выделить особенный случай исполнения обязательства третьим лицом, основанием которого служит договор *sui generis*. Предметом этого договора является возложение исполнения на третье лицо в расчете последнего на суброгацию денежного требования (Определение СКЭС ВС РФ от 24 октября 2018 г. № 305-ЭС18-10166). В таком случае интерес третьего лица заключается в получении по суброгации требования к должнику, за счет которого оно и возместит свои издержки, связанные с исполнением долга должника. Иногда содержание такого соглашения сводится к изложению нормы п. 5 ст. 313 ГК РФ, устанавливающей суброгацию в качестве последствия исполнения обязательства третьим лицом, и более ничего не предусматривает (Определение СКЭС ВС РФ от 22 апреля 2021 г. № 305-ЭС20-13952 (2)).

Третье лицо готово произвести такое исполнение, не желая тем самым погасить некий свой имеющийся долг перед должником, не получая непосредственного встречного предоставления от должника в обмен на учиненное в адрес кредитора исполнение, не осуществляя дар и не предоставляя должнику процентный или беспроцентный заем, но получая от кредитора право требования к должнику.

Этот договор необходим третьему лицу для того, чтобы встречным удовлетворением за осуществленное третьим лицом предоставление оказался переход к нему требования кредитора к должнику, а также соответствующих обеспечительных прав. По сути, цель соглашения — структурировать сингулярное преемство в обязательственном праве без необходимости договариваться об этом с кредитором.

Например, если у заемщика есть обязательство вернуть заем (кредит), предусматривающее право на досрочный возврат займа, заемщик не впадал в просрочку и хочет перекредитоваться, найдя более дешевое долговое финансирование, он, конечно, может договориться с новым займодавцем, что тот предоставит заемщику заем (кредит) по более низкой процентной ставке, перечислив соответствующую сумму напрямую исходному займодавцу (банку). В итоге старый заемный долг по более высокой ставке перед первым банком будет конвертирован в новый заемный долг с более низкой ставкой перед другим займодавцем. Но в этой ситуации первый долг будет считаться прекращенным, а новый договорный долг — возникшим. Это может не устраивать нового займодавца, так как прекратятся поручительства и залоги, обеспечивавшие прежний долг заемщика. Не факт, что поручитель согласится продублировать свое поручительство по новому долгу. Кроме того, при переоформлении залога теперь уже в обеспечение нового долга может быть утеряно старшинство залога: если предмет залога был обременен последующим залогом, при таком переоформлении старший залог первого банка прекратится, тот залог, который был младшим, вырастет в ранге, а у нового займодавца залог станет последующим и младшим. Дабы предотвратить такое развитие событий, новый кредитор может договориться с прежним об уступке требования, но это не всегда возможно (например, если исходный банк не желает терять право требования к платежеспособному заемщику, приносящее высокий процент). В такого рода случаях и возможна договоренность заемщика, имеющего право на досрочное исполнение, и нового займодавца о погашении долга заемщика с суброгацией. Это сопровождается поставленным под отлагательное условие суброгации соглашением с предполагаемым новым займодавцем о понижении процентной ставки: когда требование банка перейдет к новому кредитору в порядке суброгации, процентная ставка автоматически понизится.

Правовым основанием для реализации такой договоренности является п. 5 ст. 313 ГК РФ, который говорит о суброгации в качестве подразумеваемого по общему правилу последствия исполнения третьим лицом, в сочетании с разъяснением ВС РФ о том, что суброгационная модель действует, если иное не следует из отношений между должни-

ком и третьим лицом (подробнее см. п. 5 комментария к настоящей статье). В описанном примере «иное» не только не следует, но и прямо отвергнуто сторонами, которые подтверждают свое желание воспользоваться суброгационной моделью, указанной в законе по умолчанию.

1.3.5. Определение каузы принятия возложения

Безусловно, вышеуказанный перечень возможных вариантов каузы принятия возложения незакрытый.

Нередко реконструкция сущности отношений возложения может вызывать в суде серьезные споры, если стороны четко не оформили суть договоренности. При этом вопрос о каузе принятия возложения может приобрести серьезное практическое значение не только для определения последствий исполнения в отношениях между должником и третьим лицом, но и для оспаривания действий по исполнению в банкротстве (в качестве примера см. Определение СКЭС ВС РФ от 25 мая 2017 г. № 306-ЭС16-19749).

1.4. Оформление возложения

Существуют три основных варианта оформления возложения.

Первый: согласование в договоре, ранее заключенном между должником и третьим лицом и являющемся основанием для обязательства третьего лица перед должником, того, что третье лицо обязано осуществить предоставление в адрес кредитора должника, а не самого должника как своего контрагента. В таком случае третье лицо обязано осуществлять предоставление в адрес указанного в договоре лица. При этом важно путем толкования произвести дифференциальную квалификацию заключенного договора такого рода, отличив его от договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ).

Второй: согласно программе обязательства, связывающего третье лицо и должника, третье лицо может быть обязано выполнить инструкцию должника касательно указания адресатов исполнения. Так, например, договор поставки нередко содержит условие о поставке товара по отгрузочной разнарядке получателям, указанным покупателем в такой разнарядке (ст. 509 ГК РФ). Третье лицо в такой ситуации обязано осуществить исполнение в адрес указанного в отгрузочной разнарядке лица под страхом оказаться нарушителем своего обязательства перед должником (покупателем).

Третий вариант: если ранее заключенного между должником и третьим лицом договора, обязывающего третье лицо учинить исполнение в адрес определенного в договоре или указанного должником лица, нет, то возложение может происходить в форме сообщения, направляемого должником третьему лицу, с просьбой об исполнении имеющегося у третьего лица перед должником обязательства в адрес кредитора

должника (просьба о переадресации). В такой ситуации третье лицо свободно как удовлетворить эту просьбу и исполнить свое обязательство в адрес того, кого указал должник, так и проигнорировать ее и произвести исполнение непосредственно должнику (своему кредитору). Принуждение третьего лица к исполнению в пользу некоего постороннего лица вместо кредитора помимо воли третьего лица по общему правилу не допускается, поскольку противоречит принципу автономии воли (п. 2 ст. 1 ГК РФ) и запрету на одностороннее изменение условий обязательства (п. 1 ст. 310 ГК РФ).

Какова природа возложения в ситуации, когда третье лицо, получившее просьбу должника погасить обязательство путем учинения исполнения в адрес кредитора должника, не было обязано к исполнению такой просьбы в силу программы связывающего его обязательства? Есть два возможных подхода к догматическому объяснению такой просьбы.

Согласно первому подходу адресованное третьему лицу письмо должника с просьбой об исполнении в адрес своего кредитора рассматривается как односторонняя управомочивающая сделка, дающая третьему лицу правовую возможность исполнить в адрес указанного должником лица и признающая такой платеж надлежащим исполнением обязательства третьего лица перед должником. По сути, мы рассматриваем такое волеизъявление в качестве указания на управомоченное на принятие исполнения лицо.

Согласно второму подходу сообщение должника с предложением осуществить предоставление в адрес своего кредитора рассматривается как оферта на заключение соглашения об изменении порядка исполнения обязательства третьего лица. Такая оферта может быть принята либо прямым согласием третьего лица платить согласно такому предложению, либо конклюдентно — путем учинения фактического исполнения в адрес указанного кредитора должника.

Главное отличие второго подхода от первого состоит в том, что а) после согласия третьего лица исполнять обязательство за должника в форме прямого волеизъявления или начала его исполнения третье лицо уже не сможет передумать и подорвать разумные ожидания должника, вернувшись к осуществлению предоставления в адрес должника, б) само предложение о переадресации теряет силу после истечения разумного срока, отводимого по умолчанию законом для акцепта (п. 1 ст. 441 ГК РФ), и исполнение третьим лицом в адрес кредитора должника после истечения такого срока не будет считаться надлежащим, в) заключаемое в случае согласия третьего лица соглашение об изменении порядка исполнения должно соответствовать требованию

к форме изменяемого договора (п. 1 ст. 452 ГК РФ), а также проходить государственную регистрацию, если меняется зарегистрированный договор (п. 2 ст. 164 ГК РФ).

Вопрос о выборе между этими двумя интерпретациями окончательно не решен (подробнее данная проблема разбирается в комментарии к ст. 312 ГК РФ).

При этом, судя по всему, при любой интерпретации возможен отзыв должником предложения о переадресации как до, так и после выражения согласия лицом, на которое исполнение возлагалось. Если третье лицо успело заплатить, в том числе частями, до заявления должником об отзыве такой просьбы, а долг должника перед кредитором оказался ранее погашенным или прекратился иным образом, то кредитор получает неосновательное обогащение, но при этом долг третьего лица перед должником должен считаться погашенным, так как третье лицо не должно зависеть от динамики обязательственных отношений между должником и кредитором. Иск о возврате неосновательного обогащения к кредитору будет заявлять не исполнившее третье лицо, а должник, обогащение кредитора происходит за счет должника, чье требование к третьему лицу было погашено за счет платежа третьего лица (Определение СКЭС ВС РФ от 22 декабря 2020 г. № 305-ЭС20-14878).

Но если третье лицо произведет исполнение уже после получения заявления об отмене такого поручения, такой платеж не будет погашать долг третьего лица перед должником. Если при этом требование кредитора еще существовало к этому моменту, а отзыв возложения был предопределен иными мотивами, не связанными с прекращением долга должника перед кредитором, то налицо платеж третьего лица без возложения с последствиями, которые закон связывает с такой интервенцией — суброгацией требования кредитора к уплатившему интервенту (п. 5 ст. 313 ГК РФ). Далее может быть заявлен зачет. Если же долг должника перед кредитором был прекращен к моменту получения исполнения от третьего лица, налицо неосновательное обогащение кредитора за счет третьего лица и возможно удовлетворение кондикционного иска третьего лица к кредитору.

1.5. Исполнение обязательства третьим лицом и привлечение третьих лиц к деятельности, влекущей исполнение

Стоит также обратить внимание на сложный вопрос отграничения возложения исполнения на третье лицо от привлечения третьих лиц к процессу исполнения.

Например, когда поставщик оборудования, обязанный доставить груз до склада покупателя, заключает договор с перевозчиком, чтобы

тот доставил груз в пункт назначения, страхует его в пути, использует услуги экспедитора, таможенного брокера, оплачивает услуги по перевалке груза в порту и т.п., он привлекает третьих лиц к осуществлению действий, направленных в итоге на то, чтобы его обязательство доставить груз на склад покупателя было исполнено. Но вряд ли здесь можно говорить о возложении исполнения по смыслу ст. 313 ГК РФ.

Другое дело если третье лицо не просто помогает должнику сделать то, что он обязан был сделать в силу обязательства, а осуществляет за должника предоставление напрямую кредитору. Так, если в нашем примере поставщик попросит производителя отгрузить товар напрямую указанному покупателю своими силами, налицо возложение исполнения.

Если банк дал покупателю кредит на финансирование покупки оборудования, и далее покупатель сам перевел эти средства продавцу, нельзя сказать, что покупатель возложил на банк исполнение своего денежного обязательства, банк просто посодействовал ему в исполнении. Но если покупатель попросил банк перевести сумму кредита напрямую на счет продавца, то налицо возложение.

Возможный критерий разграничения здесь — это, видимо, непосредственный контакт третьего лица и кредитора при осуществлении третьим лицом запрошенного должником предоставления. Если третье лицо по поручению должника осуществляет предоставление напрямую кредитору, налицо возложение. Если адресатом предоставления третьего лица оказывается должник, который далее использует полученное при осуществлении своего предоставления кредитору, то мы имеем дело просто с использованием ресурсов или труда третьих лиц. Иначе получится, что любой внешний помощник или сотрудник юридического лица — должника, задействованный в процессе исполнения обязательства, окажется третьим лицом по смыслу ст. 313 ГК РФ. В частности, например, компания *Microsoft* окажется таким третьим лицом при исполнении автором своего обязательства перед издательством написать книгу, если автором будет использован *Word* при ее написании. Это абсурд.

Но на практике могут возникать крайне непростые случаи дифференциальной квалификации, когда все-таки непосредственный контакт третьего лица и кредитора присутствует, и некоторые сомнения в квалификации отношений в качестве подпадающих под правила ст. 313 ГК РФ остаются. Например, когда вуз привлекает преподавателя к чтению лекции — это возложение исполнения обязательства вуза перед обучающимися на третье лицо или использование труда третьих лиц в процессе осуществления исполнения?

Когда генподрядчик привлекает ряд субподрядчиков для выполнения соответствующих объемов строительных работ на участке заказчика (обычно генподрядчик сам ничего не строит и вообще в штате рабочих не имеет) — это возложение исполнения или использование труда и ресурсов третьих лиц при исполнении своего обязательства? Да, оформлять сдачу-приемку в отношениях с заказчиком будет генподрядчик, но это лишь бумаги и формальности, фактически же на земле заказчика работать будут субподрядчики, именно они будут возводить на его земле здание или ремонтировать офисное помещение, и именно их поведение будет непосредственно удовлетворять соответствующую потребность заказчика.

Подобные вопросы не возникают в контексте денежных обязательств, мы легко различаем случай выдачи кредита покупателю и перевода покупателем этих денег продавцу (не возложение), с одной стороны, и случай прямого перевода банком суммы кредита на счет продавца (возложение), с другой стороны. Но, как только мы берем в фокус внимания неденежные обязательства, ситуация становится куда сложнее.

Данный вопрос не имел бы особого практического значения, если бы в законе не было особого регулирования ситуаций с возложением исполнения. Например, в соответствии с п. 7 ст. 448 ГК РФ договор, заключенный по итогам обязательных в силу закона торгов, должен исполняться победителем торгов только лично. Последняя фраза в системном единстве с п. 3 ст. 313 ГК РФ, который указывает на требование личного исполнения как на исключение из правила о допустимости исполнения третьим лицом, толкуется обычно как запрет на возложение. Если считать, что привлечение образовательной организацией, выигравшей конкурс на обучение юристов некоего госучреждения, внешних преподавателей для чтения лекций — это возложение исполнения на третье лицо, то налицо нарушение запрета из п. 7 ст. 448 ГК РФ. Если же считать, что, несмотря на непосредственный контакт заказчика и привлеченного преподавателя, речь здесь не идет о возложении исполнения на третье лицо, то нарушения правила п. 7 ст. 448 ГК РФ нет.

В общем и целом вопрос не самый простой и требует дополнительного изучения.

1.6. Возложение исполнения обязательства по передаче индивидуально-определенного имущества в собственность

Представим, что обязательство должника состоит в передаче конкретной вещи в собственность кредитора, однако вещь принадлежит третьему лицу, и должник договаривается с третьим лицом о выкупе

у него данного имущества, но просит передать вещь напрямую своему кредитору. Сам должник в такой типичной ситуации перепродажи вещи в ее фактической передаче участия не принимает (может даже в глаза ее не видеть) и просто выступает в качестве транзитного звена при переводе денег, оставляя себе соответствующую маржу в виде разницы между ценами двух сделок.

Зададимся вопросом: будет ли здесь обнаруживаться возложение должником своего обязательства передать вещь кредитору и наделить его правом собственности на обещанную вещь на третье лицо?

Если иное не следует из договора, видимо, надо исходить из того, что интерес конечного покупателя индивидуально-определенной вещи не затрагивается тем обстоятельством, что вещь находится не у продавца, а у третьего лица и принадлежит ему на праве собственности, а далее будет передана третьим лицом напрямую покупателю, минуя владение посредника. Сама по себе эта модель не меняет отношений по договору купли-продажи. Перед нами случай возложения исполнения обязательства на третье лицо. Договоренность должника с третьим лицом в их отношениях по купле-продаже характеризуется такой особенностью, что обязательство третьего лица считается исполненным, когда вещь будет передана кредитору должника. Из договора следует, что право собственности по первому в цепочке договору переходит путем физической передачи вещи не непосредственному покупателю, а конечному приобретателю в цепочке контрактов.

Но в этом случае возникает вопрос о динамике права собственности. Какова здесь модель преемства в праве собственности? Проходит ли право собственности на вещь через имущественную массу такого посредника, либо право собственности переходит к покупателю напрямую от третьего лица?

Иногда данный вопрос может иметь важное значение. Например, представим, что посредник заключил с неким залогодержателем договор залога в отношении будущих своих вещей. Если исходить из того, что право собственности на логическую секунду оказывается принадлежащим посреднику, вещь за эту секунду успевает «подхватить» залоговое обременение, и далее она переходит в собственность к конечному приобретателю обремененной залогом вещи. Покупатель не сможет сослаться на прекращение залога в силу добросовестного приобретения, если знал о том, что движимость посредника заложена по договору залога будущих вещей. Если же исходить из того, что право собственности переходит к конечному покупателю минуя имущественную массу посредника, залог не «подхватывается». Различия двух моделей могут проявиться и при банкротстве промежуточного звена.

Вопрос о динамике вещных прав в подобных ситуациях спорный и требует дополнительного анализа.

1.7. Риск исполнения обязательства ненадлежащему лицу

Всякое обязательство должно исполняться надлежащему лицу, а должник по общему правилу несет риск исполнения ненадлежащему лицу (ст. 312 ГК РФ). В связи с возложением исполнения обязательства на третье лицо могут возникать вопросы о том, кто несет риск исполнения ненадлежащему лицу, и какие последствия влечет реализация такого риска.

Следует разграничивать два случая. В первом риск лежит на должнике, во втором – на третьем лице. Эта дифференциация производится на основании установления того, чья ошибка привела к исполнению обязательства ненадлежащему лицу. Если при возложении исполнения на третье лицо должник ошибочно определяет релевантные характеристики фигуры своего кредитора, а третье лицо, следуя указаниям должника, производит исполнение указанному должником субъекту, который в действительности кредитором должника не является, названный риск реализовался в силу упущений должника. Действия третьего лица в таком случае не являются упречными. Следовательно, если имела место переадресация исполнения, обязательство третьего лица перед должником считается прекращенным надлежащим исполнением. Если каузой принятия возложения являлся заем, сумма займа считается переданной должнику (п. 5 ст. 807 ГК РФ). Должник вправе предъявить иск (в большинстве случаев кондикционный) к тому, кто фактически без правовых оснований получил предоставление.

Если ошибка в адресате исполнения допускается не должником, а третьим лицом, то риск ложится на него, поскольку по договору с должником оно не произвело надлежащего исполнения. Следовательно, если имела место переадресация исполнения и при учинении третьим лицом предоставления в адрес лица, которое на самом деле кредитором должника не было, ошибку допустило само третье лицо, обязательство третьего лица перед должником не прекращается. Если имел место реальный договор займа, то он не может считаться заключенным, а консенсуальный договор – исполненным со стороны займодавца. В том случае, когда каузой возложения было дарение, дар не может считаться предоставленным одаряемому. Во всех этих трех случаях третье лицо может заявить соответствующий иск (в большинстве случаев кондикционный) к адресату его ошибочного исполнения.

Во всех указанных ситуациях права настоящего кредитора ошибкой в субъекте исполнения не затрагиваются, и он по-прежнему оста-

ется управомоченным лицом в обязательстве. Должник продолжает оставаться обязанным перед ним, если только неуправомоченное лицо не передало настоящему кредитору полученное от третьего лица. Исключения могут составлять случаи, когда ошибка при передаче произошла по обстоятельствам, находящимся в сфере контроля кредитора (подробнее см. комментарий к ст. 312 ГК РФ).

1.8. Последствия недействительности или расторжения договора между должником и третьим лицом, на который опирается возложение

Нередко случается, что договор между должником и третьим лицом, создающий правовую основу для возложения, признается недействительным, оказывается ничтожным или расторгается после того, как третье лицо осуществляет предоставление в адрес кредитора за должника. В результате между сторонами такого договора возникают обязательства по возврату полученного. Кто будет сторонами такого обязательства?

Например, представим, что застройщик возложил исполнение своего обязательства по оплате выполненных подрядчиком работ на третье лицо, которое должно было застройщику необходимую денежную сумму в качестве оплаты за проданную застройщиком третьему лицу квартиру. Третье лицо производит перевод денежной суммы напрямую на счет подрядчика, погашая тем самым свой долг перед застройщиком и долг застройщика перед подрядчиком. Но далее третье лицо обнаруживает в купленной недвижимости существенный дефект и правомерно реализует право на отказ от договора купли-продажи. В этом случае третье лицо как покупатель должно вернуть продавцу дефектную квартиру. Но к кому третье лицо будет адресовать свое требование о возврате уплаченной цены с учетом того, что сам перевод был осуществлен не продавцу, а его кредитору на основе возложения? Ответ достаточно очевиден: такое требование будет адресоваться только продавцу. Взыскать назад уплаченное с подрядчика как адресата перевода покупатель не сможет.

Но что, если в описанном выше примере договор купли-продажи недвижимости признается недействительным (например, по банкротным или корпоративным основаниям)? Выясняется, что у третьего лица никогда не было долга перед застройщиком по оплате недвижимости, в счет которого оно осуществило прямой перевод подрядчику как кредитору застройщика. Очевидно, что и в данном случае иск о реституции учиненного денежного платежа третье лицо должно адресовать застройщику, чей долг был погашен, и ни в коем случае не к подрядчику. Последнего отношения должника и третьего лица не затрагивают. Если кредитор принимает от третьего лица платеж

и считает долг должника погашенным, но далее выясняется, что договоренность о возложении между должником и третьим лицом недействительна, третье лицо не может противопоставить отсутствие возложения кредитор и потребовать от него вернуть полученное, так как даже при отсутствии возложения кредитор обязан принять платеж по просроченному денежному долгу, а в ситуации, когда долг еще не просрочен, но уже созрел для исполнения, кредитор не обязан, но вправе принять платеж от третьего лица (если только в таком поведении нет признаков злоупотребления правом) (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье). Поэтому кондикционное или реституционное притязание третьего лица к кредитору, как правило, не имеет правового основания.

Этот подход подтверждается судебной практикой, которая исходит из того, что признание судом недействительным договора, послужившего основанием для возложения на третье лицо исполнения обязательства должника, не может повлиять на права кредитора, принявшего исполнение, и не влечет признания такого исполнения обязательства ненадлежащим. Однако это не лишает сторону недействительной сделки, осуществившую на ее основании платеж кредитору другой стороны сделки по поручению последней, права предъявить иск о возмещении уплаченного или денежного эквивалента осуществленного неденежного предоставления (ст. 167 ГК РФ) к стороне, за которую третье лицо исполнило обязательство (п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Такой же подход применяется и при расторжении договора (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49).

1.9. Последствия недействительности или расторжения договора, исполнение обязательств по которому было возложено на третье лицо

Если расторгается, признается недействительным или оказывается ничтожным договор, из которого проистекал долг должника перед кредитором, исполненный в результате возложения исполнения и учинения исполнения третьим лицом, то обязательства по возврату (в случае со взаимно исполненным договором — по взаимному возврату) полученного также возникают и связывают стороны такого договора. Возвращать полученное третьему лицу, которое данное предоставление за одну из сторон осуществило, контрагент не обязан и не вправе.

Так, например, в случае, когда предоплату по договору поставки вносит не покупатель, а по его просьбе третье лицо, и далее договор поставки расторгается по причине непоставки товара или выявления существенных дефектов в поставленном товаре, либо договор призна-

ется недействительным по банкротным основаниям, продавец должен вернуть полученную предоплату не третьему лицу, а покупателю. При этом если третье лицо осуществляло такой перевод с целью исполнить свой собственный долг перед покупателем, возврат продавцом полученной суммы покупателю в рамках последствий расторжения или реституции по недействительной сделке не отменяет ремиссионный (правопрекращающий) эффект платежа третьего лица в отношении долга третьего лица перед покупателем (Определение СКЭС ВС РФ от 9 ноября 2020 г. № 305-ЭС19-2386 (11)).

1.10. Оспаривание самого исполнения

Исполнение обязательства должника третьим лицом может быть оспорено по специальным банкротным основаниям при банкротстве должника. Однако в практике можно усмотреть примеры дифференцированного подхода — в зависимости от того, имело ли место возложение и какова была его кауза, либо речь шла об интервенции.

Прежде всего речь идет об оспаривании платежа на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве: платеж может приводить к преимущественному удовлетворению требований одного из кредиторов несостоятельного должника. Так, например, если в соответствующий период подозрительности третье лицо в счет своего собственного долга перед должником, признанным несостоятельным, производит исполнение за должника его кредитор, то последний получает преимущественное удовлетворение в ущерб другим кредиторам должника. Следовательно, такое исполнение может быть оспорено (Определение СКЭС ВС РФ от 24 января 2019 г. № 305-ЭС16-6318 (9)). В этом случае кредитор, получивший преимущественное удовлетворение, будет обязан вернуть в конкурсную массу должника все полученное от третьего лица, и тогда его требование к должнику восстановится. Это, впрочем, не отменит ремиссионный эффект такого платежа в отношениях между третьим лицом и должником.

Когда в результате учиненного до введения наблюдения исполнения третьего лица происходит суброгация, конкурсная масса должника ничего не теряет, хотя соответствующий кредитор в некотором смысле и получает предпочтение. Однако последнее предоставляется за счет третьего лица, а не за счет имущества несостоятельного лица. В названных случаях в силу суброгации третье лицо занимает место кредитора и несет все последствия несостоятельности должника наравне с другими кредиторами. Такое же последствие имело бы место в случае уступки требования кредитором третьему лицу. Поэтому такое исполнение не может быть оспорено (Определение СКЭС ВС РФ от 22 апреля 2021 г. № 305-ЭС20-13952 (2)).

Если же по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве оспаривается платеж третьего лица, признанного несостоятельным, ситуация видится следующим образом. Если такое исполнение можно оспорить по специальным банкротным основаниям, возникает вопрос, от кого конкурсный управляющий третьего лица должен требовать возврата уплаченного. Исполнение третьим лицом идет на пользу должника, чье обязательство погашается за счет имущества третьего лица. Следовательно, последствием оспаривания платежа третьего лица по правилам об оспаривании сделок с предпочтением является взыскание по реституции с должника (т.е. того, чей долг был погашен за счет такого платежа), а не с кредитора, который фактически получил платеж. Встречающиеся иногда в судебной практике обратные подходы применительно к оспариванию платежей по ст. 61.3 Закона о банкротстве, как влекущих предпочтение (см. Определение СКЭС ВС РФ от 25 мая 2017 г. № 306-ЭС16-19749) являются, судя по всему, ошибочными. Такая практика способна подорвать весь институт исполнения обязательств третьими лицами, поскольку добросовестные кредиторы, не имеющие никаких хозяйственных или иных взаимоотношений с третьим лицом, подвергнуться риску потери своего имущества. В таком случае следовало бы давать кредитору право отвергнуть платеж третьего лица. Но российский закон исходит из того, что для кредитора все равно, кто ему осуществляет платеж. Чтобы быть последовательным, право должно защищать кредитора от реституционного требования третьего лица о возврате платежа. Кредитор, который получает платеж от неизвестного ему третьего лица, не обязан интересоваться его платежеспособностью, в отличие от платежеспособности своего должника, с которым у него имеется обязательственная и, как правило, договорная связь. Исключением может быть случай, когда будет доказана очевидная недобросовестность кредитора, который действовал совместно с третьим лицом или аффилирован с ним. В таком случае можно обсуждать основания для солидарных реституционных обязанностей кредитора и должника перед третьим лицом. Впрочем, вопрос в полной мере не прояснен.

1.11. Диспозитивность

Пункт 1 ст. 313 ГК РФ сформулирован без явного указания на его императивность или диспозитивность. Исходя из общего принципа свободы договора, кредитор и должник вправе согласовать запрет возложения исполнения обязательства на третье лицо, предусмотреть необходимость получения согласия кредитора на возложение исполнения на третье лицо либо ограничить или иным образом обусловить возложение исполнения. Такие запреты и ограничения не применя-

ются в отношении добросовестного третьего лица, но могут повлечь ответственность должника, который их нарушит, а также предоставляют кредитору право отказаться от принятия исполнения от третьего лица. Такие условия в договорах нередко встречаются.

Договорный запрет на возложение не затрагивает исполнение третьим лицом обязательства без возложения, если такое лицо имеет право на интервенцию по п. 2 ст. 313 ГК РФ, даже если третье лицо знает о таком запрете. В этом случае и должник не отвечает перед кредитором за нарушение отрицательного обязательства, поскольку он не возлагал исполнения на третье лицо.

1.12. Возложение при отсутствии обязательства должника перед кредитором

Из буквального текста комментируемой статьи следует, что исполнение обязательства третьим лицом возможно при наличии самого обязательства должника перед кредитором. На первый взгляд это кажется вполне логичным, поскольку невозможно произвести исполнение по обязательству, которого не существует. Однако представляется, что этот вопрос может оказаться несколько сложнее. Например, договор, по которому займодавцем является гражданин, согласно небесспорной норме закона, является реальным (ст. 807 ГК РФ). Означает ли это, что займодавец в принципе не может возложить выдачу суммы займа на третье лицо? Представляется, что в этом случае ни интересы другой стороны, ни интересы самого плательщика, ни какие-то политико-правовые резоны не препятствуют такой возможности.

Например, третье лицо имеет задолженность перед займодавцем, и последний просит погасить этот долг путем перечисления соответствующей суммы напрямую заемщику в порядке предоставления суммы займа по реальному договору займа. Представляется, что подобная конструкция вполне возможна. Признает эту опцию и судебная практика (Определение СКГД ВС РФ от 1 марта 2016 г. № 52-КГ16-1, Определение СКЭС ВС РФ от 4 июня 2018 г. № 305-ЭС18-413). Естественно, у заемщика будет обязательство возратить аналогичное имущество не тому, от кого он получил предоставление фактически, а займодавцу, за которого третье лицо предоставление осуществляло.

1.13. Ретроактивное одобрение

Возложение является по своей природе предварительным и предшествует исполнению третьего лица. Но ничто не препятствует должнику *ex post* одобрить исполнение, которое изначально без возложения учинило третье лицо и было принято кредитором, и согласовать ретроактивно с третьим лицом последствия такого исполнения. Например, если третье лицо погасило долг должника без возложения, должник

и третье лицо впоследствии могут договориться о том, что такой платеж будет рассматриваться как предоставление займа должнику.

1.14. Последующее возложение

Может возникнуть вопрос о допустимости и последствиях последующего возложения исполнения обязательства на еще одно лицо третьим лицом. Предположим, что субарендатор, на которого арендатор возложил исполнение своего обязательства по уплате арендной платы арендодателю, не имеет свободных средств, чтобы уплатить задолженность арендодателю, но у субарендатора есть должник (условно четвертое лицо в структуре отношений), готовый погасить свой долг перед субарендатором путем перевода денежных средств на счет арендодателя. В такой ситуации платеж «четвертого лица» погасит его долг перед субарендатором, долг субарендатора перед арендатором по субарендной плате, а также долг арендатора перед арендодателем. В принципе, такая опция должна быть признана по общему правилу не противоречащей закону.

1.15. Срок исполнения

Кредитор обязан принимать исполнение, осуществляемое третьим лицом, только если срок исполнения обязательства должника наступил (в том числе начал течь период времени, отводимый должнику на исполнение) либо у должника есть право на досрочное исполнение. Иначе говоря, кредитор не обязан принимать досрочное исполнение от третьего лица, если он не обязан принимать досрочное исполнение от самого должника.

1.16. Неприменимость правил ст. 313 ГК РФ к отдельным видам обязательств

Далеко не всякое обязательство по своему существу допускает исполнение третьим лицом или возложение на третье лицо исполнения. Например, трудно себе представить возложение исполнения обязательства соблюдать режим конфиденциальности на основании соглашения о неразглашении на третье лицо либо целого ряда иных негативных обязательств.

2. Обязанность кредитора принять исполнение без возложения

Норма п. 2 комментируемой статьи предусматривает ситуации, когда кредитор обязан принять исполнение от третьего лица даже при отсутствии возложения. Нарушение им этой обязанности будет вести к просрочке кредитора (ст. 406 ГК РФ).

Здесь имеют место два случая. В первом речь идет об исполнении за должника денежного обязательства, по которому уже началась просрочка. Во втором третье лицо решает самочинно, без возложе-

ния, исполнить обязательство за должника, потому что подвергается опасности утратить свое право на имущество должника вследствие обращения взыскания на это имущество.

2.1. От риска утраты прав на имущество к законному интересу третьего лица

Практика показывает, что некоторые третьи лица имеют законный интерес произвести исполнение за должника даже в тех случаях, когда возложение исполнения обязательства на них не имело место, т.е. по собственной инициативе.

Например, последующий залогодержатель, опасаясь утратить свое право залога вследствие обращения на предмет залога взыскания предшествующим залогодержателем (подп. 8 п. 1 ст. 352 ГК РФ), может быть заинтересован в погашении долга должника предшествующему залогодержателю.

Другой пример: субарендатор, опасаясь утратить право на предмет субаренды из-за угрозы расторжения договора между арендодателем и арендатором по причине возникновения задолженности арендатора перед арендодателем, имеет законный интерес в погашении долга арендатора.

Наконец, можно привести и такой пример: арендатор по договору аренды, заключенному после того, как арендодатель заложил сданное в аренду здание в ипотеку, может опасаться того, что просрочка арендодателя по кредиту приведет к обращению взыскания на предмет ипотеки по требованию банка, которое согласно ст. 40 Закона об ипотеке влечет прекращение договора аренды, и на этом основании погашает долг арендодателя перед банком.

Перечислить все мыслимые легитимные интересы третьего лица, которые могут сделать его заинтересованным в погашении долга должника, в законе исчерпывающим образом затруднительно. Но очевидно, что такие ситуации возможны. В связи с этим если интерес третьего лица кажется заслуживающим правовой защиты и отсутствуют какие-либо серьезные опасения в отношении возможного ущемления интересов кредитора или должника, было бы справедливо, чтобы кредитор был обязан принять такое *самочинное* исполнение третьего лица. Поэтому всякое третье лицо, вторгаясь в чужие обязательственные отношения и производя исполнение за должника, должно быть готово обосновать свой законный интерес. Тут возможны три варианта: 1) либо такой интерес учтен в законе, норма которого дает третьему лицу право на такую интервенцию; 2) либо такой интерес поддерживается сложившейся судебной практикой; 3) либо третье лицо обнаруживает новый, еще не закрепленный в законе и не обнаруженный

судебной практикой интерес, который по справедливости должен защищаться. В последнем случае третье лицо становится пионером в возможном формировании новой судебной практики и неизбежно несет в связи с этим риски юридической неопределенности.

Во всех подобных случаях, когда у третьего лица есть охраняемый законом интерес во вторжении в отношения должника и кредитора и исполнении не носящего личный характер обязательства должника перед кредитором, срок исполнения которого наступил или в отношении которого допускается досрочное исполнение, было бы логично, чтобы кредитор по общему правилу был обязан принять исполнение от третьего лица даже при отсутствии возложения.

Интересы кредитора в большинстве случаев достаточно защищены правилом о личном характере обязательства, при наличии которого кредитор не обязан в принципе принимать исполнение от кого-либо кроме должника, а возложение запрещено (п. 3 ст. 313 ГК РФ). В контексте денежных обязательств, по которым возможно возложение, вопрос о дефектах, способных причинить вред кредитору, идти не может, и поэтому наличие или отсутствие возложения в принципе кредитора в большинстве случаев заботить не должно.

Что же касается должника, то в ситуациях, когда денежное обязательство не связано существенно с личностью кредитора, и закон или договор не запрещают уступку абсолютно и не требуют согласия должника на уступку, должник не может противиться уступке. Соответственно, вторжение третьего лица и суброгация права требования согласно п. 5 ст. 313 ГК РФ в большинстве таких случаев не ущемляют его интересы сильнее, чем может ущемить стандартная уступка денежного требования.

Иначе говоря, в подобных ситуациях, когда интерес должника и кредитора противиться исполнению третьего лица не очевиден, и налицо убедительный и легитимный интерес третьего лица на интервенцию, последняя может быть допущена, как минимум если речь идет о денежном долге

К сожалению, сама эта идея отражена в подп. 2 п. 1 ст. 313 ГК РФ крайне неудачно. Вместо указания на охраняемый законом интерес в данной норме речь идет о праве третьего лица на «интервенцию» при угрозе утраты прав на имущество должника «вследствие обращения на него взыскания». Эта редакция неоправданно ограничивает сферу применения данного правила (например, описанный выше случай с субарендой выпадает). Поэтому для защиты законных интересов третьих лиц следует толковать эту норму расширительно, а описанный в ней случай рассматривать как иллюстрацию более широкого

критерия охраняемого законом интереса. Именно так данное основание для исполнения обязательства третьим лицом без возложения сформулировано в ст. III.–2:107 Модельных правил европейского частного права. Суть же критерия такова: третье лицо приобретает право на интервенцию и самочинное исполнение как минимум денежного долга без возложения, если при нарушении обязательства должником третьему лицу будет причинен существенный ущерб.

Но сложность с таким решением состоит в том, что кредитору нелегко проверить, имеется ли у третьего лица охраняемый законом интерес на «интервенцию». Закон под страхом попадания в просрочку кредитора обязывает его принять исполнение от неизвестного ему третьего лица в ситуации наличия у третьего лица соответствующего охраняемого законом интереса (в широком смысле или в узком понимании, отраженном сейчас в действующей редакции комментируемой нормы), но откуда кредитор знает, есть ли такой интерес у третьего лица? Этот вопрос решил ВС РФ, который в п. 20 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 указал на то, что кредитор обязан принять исполнение от третьего лица в такой ситуации, только если он знает или должен знать о наличии у третьего лица соответствующего указанного в комментируемой норме ГК РФ интереса в погашении долга должника.

В то же время следует признать, что само это основание для исполнения третьего лица сейчас не особенно актуально, так как практически во всех этих случаях речь идет именно о денежном обязательстве должника, и при этом данное денежное обязательство должника является уже просроченным, что подпадает под второе основание исполнения без возложения, предусмотренное подп. 1 п. 2 комментируемой статьи (об этом см. ниже). Иначе говоря, это второе основание для интервенции в значительной степени поглощает пространство, в котором могло бы применяться первое.

В этих условиях потребность в применении указанного в подп. 2 п. 2 ст. 313 ГК РФ основания для исполнения без возложения может открываться только в нескольких редких случаях.

Во-первых, речь идет о денежном долге, который еще не просрочен, но со всей очевидностью или просто с большой вероятностью будет просрочен, и при этом сам факт попадания должника в просрочку может причинить существенный ущерб интересам третьего лица. Здесь стоит указать на то, что согласно п. 1 ст. III.–2:107 Модельных правил европейского частного права кредитор обязан принять исполнение от третьего лица при отсутствии возложения, если «третье лицо имеет основанный на законе интерес в исполнении, а должник не исполнил

обязанность *или очевидно, что он не исполнит ее в установленный срок*» (курсив наш. — А.К., С.С.).

Во-вторых, возможна и такая ситуация: угрозы нарушения денежного обязательства должником нет, просрочки в оплате тем более нет, у должника уже возникло право погасить долг досрочно, но то, что он этим правом не пользуется, причиняет третьему лицу существенный вред.

В этих случаях третье лицо, имеющее легитимный интерес в интервенции, может исполнить обязательство за должника без возложения, а кредитор обязан принять такое исполнение. Если кредитор уклоняется от принятия, несмотря на представленные ему доказательства наличия такого интереса третьего лица, видимо, он должен нести ответственность перед третьим лицом за деликт.

Теоретически могут возникнуть похожие ситуации с неденежным обязательством. Например, субарендатор знает, что дальнейшее игнорирование арендатором своего обязательства по ремонту арендованного здания может спровоцировать расторжение договора аренды и прекращение договора субаренды. В таком случае субарендатор, не желая терять право субаренды, может пожелать выполнить ремонт сам, по собственной инициативе, даже если арендатор его об этом не просит (например, не откликается на «системные запросы», застряв на пляжах Гоа). Но есть сомнения в том, что в случаях, когда речь идет о неденежном обязательстве, кредитор может быть обязан принимать исполнение от третьего лица, на которого должник не возлагал исполнение. Даже если у третьего лица есть охраняемый законом интерес в интервенции (как в приведенном примере с субарендой), спорно, что кредитор обязан принимать неденежное исполнение (в данном примере — манипуляции с его собственностью) от лица, с которым он не вступал в договорные правоотношения и на которого должник не возлагал исполнение. Предполагается, что кредитору не все равно, кто будет выполнять соответствующие работы, так как результат работ может содержать дефект, который может причинить ущерб личности или имуществу кредитора или третьих лиц.

Как мы видим, могут быть ситуации, когда, несмотря на наличие легитимного интереса в исполнении за должника, этот интерес третьего лица может столкнуться с не менее ярко выраженным интересом должника или кредитора. По логике здесь требуется соизмерение легитимных интересов третьего лица в погашении долга должника, с одной стороны, и интересов должника и кредитора — с другой. Если интерес третьего лица ярко выражен, а ущерб интересам должника и (или) кредитора не причиняется, интервенция выглядит оправданно;

в обратном случае требуется взвешивание интересов и поиск их баланса. Этот процесс балансирования происходит под эгидой принципа доброй совести и запрета на злоупотребление правом.

2.2. Интервенция при просрочке по денежному обязательству

С 1 июня 2015 г. ст. 313 ГК РФ предоставляет более широкие возможности третьему лицу в отношении исполнения без возложения, поскольку согласно подп. 1 п. 2 ст. 313 ГК РФ кредитор обязан принять исполнение от третьего лица без возложения по любому просроченному денежному обязательству. При этом наличие законного интереса у третьего лица к исполнению вместо должника без возложения в данном подпункте не упоминается. Таким образом, случаи, указанные в подп. 2, в значительной степени поглощаются подп. 1, поскольку опасение утраты права на имущество должника вследствие обращения на него взыскания в подавляющем большинстве случаев на практике сопряжено с начавшейся просрочкой по денежному обязательству должника.

Получается, что стоит должнику хотя бы на день задержать платеж, и его долг может быть погашен третьим лицом, а кредитор будет обязан принять такой платеж.

Установление законом обязанности кредитора принять исполнение от третьего лица без наличия законного интереса в этом у третьего лица и без возложения, видимо, покоится на той посылке, что у кредитора отсутствует законный интерес не принимать исполнение по денежному обязательству, которое уже просрочено, а интерес должника к собственному исполнению не заслуживает защиты, поскольку он впал в просрочку.

Субъективный интерес третьего лица на несанкционированное вторжение в отношения просрочившего долг должника и кредитора может быть связан с тем, что в силу п. 5 ст. 313 ГК РФ после исполнения им долга должника к нему перейдет в порядке суброгации требование кредитора (см. п. 5 комментария к настоящей статье). По сути, закон легализует в таких случаях принудительный выкуп просроченных денежных требований всяким желающим этого лицом.

Эта идея выглядит спорно.

Наличие чужой просрочки *само по себе* не затрагивает интересы третьих лиц, поскольку они в обязательстве не участвуют. Следовательно, такое вторжение в чужое дело является, по существу, произвольным. Безусловно, данная новелла облегчает положение третьего лица, которому теперь не требуется доказывать наличие легитимного интереса, но это превращает данный институт из исключения, допускаемого только в особенных случаях, в некий стандартный механизм

принудительного выкупа денежных требований. Это нарушает базовые принципы невмешательства в частные дела и защищенности собственности (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Получается, что любое третье лицо легко может лишить кредитора его обязательственного актива, не получив ни одобрения должника, ни согласия кредитора. Да, в большинстве случаев кредитор был бы не против такого развития событий, при котором кто-то без спроса должника погасит его денежное требование, но как раз в тех случаях, когда у третьих лиц может возникнуть соблазн совершить такую произвольную интервенцию при отсутствии легитимного интереса, мы можем обнаружить некоторые невыгоды, которые такая интервенция причиняет кредитору или должнику.

Оборот обязательственных прав, равно как и иных видов имущества, должен осуществляться на основе добровольных соглашений. Принудительный перехват требований может порождать множество злоупотреблений. Поэтому вторжение третьего лица должно быть исключением, и у третьего лица должен иметься какой-то уважаемый в глазах правопорядка интерес для такой интервенции.

De lege lata остается рассчитывать на корректирующую функцию доброй совести и запрета на злоупотребление правом.

Причем стоит обратить внимание на то, что в результате реализации в законе данной конструкции принудительного перехвата прав возникает парадоксальная инверсивная ситуация: при нежелании кредитора мириться с утратой своего права он может вернуть полученные деньги интервеннту, ведь после утраты требования в результате суброгации изначальный кредитор сам в отношении этого перешедшего требования становится третьим лицом и может реализовать с новым кредитором зеркальную операцию (фактически выкупив назад утраченное требование). Подобный «пинг-понг» может продолжаться до бесконечности, что вряд ли является нормальным.

Если исполнение обязательства должника осуществляется по частям и должник впал в просрочку по одному из платежей, открывается правовое основание для интервенции только в отношении этой конкретной части долга. Например, если заемщик на день задержал платеж по кредиту, третье лицо получает право «перехватить» требование банка к заемщику именно в части данного просроченного платежа, а не в отношении всей суммы кредитного обязательства. Другое дело, если банк в ответ на просрочку правомерно заявил о досрочном погашении всего кредитного обязательства (акселерация). В таком случае после истечения отведенного заемщику срока на погашение всего долга, в отношении которого произведена акселерация, заемщик впадает в просрочку по всей сумме долге, и требование оказывается

открыто для перехвата любым третьим лицом, готовым внести кредитору сумму долга.

Может ли третье лицо погасить лишь часть просроченного денежного долга? Судя по всему, кредитор по общему правилу не может отказаться принимать частичный платеж от третьего лица, и суброгация в таком случае произойдет в соответствующей части долга. Это связано с тем, что в силу небесспорного разъяснения, закрепленного в п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, «из существа денежного обязательства по общему правилу вытекает возможность его исполнения по частям, в силу чего кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения такого обязательства в части». Суд имеет в виду, что по общему правилу уклонение кредитора от принятия частичного платежа недобросовестно. Несмотря на это разъяснение, в ряде случаев уклонение кредитора от принятия частичного платежа вполне добросовестно (например, в ситуации предоставления займодавцем части обещанного по консенсуальному договору займа). Поэтому в той степени, в которой кредитор не мог бы отказаться от частичного платежа самого должника, он не может отказаться от такого платежа, производящегося третьим лицом на основании п. 2 ст. 313 ГК РФ, и наоборот, в тех случаях, когда кредитор вопреки общему правилу, закрепленному в вышеуказанных разъяснениях ВС РФ, мог бы правомерно отказаться от частичного платежа самого должника, он может сделать то же и в случае, когда частичный платеж пытается учинить третье лицо (о частичной суброгации как последствии частичного погашения долга должника третьим лицом см. п. 5 комментария к настоящей статье).

2.3. Злоупотребление третьего лица

Итак, закон в двух случаях дает третьему лицу право на интервенцию и погашение долга должника без возложения, обязывая кредитора принимать такое исполнение.

Но в обоих упомянутых в п. 2 ст. 313 ГК РФ случаях может получиться так, что из-за этой интервенции пострадают интересы должника или кредитора. То, что их интересы при интервенции не страдают, — это некоторое упрощение даже в контексте денежных долгов.

Так, в некоторых случаях интервенция может ударить по интересам должника. Например, в договоре должника и кредитора может содержаться запрет на уступку, интервенция третьего лица без возложения может навязать должнику суброгацию (п. 5 ст. 313 ГК РФ), идентичную по своим последствиям запрещенной цессии. Кроме того, из природы требования может вытекать, что оно не может уступаться без согласия должника из-за существенного значения личности кредитора (п. 2 ст. 388 ГК РФ).

Иногда же из-за интервенции может пострадать интерес кредитора. Например, по долгу начислялись регулятивные проценты, на которые кредитор рассчитывал. Вторжение третьего лица с суброгацией, даже когда у третьего лица имеется легитимный интерес погасить долг должника, позволяет третьему лицу перехватить возможно вполне ликвидное требование, приносящее неплохой процентный доход, и лишить кредитора этого дохода.

Также, исполняя просроченное денежное обязательство должника по собственной инициативе, недобросовестное третье лицо может преследовать интерес увеличить число своих голосов в деле о банкротстве должника в ущерб законным интересам кредитора или ограничить иные его права в деле о банкротстве. Допустим, что у одного из кредиторов может иметься к должнику три требования на общую сумму, равную 51% от общей задолженности должника (одно требование на 30% от общей задолженности, второе – на 18%, а третье – на 3%). Другой кредитор может погасить первому кредитору целиком требование, чья доля в общей задолженности должника равна 3%. В такой ситуации вместо того, чтобы удовлетвориться уменьшением своих притязаний к должнику, первый кредитор может оказаться ущемленным, так как он утрачивает крайне важное влияние на дело о банкротстве, что может причинить ему в итоге куда больший ущерб (например, лишить влияния на выбор арбитражного управляющего).

Другой пример: у должника есть значительный долг перед кредитором, состоящий из небольшой суммы основного долга и большой суммы неустойки или присужденной судом ранее упущенной выгоды. Погашение третьим лицом в преддверии банкротства должника лишь тела основного долга без погашения причитающихся кредитору штрафных санкций не дает кредитору полного удовлетворения и при этом фактически лишает его права возбудить дело о банкротстве должника и права голоса на собрании кредитора, так как законодательство о банкротстве (п. 2 ст. 4 и п. 3 ст. 12 Закона о банкротстве) не предоставляет кредитору такие права по требованиям о взыскании штрафных санкций и упущенной выгоды.

Все случаи причинения ущерба интересам должника и (или) кредитора могут сочетаться с наличием у третьего лица легитимного интереса в погашении долга должника, и тогда при оценке обоснованности интервенции суды должны соотносить легитимный интерес третьего лица и интересы должника и (или) кредитора и взвешивать их. Когда ущерб интересам должника и (или) кредитора перевешивает ущерб третьего лица, который может возникнуть, если он интервенцию не произведет, интервенция должна квалифицироваться как злоупотребление правом.

В ситуации же интервенции по просроченному денежному долгу при отсутствии какого-либо в принципе раскрытого легитимного интереса третьего лица для блокирования такой интервенции достаточно обнаружения даже малейшего нарушения интересов должника и (или) кредитора.

Если налицо злоупотребление третьим лицом своим правом на интервенцию, последствия должны определяться с учетом того, чьи интересы — должника или кредитора — страдают в случае интервенции.

2.3.1. Злоупотребление правом на интервенцию, направленное против кредитора

Если страдают прежде всего интересы кредитора, то кредитор вправе отказаться принимать исполнение третьего лица. Если он физически не может отвергнуть такое исполнение (например, безналичный перевод), то кредитор должен иметь право возразить против признания долга должника погашенным, и в этом случае суброгация не происходит, требование к должнику остается в имущественной массе кредитора, а третье лицо вправе лишь требовать от кредитора возврата уплаченного.

ВС РФ начал применять в случаях подобных злоупотреблений, направленных против текущего кредитора, запрет на злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ) в качестве основания для ограничения суброгации (определения СКЭС ВС РФ от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049, от 15 августа 2016 г. № 308-ЭС16-4658, от 29 марта 2018 г. № 307-ЭС17-18665; п. 5 [Обзора](#) судебной практики разрешения споров, связанных с установлением в процедурах банкротства требований контролирующего должника и аффилированных с ним лиц (утв. Президиумом ВС РФ 29 января 2020 г.)).

В п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на этот счет указано следующее: «На основании статьи 10 ГК РФ суд может признать переход прав кредитора к третьему лицу несостоявшимся, если установит, что, исполняя обязательство за должника, третье лицо действовало недобросовестно, исключительно с намерением причинить вред кредитору или должнику по этому обязательству, например, в случаях, когда третье лицо погасило лишь основной долг должника с целью получения дополнительных голосов на собрании кредиторов при рассмотрении дела о банкротстве без несения издержек на приобретение требований по финансовым санкциям, лишив кредитора права голосования».

Впрочем, выработать ясный и универсальный критерий недопустимости интервенции третьего лица в чужие обязательственные отношения судам пока не удалось. Тем не менее можно усмотреть, что

колебания судебной практики связаны с поиском отграничения случаев, когда у третьего лица имеется законный интерес в исполнении по чужому долгу, с тем чтобы исключить их из круга злоупотреблений правом.

Так, например, по мнению Суда, третье лицо, чье обязательство обеспечено залогом имущества лица, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве, исполняя просроченное обязательство залогодателя (должника) в адрес заявителя по делу о банкротстве (кредитора), не считается злоупотребляющим правом (Определение СКЭС ВС РФ от 13 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8619). В этой ситуации третье лицо, опасаясь получить от своего кредитора требование о досрочном исполнении обязательства вследствие ухудшения условий обеспечения (ст. 813 ГК РФ), преследовало цель прекратить производство по делу о несостоятельности должника (залогодателя по обязательству третьего лица).

В другом случае Суд посчитал, что полное погашение требований бывших работников (один из них директор) одним из кредиторов до введения первой процедуры банкротства не является злоупотреблением правом, поскольку направлено на защиту от контролируемого банкротства (Определение СКЭС ВС РФ от 25 января 2017 г. № 305-ЭС16-15945; п. 17 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.)).

Еще в одном случае было признано, что исполнение мажоритарным кредитором обязательства должника перед миноритарным кредитором в полном объеме не является злоупотреблением правом, а свидетельствует о наличии законного интереса (Определение СКЭС ВС РФ от 22 мая 2017 г. № 304-ЭС17-1258; п. 12 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 15 ноября 2017 г.)).

Есть и целый ряд других актов ВС РФ, в которых Суд не нашел оснований для квалификации интервенции в качестве злоупотребления правом (см., например, определения СКЭС ВС РФ от 26 марта 2018 г. № 305-ЭС17-18572, от 26 ноября 2019 г. № 305-ЭС19-13029).

Сложность подобных случаев заключается в том, что далеко не всегда можно с достоверностью установить, какие цели преследует третье лицо и является ли его интерес законным или оно имеет также и другой интерес — незаконный, например недобросовестный перехват требований в ущерб текущему кредитору. Кто именно преследует цель контролируемого банкротства — третье лицо или кредитор — зачастую не просто установить, в том числе учитывая, что оба субъекта могут преследовать такую цель. В результате вопрос уходит скорее в плоскость оценки всех фактических обстоятельств дела, нежели в область юридической логики правовых конструкций.

Следует иметь в виду, что после введения первой процедуры в деле о несостоятельности должника исполнение обязательства должника по правилам ст. 313 ГК РФ в принципе не допускается. Статьи 71.1, 85.1, 112.1, 113 и 125 Закона о банкротстве устанавливают специальные правила погашения долгов должника третьими лицами в ходе дела о банкротстве должника, в связи с чем исполнение обязательств должника после введения первой процедуры банкротства допускается только с соблюдением специального порядка, предусмотренного законодательством о банкротстве (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54; п. 28 *Обзора* судебной практики по вопросам, связанным с участием уполномоченных органов в делах о банкротстве и применяемых в этих делах процедурах банкротства (утв. Президиумом ВС РФ 20 декабря 2016 г.)). Суть предусмотренного в указанных выше нормах Закона о банкротстве специального порядка состоит в том, что после введения первой процедуры по делу о банкротстве третье лицо в индивидуальном порядке вправе погасить только требования уполномоченного органа по обязательным платежам на основании положений ст. 71.1, 85.1, 112.1 и 129.1 Закона о банкротстве; обязательства же по иным требованиям могут быть исполнены третьим лицом лишь в процедурах внешнего управления либо конкурсного производства в соответствии со специальными правилами, установленными ст. 113 и 125 Закона о банкротстве, только посредством удовлетворения в полном объеме всех требований, включенных в реестр. При этом уступка требований одним из реестровых кредиторов другому не блокируется, что, конечно же, ставит вопрос о системной согласованности такого регулирования, ведь погашение долга должника неким интервентом, действующим в расчете на суброгацию, ничем сущностно не отличается от принудительного выкупа требования.

2.3.2. Злоупотребление правом на интервенцию, направленное против должника

Другая ситуация возникает тогда, когда в результате интервенции страдает интерес не кредитора, а должника. В таком случае кредитор не имеет интереса в том, чтобы отвергнуть платеж третьего лица, но добрая совесть требует от него учесть интерес своего партнера-должника. Как минимум если кредитору очевидно, что легитимный интерес должника страдает, он не должен принимать исполнение от третьего лица. Но что делать, если он принял такое исполнение или не мог физически не принять исполнение (безналичный платеж)? По логике, если интерес должника страдает в результате возможной суброгации (например, в силу закона или договора уступка требовала бы согласия должника, а суброгация пытается обойти это ограничение), то суброгация просто

должна блокироваться, а обязательство должника не прекращается исполнением третьим лицом.

2.3.3. Кондикционный иск третьего лица к кредитору в ситуации блокирования суброгации по причине злоупотребления

Если суд констатирует, что переход права не состоялся из-за недобросовестного поведения третьего лица, пытающегося таким платежом так или иначе ухудшить положение кредитора или должника, может ли третье лицо предъявить кондикционный иск к кредитору? В п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 дается положительный ответ. ВС РФ исходит из того, что такой платеж не влечет не только суброгацию, но и в принципе эффект прекращения долга, для кредитора по долгу продолжает отвечать изначальный должник, а полученная сумма от третьего лица действительно оказывается неосновательным обогащением кредитора.

2.4. Действие во времени

В Определении СКЭС ВС РФ от 13 октября 2016 г. № 305-ЭС16-8619 применительно к вопросу о действии новых правил п. 2, 5 ст. 313 ГК РФ о возможности принудительного выкупа просроченных денежных требований во времени указано следующее: эти новые нормы применяются в том числе и к тем ситуациям, когда такой платеж третьего лица осуществлен после вступления в силу этих норм ГК РФ (т.е. после 1 июня 2015 г.), несмотря на то что сами долги возникли до этого момента.

Этот подход в соотношении с правилами ст. 422 ГК РФ может вызывать вопросы. Например, кредитор, вступая в обязательство, мог рассчитывать, что при просрочке должника закон не дает оснований для вторжения третьего лица в его отношения с должником (подробнее см. комментарий к ст. 422 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

2.5. Право кредитора принять исполнение третьего лица за рамками случаев, указанных в п. 2 ст. 313 ГК РФ

Статья 313 ГК РФ в редакции, вступившей в силу 1 июня 2015 г., сохранила закрепленное в прежней редакции указание на то, что кредитор *обязан* принимать исполнение от третьего лица, *если было возложение* (п. 1 ст. 313 ГК РФ), и также ввела данную обязанность, *если имеются оговоренные в норме условия для интервенции* (п. 2 ст. 313 ГК РФ). Это подразумевает отсутствие такой обязанности в случае, когда данные условия не соблюдены. Но имеет ли кредитор *право*

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 422 – А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

принять такое исполнение при отсутствии возложения и указанных в п. 2 ст. 313 ГК РФ оснований для интервенции? Может ли он в случае принятия исполнения в такой ситуации не опасаться предъявления к нему кондикционного иска третьим лицом, и как это скажется на судьбе обязательства должника?

Может ли, например, кредитор по своей воле принять осуществленный третьим лицом без возложения платежей за должника, если у третьего лица нет легитимного интереса в интервенции, и при этом срок платежа установлен в виде периода времени, который уже начал исчисляться, но не истек, либо у должника есть право на досрочное погашение долга? Или может ли кредитор принять предложенное третьим лицом исполнение неденежного обязательства должника при отсутствии возложения и легитимного интереса в погашении долга должника? Будет ли в таком случае погашен долг должника, и произойдет ли суброгация?

Если исходить из того, что долг должника в таком случае не погашен и кредитор сохраняет требование к должнику, это будет означать не что иное, как наличие у третьего лица права заявить кондикционный иск к кредитору. А такая перспектива вынудит кредитора разбираться в вопросе о наличии возложения и сделает его заложником отношений между должником и третьим лицом. При этом поскольку кредитор в большинстве случаев не участвует в отношениях между должником и третьим лицом, наличие факта возложения оказывается для него неизвестным или предположительным.

2.5.1. Судебная практика

Попытки третьих лиц, исполнивших долг должника, впоследствии атаковать кредитора кондикционным иском о возврате ошибочно уплаченного, были одно время достаточно распространены (особенно до появления в 2015 г. правила о праве на интервенцию по любому просроченному денежному долгу).

В рамках таких дореформенных дел третье лицо предъявляло к кредитору требования о неосновательном обогащении по мотиву отсутствия факта возложения на него исполнения обязательства со стороны должника и отсутствия условий для легитимной интервенции (до 2015 г. достаточно ограниченных). Если первоначально кондикционный иск третьего лица при отсутствии возложения считался допустимым (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 октября 1998 г. № 3784/97), то впоследствии подход в судебной практике изменился и добросовестный кредитор считался защищенным от кондикционного иска третьего лица (постановления Президиума ВАС РФ от 28 октября 2010 г. № 7945/10, от 15 июля 2014 г. № 3856/14).

Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, схожий вопрос возникал и в случаях, когда изначально факт возложения исполнения имел место, но отпал впоследствии (например, договор о возложении исполнения был расторгнут). Судебная практика и здесь последовательно защищала кредитора от кондикционного иска третьего лица (п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2000 г. № 49). Такой же подход применялся и в случаях признания недействительным договора, структурирующего возложение (п. 14 Информационного письма ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Во всех этих спорах речь шла об исполнении третьим лицом денежного обязательства. Вопрос о возможности предъявления кондикционного иска к кредитору, получившему неденежное предоставление от третьего лица, в практике высших судов пока не вставал.

2.5.2. Решение вопроса в контексте денежных обязательств

В Определении СКГД ВС РФ от 25 июля 2017 г. № 51-КГ17-12 Суд сформулировал следующую правовую позицию. По смыслу п. 1 ст. 313 ГК РФ должник вправе, не запрашивая согласия кредитора, возложить исполнение на третье лицо, и этому праву должника возложить исполнение на третье лицо корреспондирует обязанность кредитора принять осуществленное третьим лицом исполнение. При этом закон не наделяет кредитора, не имеющего материального интереса ни в исследовании сложившихся между третьим лицом и должником отношений, ни в установлении мотивов, побудивших должника перепоручить исполнение своего обязательства другому лицу, полномочиями по проверке того, действительно ли имело место возложение должником исполнения обязательства на третье лицо. Следовательно, не может быть признано ненадлежащим исполнение кредитору, принявшему как причитающееся с должника предложенное третьим лицом исполнение, если кредитор не знал и не мог знать об отсутствии факта возложения исполнения обязательства на предоставившего исполнение лицо, и при этом исполнением не были нарушены права и законные интересы должника.

Из этого фрагмента на самом деле следует, что кредитор принимает исполнение от третьего лица не потому, что имело место возложение, а потому, что у него нет данных о нарушении прав и законных интересов должника. К этому следует добавить, что он также вправе не принимать исполнение от третьего лица, если это противоречит его собственному интересу (п. 3 ст. 313 ГК РФ). Но если он принял такой платеж осознанно или не вернул безналичный перевод в разумный срок, кредитор по логике ВС РФ действует в своем праве, долг должника будет считаться погашенным в результате такой неправомерной

интервенции третьего лица, а соответственно, у третьего лица нет кондикционного притязания к кредитору.

ВС РФ в п. 20 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 по этому поводу указал следующее: «Кредитор по денежному обязательству не обязан проверять наличие возложения, на основании которого третье лицо исполняет обязательство за должника, и *вправе* принять исполнение при отсутствии такого возложения. Денежная сумма, полученная кредитором от третьего лица в качестве исполнения, не может быть истребована у кредитора в качестве неосновательного обогащения, за исключением случаев, когда должник также исполнил это денежное обязательство либо когда исполнение третьим лицом и переход к нему прав кредитора признаны судом несостоявшимися» (курсив наш. — А.К., С.С.).

Согласно позиции ВС РФ кредитор может исходить из презумпции наличия возложения на платеж, который поступает ему от третьего лица после созревания оснований для платежа, но до начала просрочки. Если кредитор принял от третьего лица исполнение по денежному обязательству в ситуации, когда он не обязан был его принимать согласно ст. 313 ГК РФ (т.е. при отсутствии возложения и указанных в п. 2 комментируемой статьи условий для интервенции), обязательство должника должно считаться прекращенным исполнением, даже если должник на самом деле не возлагал исполнение на третье лицо. Соответственно, кондикционный иск третьего лица к кредитору со ссылкой на отсутствие возложения по общему правилу невозможен, так как происходит суброгация и переход к третьему лицу денежного требования кредитора к должнику.

Но, как мы видим, здесь возможны исключения, предопределенные доброй совестью.

Во-первых, если кредитору очевидно, что суброгация может ударить по интересам должника, приведя к результату, который идентичен запрещенной в законе или договоре уступке, добрая совесть требует от него не принимать платеж наличными или при поступлении на свой счет банковского перевода — запросить должника, и, если тот в разумный срок запротестует, вернуть платеж. Суброгация не произойдет.

Во-вторых, суброгация может оказаться заблокированной, если интервенция причиняет ущерб самому кредитору. Это исключение применяется тогда, когда третье лицо платит без возложения в надежде на переход к нему прав кредитора по п. 5 комментируемой статьи, но нет оснований признавать суброгацию в связи с тем, что поведение третьего лица представляет собой злоупотребление правом (подробнее см. п. 2 комментария к настоящей статье). В таком случае открывается

перспектива для удовлетворения кондикционного иска третьего лица к кредитору.

В-третьих, согласно приведенному разъяснению удовлетворение кондикционного иска возможно, если должник также исполнил это денежное обязательство. Здесь необходимо различать две ситуации. Первая – когда кредитор при отсутствии возложения сначала получил исполнение от должника, а затем также и от третьего лица. В этом случае имеется неосновательное обогащение кредитора за счет третьего лица, и возможно удовлетворение кондикционного иска третьего лица к кредитору. На момент принятия исполнения от третьего лица у кредитора не имеется оснований для его получения, поскольку обязательство исполнено самим должником. Во втором случае кредитор сначала получает исполнение от третьего лица, а затем обязательство исполняет сам должник, который не был уведомлен о переходе права по суброгации к третьему лицу. В этом случае у кредитора также имеется неосновательное обогащение, подпадающее под действие специального правила п. 3 ст. 389.1 ГК РФ. Согласно адаптации данной нормы к рассматриваемому случаю, исходный кредитор обязан передать новому кредитору (третьему лицу) все полученное от должника в счет перешедшего требования. Обязательство не уведомленного о суброгации должника прекращается его исполнением первоначальному кредитору, произведенным до получения уведомления о переходе права к другому лицу (п. 3 ст. 382 ГК РФ).

2.5.3. Неденежное обязательство

Указание в п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на то, что кредитор не обязан проверять наличие возложения при получении от третьего лица денежного платежа, оставляет открытым вопрос о том, имеется ли такая обязанность при получении неденежного исполнения от третьего лица.

Вопрос этот крайне неочевиден. Третье лицо может представить доказательства возложения, либо о возложении кредитора уведомит сам должник, и тогда кредитор обязан принять исполнение, если обязательство не носит личный характер. Теоретически третье лицо при отсутствии возложения также может раскрыть кредитору легитимный интерес на интервенцию по п. 2 ст. 313 ГК РФ, и, если соотношение данного интереса с легитимными интересами самого кредитора и должника приводит к квалификации отказа кредитора принимать такое исполнение в качестве злоупотребления правом, кредитор обязан принять такое исполнение. Но кажется, что в большинстве случаев соотношение интересов позволяет кредитору не принимать неденежное исполнение от третьего лица, на которого, как

известно кредитору, должник не возлагал исполнение, поскольку здесь, в отличие от денежного платежа, возможен дефект, который способен причинить ущерб личности или имуществу кредитора или свергнуть его в иные убытки. Легитимный интерес третьего лица на интервенцию здесь уступает интересу кредитора не иметь дело с неизвестным ему лицом.

Но если у кредитора нет обязанности принять неденежное исполнение от третьего лица, на которого должник не возлагал исполнение, вправе ли кредитор принять такое исполнение, зная точно, что третье лицо действует самочинно, или вовсе не разбираться в мотивации и основаниях поведения третьего лица?

Кажется, что, если кредитор знает точно или должен был знать об отсутствии возложения, он не вправе принимать неденежное исполнение в счет долга должника. Такое поведение не повлечет прекращение долга должника, а если в результате исполнение обязательства должника окажется невозможным, кредитор будет отвечать перед должником за убытки в результате прекращения обязательств невозможностью исполнения по обстоятельствам, за которые он отвечает (п. 1 ст. 416 ГК РФ). Третье же лицо может пытаться добиться от кредитора возврата неосновательного обогащения. Так, например, если поставщик предупредит покупателя о том, чтобы он не принимал товары от некоего производителя, на которого ранее поставщик возлагал исполнение своего обязательства по поставке, игнорирование такого предупреждения покупателем неправомерно. Соответственно, в таком случае принятие покупателем пришедшего от данного производителя груза не будет влиять на отношения поставщика и покупателя, поставщик будет обязан осуществить поставку, а покупатель будет обязан ее принять, в то время как производитель может попытаться вернуть отгруженный покупателю товар на основании норм о неосновательном обогащении, либо третье лицо и кредитор могут иным образом урегулировать свои отношения без воздействия на обязательство, связывающее должника и кредитора.

Но если кредитор не знает и не должен был знать об отсутствии возложения, он нередко может исходить из разумного предположения о наличии возложения. Возможно, этого достаточно для введения презумпции наличия возложения. Если так, то решение, закрепленное ВС РФ в п. 20 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 в отношении денежных обязательств, должно быть воспринято и применительно к неденежным предоставлениям от третьих лиц. Покупатель, которому некое лицо привозит товар, указывая, что действует по поручению поставщика, не обязан проверять наличие возложения.

Этот подход позволяет кредитору избегать сложных процедур проверки наличия возложения при принятии исполнения.

Модельные правила европейского частного права исходят из похожего решения (см. ст. III.–2:107). Так же как и в предложенном выше варианте, самочинное исполнение третьим лицом обязательства должника (за исключением одного случая, аналогичного тому, который указан в подп. 2 п. 2 ст. 313 ГК РФ) не обязывает кредитора принимать исполнение от третьего лица без возложения, но кредитор вправе принять такое несанкционированное исполнение от третьего лица в счет исполнения обязательства должника. При этом такое принятие несанкционированного должником предоставления третьего лица согласно Модельным правилам европейского частного права, так же как и в рамках предложенного нами решения, прекращает обязательство должника.

Но такое решение ставит на повестку дня два вопроса. Во-первых, вправе ли третье лицо в случае принятия его самочинного неденежного исполнения кредитором в целях выравнивания имущественных отношений предъявлять иск к должнику, чей долг был таким образом погашен третьим лицом? Во-вторых, кто будет отвечать перед кредитором за качество предоставления и возможные убытки, включая ущерб личности или иному имуществу? По поводу первого вопроса см. п. 5 комментария к настоящей статье, по второму — п. 6 комментария к настоящей статье.

3. Личный характер обязательства

Пункт 3 ст. 313 ГК РФ устанавливает традиционное исключение из обязанности кредитора принять исполнение от третьего лица. Оно диктуется интересом кредитора в персональном исполнении должником по таким видам обязательств, в которых личность должника имеет существенное значение. Запрет на возложение может следовать из закона или иного правового акта, условий договора или существования обязательства. Если обязательство носит личный характер, кредитор не обязан принимать исполнение ни при попытке интервенции третьего лица, ни в сценарии возложения.

3.1. Личный характер обязательства в силу закона

Ограничение на возложение и требование строго личного характера исполнения могут вытекать из прямого указания в законе. Некоторые такие случаи вызывают сомнения.

Так, например, согласно ч. 3 ст. 55.16 ГрК РФ не допускается уплата взноса (взносов) в компенсационный фонд (компенсационные фонды) саморегулируемой организации третьими лицами, не являющи-

мися членами такой саморегулируемой организации, за некоторым исключением. Политико-правовые или логические причины такого запрета трудно уловить. Назначение компенсационных взносов служит главным образом для целей удовлетворения требований третьих лиц. За чей счет осуществляется их пополнение, для интересов этих лиц едва ли может иметь значение.

Также в судебной практике ранее встречались случаи, когда считалась недопустимой уплата третьим лицом задатка при проведении торгов. Такое ограничение явно не имеет под собой политико-правового обоснования. И вполне логично, что в итоге в Определении СКЭС ВС РФ от 18 мая 2020 г. № 310-ЭС19-26858 была поддержана идея о допустимости применения ст. 313 ГК РФ в этом отношении.

В целом кажется, что практически любая попытка на уровне закона установить требование строго личного исполнения для денежных обязательств заранее обречена на признание нецелесообразной и необоснованной с политико-правовой точки зрения.

Другое дело — обязательство, носящее неденежную природу. Здесь теоретически мыслимы ситуации, когда личность должника для кредитора небезразлична, и возложение может в ряде случаев блокироваться прямым указанием в законе. Как минимум если такая норма диспозитивна, иногда в такой норме может быть смысл. Например, согласно ст. 780 ГК РФ, «если иное не предусмотрено договором возмездного оказания услуг, исполнитель обязан оказать услуги лично».

Иногда могут возникать спорные вопросы интерпретации некоторых норм закона. Так, споры вызывает положение, содержащееся в п. 7 ст. 448 ГК РФ, согласно которому обязательства по договору, заключенному по результатам обязательных в силу закона торгов, должны быть исполнены победителем торгов лично, если иное не установлено законом. Иногда из этой нормы выводится мысль о невозможности возложения победителем торгов исполнения своих обязательств на третье лицо и в целом применения к этим отношениям правила ст. 313 ГК РФ. Такое толкование представляется ошибочным. Для этого нет политико-правовых оснований. Например, какой смысл запрещать победителю торгов возлагать исполнение своего денежного обязательства на третье лицо? В этом плане ВС РФ в п. 17 [Обзора](#) судебной практики применения законодательства РФ о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд (утв. Президиумом ВС РФ 28 июня 2017 г.) дал совсем иную интерпретацию данной нормы о личном исполнении: «Введенное пунктом 7 статьи 448 ГК РФ требование об исполнении договора лично победителем торгов означает запрет на передачу им

возникающих из соответствующих договоров прав и обязанностей при выполнении работ, оказании услуг, поставке и получении имущества, в том числе во временное пользование. Обязанность личного исполнения государственного (муниципального) контракта обусловлена необходимостью обеспечения принципов открытости, прозрачности и сохранения конкуренции при проведении закупок. Данное правило согласуется с требованиями части 5 статьи 95 Закона о контрактной системе, согласно которой при исполнении контракта не допускается перемена поставщика (подрядчика, исполнителя)». Иначе говоря, Суд увидел в данной норме не запрет на применение ст. 313 ГК РФ, а запрет на перевод обязательств из такого договора на третье лицо.

3.2. Требование личного исполнения в силу условий договора

Сами стороны своим договором могут установить, что исполнение должно быть строго личным и тем самым заблокировать возложение. В таком случае кредитор вправе не принимать исполнение от третьего лица даже при наличии информации о возложении. Этот вывод справедлив, даже если объективно в силу закона или существа обязательства возложение было бы возможно. Тут действует принцип свободы договора. Причины, в силу которых стороны решают установить такое условие, значения не имеют. На основании такого условия кредитор вправе не принимать исполнение от третьего лица, несмотря на возложение.

Но что, если при наличии такого условия происходит интервенция по п. 2 ст. 313 ГК РФ? Вправе ли кредитор отвергнуть предложенное интервентом исполнение, сославшись на условие о строго личном исполнении?

Если интервенция третьего лица основана только на том, что должник просрочил уплату денежного долга, то, видимо, кредитор вправе отвергнуть платеж или вернуть его в разумный срок.

Несколько менее однозначный вопрос может возникать в случаях, когда такое условие договора сочетается с наличием у третьего лица легитимного интереса на интервенцию.

Так, предположим, что по условию договора найма между кредитором (наймодателем) и должником (нанимателем) возложение исполнения обязательства нанимателя на третье лицо запрещено. Наниматель длительное время не производит уплату наемной платы, и поднаниматель, стремясь исключить основание для расторжения договора, осуществляет платеж за нанимателя. Если и в этом случае позволить кредитору не принимать платеж и расторгнуть договор, то интерес кредитора не получать исполнение от третьих лиц будет превалировать над интересом поднанимателя сохранить договор, что

в соответствующих случаях может оказаться критичным для насущных потребностей поднанимателя (например, в единственно доступном для него жилье). Такой перекос в защите двух сталкивающихся интересов не в пользу третьего лица может приводить к несправедливым ситуациям. Поэтому предпочтительным методом является взвешивание интересов кредитора и третьего лица с тем, чтобы отдать предпочтение более весомому из них.

3.3. Запрет в силу существа обязательства

Личный характер обязательства необязательно должен быть установлен буквальным образом в договоре, законе или ином правовом акте, поскольку комментируемая норма предусматривает, что такое свойство обязательства может вытекать также и из его существа. Таким образом, личный характер обязательства является оценочным понятием. Обычно к таким обязательствам относятся обязательства, отличающиеся особенно высоким уровнем доверия к личности должника, его навыкам и умениям. Судебная практика, например, относит к ним обязательство по исполнению музыкального произведения на концерте (п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7), но этот пример, скорее, объясняется специальной нормой закона в отношении договора возмездного оказания услуг (ст. 780 ГК РФ). Другой пример — договор авторского заказа, обязывающий человека написать книгу или создать некое творческое произведение. Очевидно, что из существа обязательства следует невозможность возложения написания книги на третье лицо и представление труда этого третьего лица в качестве своего творческого результата.

3.4. Возможность согласовать отступление от требований личного исполнения

Кредитор и должник могут исключить право кредитора не принимать исполнение от третьего лица своим соглашением, даже если обязательство объективно имеет личный характер, если это не запрещено законом или не следует из подразумеваемого императивного характера соответствующей нормы, устанавливающей запрет на возложение. Например, ничто не мешает сторонам договора оказания услуг допустить возложение исполнения обязательств исполнителя на третье лицо — субисполнителя.

3.5. Есть ли у кредитора право принять исполнение по личному обязательству от третьего лица?

Согласно комментируемой норме, из закона, иного правового акта, условий договора или существа обязательства может следовать, что кредитор не обязан принимать исполнение от третьего лица. Но означает ли эта норма, что кредитор не вправе принять исполнение от третьего

лица по обязательству, имеющему личный характер, по собственному желанию?

Если налицо возложение, а кредитор добровольно принял исполнение от третьего лица, стороны фактически согласовали данный аспект, и праву нет оснований вмешиваться. Например, если пианист заболел и вместо себя попросил выступить на корпоративном концерте джазовой музыки знакомого музыканта, работающего в том же жанре, сообщив о таком возложении заказчику, и тот согласился принять такое исполнение, и воля сторон при этом не указывает на то, что речь идет о расторжении прежнего договора и его замене на договор заказчика и нового музыканта, то заказчик, принимая исполнение, действует в своем праве, и такое исполнение третьего лица влечет прекращение обязательства заболевшего пианиста.

Но что, если возложения не было, а третье лицо осуществляет соответствующую правилам п. 2 ст. 313 ГК РФ интервенцию? Кредитор не обязан принимать исполнение по личному обязательству от третьего лица, и тем более когда ему не сообщено о возложении. Но может ли он принять такое исполнение в счет долга должника? Если закон (или условие договора) устанавливает то, как должник должен исполнить обязательство, оно не ограничивает кредитора. Тот может при желании принять исполнение от интервента. Например, если договор запрещает возложение должником исполнения своего обязательства по оплате на третье лицо, но третье лицо, имея легитимное основание для интервенции по п. 2 ст. 313 ГК РФ, платит за должника, кредитор, видимо, вправе принять платеж от третьего лица. Обратное возможно только в тех случаях, когда закон или договор запрещают кредитору принимать исполнение от третьего лица.

3.6. Отличие требования личного характера исполнения обязательства от связи с личностью должника оснований возникновения самого обязательства

Согласно п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 просроченное денежное обязательство может быть исполнено третьим лицом и в том случае, когда его возникновение связано с личностью должника, например, уплата долга по алиментам. В п. 3 ст. 313 ГК РФ говорится о личном исполнении должника, а не о личном основании возникновения самого обязательства. Для платежа денег личностный элемент значения не имеет. Кредитору, как правило, безразлично, от кого именно поступают деньги, поскольку цель обязательства достигается.

Что же происходит с самим погашенным алиментным требованием, зависит от того, допускаем ли мы суброгацию по погашенным треть-

ими лицами алиментным притязаниям. Этот вопрос спорен с учетом того, что согласно ст. 383 ГК РФ требование об уплате алиментов определяется как неразрывно связанное с личностью кредитора и не способное к преемству. Есть определенные основания толковать эту норму ограничительно и допускать суброгацию в части уплаченного третьим лицом (например, поручителем или интервентом, действующим на основании п. 2 и 5 ст. 313 ГК РФ).

3.7. Влияние личности третьего лица

Комментируемый пункт управомочивает кредитора не принимать исполнение от третьего лица, когда личность должника имеет для него особое значение. Практика показывает появление схожего, но не тождественного, в том числе по субъекту, интереса кредитора, заслуживающего защиты правом порядком. Речь идет о ситуации, когда личность должника не имеет для кредитора особого значения, но его права или законные интересы могут пострадать от взаимодействия с третьим лицом. Такая ситуация может наблюдаться при введении персональных или иных публично-правовых санкций, в том числе иностранным государством, в отношении третьего лица.

Но здесь надо принимать во внимание не только субъектный, но и содержательный предмет санкций. Если нарушение санкционного режима состоит в заключении контрактов с подвергнутыми санкциям субъектами, то принятие исполнения от такого субъекта по российскому праву не должно влечь негативных последствий, поскольку исполнение обязательства третьим лицом в пользу кредитора не является заключением договора между ними. Если же санкционный режим установлен иным образом, когда учитывается любое взаимодействие с санкционированным субъектом, то для кредитора могут наступать негативные последствия, а потому он подлежит защите. Гипотеза комментируемого пункта не охватывает рассматриваемый случай, но принцип справедливости требует ее расширительного толкования или применения п. 3 ст. 313 ГК РФ по аналогии, с тем чтобы предоставить кредитору право не принимать исполнение от такого третьего лица, а полученное — вернуть.

4. Депонирование и зачет

Пункт 4 комментируемой статьи наделяет третье лицо двумя правомочиями: внести долг в депозит нотариуса и произвести зачет.

4.1. Депонирование

Третье лицо, на которое должник возложил исполнение, либо которое имеет правовое основание для интервенции по п. 2 ст. 313 ГК РФ, при исполнении обязательства за должника может столкнуться с теми

же затруднениями, что и должник: прежде всего, с уклонением кредитора от принятия исполнения, безвестным отсутствием кредитора и иными подобными обстоятельствами, препятствующими исполнению. В этом случае при наличии оснований, предусмотренных п. 1 ст. 327 ГК РФ, третье лицо вправе депонировать деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса, так же как это вправе был бы сделать и сам должник. Тем самым законные интересы как третьего лица, так и должника получают защиту со стороны правопорядка. Важно подчеркнуть, что указание в комментируемом пункте на депонирование не может рассматриваться как предоставление третьему лицу права на депонирование без оглядки на наличие условий для депонирования по п. 1 ст. 327 ГК РФ. Третье лицо не может внести деньги на депозит нотариуса, даже не попытавшись заплатить кредитору.

Эта опция касается как случаев, когда имело место возложение, так и тех случаев, когда п. 2 ст. 313 ГК РФ дает третьему лицу право на исполнение без возложения и обязывает кредитора принять такое исполнение. В момент депонирования денег третье лицо будет считаться исполнившим обязательство должника, и могут возникнуть условия для суброгации, если из отношений третьего лица и должника не вытекают иные последствия такого платежа.

По букве закона третье лицо не вправе депонировать денежные средства, если нет правовых оснований для интервенции по п. 2 ст. 313 ГК РФ, а возложение отсутствует. Последствием нарушения этих правил является то обстоятельство, что фикция исполнения обязательства (п. 2 ст. 327 ГК РФ) не реализуется. Обязательство не считается исполненным. Однако если кредитор получит депонированное у нотариуса, то исполнение будет считаться осуществленным. Суброгационный эффект в этом случае, видимо, должен наступать в момент получения кредитором депонированного или изъявлением воли на такое получение (п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

4.2. Зачет

Предоставление комментируемой нормой третьему лицу права произвести зачет, видимо, продиктовано практическими соображениями. Даже при наличии у третьего лица собственного однородного требования к кредитору, срок которого наступил, по общим правилам ст. 410 ГК РФ зачет не мог бы иметь место в силу отсутствия встречности: возложение исполнения обязательства должником на третье лицо не порождает требования кредитора к такому лицу, так как переводом долга не является (см. п. 1 комментария к настоящей статье). Норма п. 4 ст. 313 ГК РФ позволяет третьему лицу преодолеть это препятствие и заявить о зачете при отсутствии встречности.

ВС РФ указывает данную норму в качестве примера ситуации, когда в предусмотренных законом или договором случаях зачетом могут быть прекращены требования, не являющиеся встречными (п. 11 Постановления Пленума от 11 июня 2020 г. № 6).

Предоставление законом права на зачет третьему лицу в отсутствие встречности приводит к такому редкому случаю, когда только одно лицо (третье лицо) в правоотношении имеет право на зачет, а другое лицо (кредитор) аналогичного права по отношению к другой стороне (третьему лицу) не имеет (см. п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

Речь здесь можно вести о двух ситуациях.

Первая сводится к тому, что должник по обязательству возлагает свое исполнение на третье лицо. Последнее, находясь в тех или иных собственных правоотношениях с кредитором, имеет к нему однородное требование. Не будь специального правила, такое третье лицо должно было бы произвести исполнение кредитору и в силу наличия у него однородного требования к кредитору потребовать в совпадающей сумме погашения кредитором своего однородного долга. Последнее нецелесообразно, поскольку влечет риск неполучения исполнения третьим лицом. Несмотря на отсутствие встречности (третье лицо не является должником кредитора), правопорядок предоставляет третьему лицу секундарное (преобразовательное) право на зачет. При данных обстоятельствах можно предположить, что третье лицо соглашается на возложение исполнения именно потому, что имеет к кредитору созревшее однородное требование. Вместо того чтобы производить реальное, но бессмысленное исполнение, такое третье лицо может просто заявить кредитору о зачете своего требования к нему против его требования к должнику. Если взять наиболее распространенный случай возложения — переадресацию исполнения, то одним юридическим актом — зачетом — прекращаются три обязательства: 1) обязательство третьего лица перед должником; 2) обязательство кредитора перед третьим лицом; 3) обязательство должника перед кредитором.

Вторая ситуация сводится к правомерному вторжению третьего лица в чужое обязательственное правоотношение, когда такое третье лицо на основании п. 2 ст. 313 ГК РФ вправе произвести исполнение обязательства должника по собственному побуждению. Никакого возложения здесь нет, а третье лицо действует собственной волей и в своем интересе. Имея однородное требование к кредитору вместо осуществления исполнения за должника в адрес кредитора, третье лицо заявляет о зачете своего требования к кредитору против требования кредитора к должнику. Однако последствия такого зачета в этой ситуации отли-

чаются от описанной выше (с возложением). Обязательство кредитора перед третьим лицом прекращается зачетом, а требование кредитора к должнику не прекращается, поскольку в силу суброгации переходит к третьему лицу, как минимум если долг носит денежный характер. Происходит перемена лица в обязательстве на основании закона (зачет с суброгацией, так же как и платеж с суброгацией). Получается, здесь можно наблюдать атипичный зачет, при котором прекращается только одно обязательство. Его можно также поименовать как несовершенный зачет (*compensatio imperfecta*). Более того, наверное, есть основание рассуждать о том, что это вовсе не зачет, так как по существу происходит своего рода принудительный выкуп требования кредитора к должнику в обмен на прекращение долга кредитора перед третьим лицом.

Правопорядок нуждается в таком искусственном приеме для того, чтобы защитить интересы сторон и привести правоотношения всех трех сторон в сбалансированное экономическое состояние. Интерес кредитора оказывается удовлетворенным, он более не имеет требования к должнику, но освобождается от такого же по размеру долга перед третьим лицом. Третье лицо удовлетворяет свой законный интерес за свой счет, получая взамен требование к должнику. Положение должника остается практически неизменным, поскольку он остается должным ровно такую же сумму, как и ранее, но в пользу другого лица — суброгационного кредитора (третьего лица).

Применительно к зачету третьего лица на основании п. 4 ст. 313 ГК РФ можно задаться вопросом о применении ретроактивности зачета в этом случае. Поскольку зачет производится без встречности, возможно, есть все основания для того, чтобы в таком специфическом случае отказаться от ретроактивности, как это сделано в ситуации, когда образование встречности является последним по времени элементом формирования трех необходимых условий для зачета (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Впрочем, это вопрос спорный и пока однозначно не прояснен (подробнее о ретроактивности зачета см. комментарий к ст. 410 ГК РФ).

5. Суброгация

Исполнение обязательства должника, не важно произведено ли оно самим должником или кем-то еще, приводит к удовлетворению имущественного интереса кредитора, обязательство достигает своей цели и, казалось бы, должно во всяком случае прекратиться (п. 1 ст. 408 ГК РФ). Но п. 5 ст. 313 ГК РФ устанавливает иное последствие для случая учинения исполнения третьим лицом — обязательство должника не прекращается, вместо этого требование кредитора к должнику

переходит к третьему лицу в силу суброгации. По сути, закон говорит о том, что, платя за должника, третье лицо вносит кредитору плату, опосредующую принудительный выкуп права требования и равную номиналу погашаемого долга с автоматическим переходом к третьему лицу права в объеме, соответствующем уплаченному.

Правило о суброгации активно применяется в судебной практике (см.: определения СКЭС ВС РФ от 24 сентября 2018 г. № 305-ЭС18-9640, от 26 ноября 2019 г. № 305-ЭС19-13031, от 22 апреля 2021 г. № 305-ЭС20-13952 (2); определения СКГД ВС РФ от 23 июля 2019 г. № 80-КГ19-6, от 27 августа 2019 г. № 38-КГ19-9; п. 18 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 26 декабря 2018 г.)).

5.1. Ограничительное толкование

Так ли универсально это правило?

Во-первых, данное правило вряд ли может применяться к исполнению за должника большинства неденежных обязательств. Например, если кто-то выполнил за должника работы, имея легитимный интерес на интервенцию, это не означает, что подрядчик теперь должен выполнить аналогичные работы для третьего лица. Впрочем, теоретически применение правил о суброгации мыслимо в ситуации исполнения за должника обязательств, сходных с денежными и состоящих в родовом предоставлении неких объектов, легко доступных на рынке (например, отчуждение бездокументарных ценных бумаг). В тех случаях, когда суброгация неприменима, баланс имущественных отношений может выравниваться за счет правил о неосновательном обогащении и (или) о действии в чужом интересе без поручения, если иное не установлено в соглашении, структурирующем возложение, или не следует из существа отношений.

Во-вторых, предусмотренный п. 5 ст. 313 ГК РФ переход права кредитора к третьему лицу, исполнившему обязательство должника, в силу закона (платеж с суброгацией) сформулирован как правило, действующее во всех случаях такого исполнения, в том числе при наличии возложения. Но такое буквальное толкование данной нормы вступило бы в противоречие с каузой обязательственных отношений третьего лица с должником. Суброгация к третьему лицу устанавливается законом с целью защиты имущественных интересов третьего лица, исполняющего обязательство при отсутствии договоренности между должником и третьим лицом об ином типе покрытия (возмещения) или о дарственном или ином безвозмездном характере предоставления третьего лица. Она необходима прежде всего в тех случаях, когда имущественные интересы третьего лица не были учтены им самим в своих отношениях с долж-

ником, поскольку таковые отсутствуют, т.е. прежде всего в сценарии интервенции. В тех же случаях, когда из условий или существа договора или отношений третьего лица и должника вытекает иное последствие, переход права кредитора может противоречить сути таких последствий.

Например, если третье лицо исполняет обязательство должника на основании возложения в условиях, когда оно само является его должником (переадресация исполнения), долг третьего лица прекращается самим фактом его исполнения кредитором должника, а переход к нему прав кредитора привел бы к искажению экономической сбалансированности отношений сторон. Конечно, в этой ситуации интересы третьего лица и должника могли бы быть сбалансированы зачетом, однако это повлекло бы возникновение дополнительных рисков, связанных с необходимостью соблюдения правил закона о зачете. Сама договоренность о возложении охватывает цель ее сторон прекратить как обязательство должника перед кредитором, так и обязательство третьего лица перед должником единым юридическим фактом исполнения. Возложение уже содержит общую волю сторон на прекращение всех этих обязательств и не требует дополнительной сделки зачета.

Суброгация вносит искажение в намерения сторон (должника и третьего лица) и в том случае, когда третье лицо исполняет обязательство за должника в качестве дара ему. Здесь также потребуется излишнее удвоение: заключение договора о прощении долга суброгационным кредитором, тогда как воля на дарение сторонами уже выражена ранее. Например, представим, что третье лицо состоит в родственных или иных близких отношениях с должником и по его просьбе, имея *animus donandi* (намерение одарить), исполняет обязательство должника, следствием чего является заключенный договор дарения между третьим лицом и должником. Конечно, в данном случае технически можно увидеть суброгацию требования кредитора к третьему лицу и заключение договора о прощении суброгационного долга через логическую секунду после его перехода к третьему лицу. Но это кажется избыточным усложнением отношений сторон. Поэтому при наличии намерения третьего лица одарить должника, например состоящего с ним в родственных отношениях, путем погашения его долга перед кредитором, судебная практика констатирует отсутствие суброгации (Определение СКЭС ВС РФ от 30 марта 2017 г. № 306-ЭС16-17647 (7); п. 15 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г.))¹.

¹ Описанное составляет отдельную разновидность возложения, которую можно именовать последующим инверсированным возложением, поскольку сначала произво-

Отношения третьего лица и должника могут быть опосредованы займом, предоставляемым путем погашения долга должника уплатой денег его кредитору (п. 5 ст. 807 ГК РФ): здесь также нет никакой нужды в суброгации, так как у должника (заемщика) после погашения его долга третьим лицом возникает полноценное договорное обязательство по возврату займа третьему лицу (займодавцу). А кроме того, обратное, т.е. наличие суброгации, привело бы к аномальному удвоению требования третьего лица к должнику (по займу и по суброгации).

Таким образом, данное законодательное положение требует ограничительного толкования (телеологической редукции) с тем, чтобы оно распространялось только на случаи а) исполнения обязательства должника третьим лицом по собственному побуждению, т.е. без возложения по правилам п. 2 ст. 313 ГК РФ, и б) наличия отношений по возложению, в силу которых имущественный баланс согласно договоренности должника и третьего лица выравнивается именно за счет суброгации (подробнее о такой модели см. п. 1 комментария к настоящей статье).

Судя по всему, именно по этому пути пошел ВС РФ, закрепив в п. 21 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 следующие разъяснения: «Если исполнение обязательства было возложено должником на третье лицо, то последствия такого исполнения в отношениях между третьим лицом и должником регулируются соглашением между ними. Согласно пункту 5 статьи 313 ГК РФ *при отсутствии такого соглашения* к третьему лицу, исполнившему обязательство должника, переходят права кредитора в соответствии со статьей 387 ГК РФ» (курсив наш. — А.К., С.С.).

В итоге получается такой подход: при наличии соглашения между третьим лицом и должником (возложение), из положений или существа которого вытекают иные последствия (возникновение заемного долга должника перед третьим лицом в сценарии с займом, полное освобождение должника от долга в сценарии с дарением, погашение долга третьего лица перед должником в сценарии с переадресацией), суброгация не имеет места — и, наоборот, при интервенции и учинении исполнения без возложения, а также при наличии соглашения о возложении, предусматривающего суброгацию как способ возмещения, суброгация происходит.

дится исполнение, а затем заключается договор дарения; а инверсия проистекает из того, что инициатива исходит от третьего лица. Это оно сообщает должнику о том, что его обязательство перед кредитором исполнено и предлагает принять это исполнение в дар. Если должник не желает такого благодеяния со стороны третьего лица, он может отказаться от инверсированного возложения, и тогда исполнение третьего лица будет квалифицироваться в качестве исполнения без возложения, влекущего суброгацию.

Иногда между должником и третьим лицом, у которого нет долга перед должником, достигается соглашение, в силу которого третье лицо соглашается погасить долг должника, но нет указания на то, что такое предоставление является предоставлением займа или дарением, и при этом не указано на суброгацию. В таком случае возложение на лицо, говорить о переадресации нельзя, так как у третьего лица нет долга перед должником, и при этом договоренность, структурирующая отношения должника и третьего лица, отсутствует. Каковы будут последствия исполнения для третьего лица? В силу ст. 423 ГК РФ безвозмездность учиненного третьим лицом в адрес кредитора предоставления и отсутствие какого-либо хотя бы компенсирующего предоставления должника не презюмируются. Но будет ли механизмом восстановления имущественного баланса в такой ситуации реконструкция каузы договора поручения, оказания некой услуги или даже займа и возникновение обязательства возместить понесенные третьим лицом расходы, оплатить цену оказанной услуги, равную как минимум сумме погашенного долга, либо вернуть заем, сумма которого равна размеру погашенного долга (т.е. в любом случае нового договорного обязательства)? Либо в такой ситуации уместно признание применимой модели суброгации? В конечном счете все зависит от содержания соглашения между должником и третьим лицом, структурирующего возложение. Но если воля сторон не очевидна, и толкование договора не позволяет ее определить, необходима некая интерпретационная презумпция. Пока судебная практика для такой ситуации интерпретацию по умолчанию не установила. Буквальное прочтение п. 5 ст. 313 ГК РФ и вышеуказанных разъяснений ВС РФ может наталкивать на вывод о том, что при наличии возложения, но отсутствии ситуации переадресации, соглашения об ином типе покрытия расходов третьего лица, а также о дарственном или ином безвозмездном характере предоставления третьего лица договоренность сторон восполняется правилом о суброгации. Но в целом данный вопрос может вызывать споры.

5.2. Суброгация и запрет на уступку

Если в договоре должника и кредитора был предусмотрен запрет на уступку денежных требований и, соответственно, должник вправе претендовать на возмещение убытков (уплату неустойки) при нарушении такого запрета, должник может защищаться, если докажет недобросовестный сговор кредитора и третьего лица. Если будет доказано, что кредитор и третье лицо имели цель за счет использования предусмотренной в п. 2 и 5 ст. 313 ГК РФ конструкции принудительного «выкупа» прав в результате суброгации фактически обойти договорный

запрет на уступку, должник может получить правовое основание (обход закона) для констатации нарушения договора и применения к своему кредитору мер ответственности.

Но даже когда нет признаков злонамеренного сговора, раз кредитор в силу договора не должен совершать сделку уступки, следовательно, он не должен и принимать исполнение от третьих лиц, недобросовестно пытающихся приобрести требование, зная, что выкупить его в стандартном формате не получится. Если, например, кредитор принял исполнение от третьего лица, не вернул его, передал третьему лицу документацию по долгу, в поведении кредитора может быть обнаружено нарушение требований, вытекающих из духа соглашения и принципа доброй совести. Добросовестный кредитор, который обещает не производить уступку и осознает, что для должника важна его личность, получив платеж от третьего лица за должника, проинформирует об этом последнего, и если должник в разумный срок возразит против принятия такого платежа и суброгации, кредитор должен будет вернуть платеж третьему лицу. Если кредитор этого не делает, в его поведении могут быть обнаружены признаки нарушения стандартов добросовестного поведения, и он должен возместить должнику все убытки в результате суброгации. При этом действительность суброгации здесь по общему правилу, видимо, не может ставиться под сомнение, если речь идет о денежном требовании, так как в силу ст. 388 ГК РФ должник не может оспаривать и обычную цессию в нарушение договорного запрета на уступку. Но в некоторых случаях возможно и блокирование суброгации денежного требования, если переход такого требования причиняет существенный ущерб интересам должника (например, суброгация требования в пользу физического лица дезавуирует изначально заключенное между коммерсантами соглашение о договорной подсудности споров и уводит споры под компетенцию судов общей юрисдикции) (о возможности признания уступки денежного требования в нарушение договорного запрета в качестве ничтожного на основании ст. 10 и 168 ГК РФ см. комментарий к п. 3 ст. 388 ГК РФ).

Выше шла речь о договорном запрете на уступку денежного требования, но что, если запрет перехода требования или уступки носит такой характер, что его нарушение повлечет ничтожность или оспоримость уступки? Означает ли это, что третье лицо, имеющее законный интерес в исполнении, не может рассчитывать на суброгацию?

Если речь идет о требовании, которое необоротоспособно в силу неразрывной связи с личностью кредитора в принципе, исполнение третьим лицом в силу возложения или интервенции возможно, но суброгация не происходит, так как ст. 383 ГК РФ запрещает не уступ-

ку, а любой переход требования, в том числе в силу закона, а значит, и суброгацию.

Соответственно, третьему лицу необходимо согласовать с должником иной способ восстановления имущественного баланса, на суброгацию рассчитывать в такой ситуации не приходится. Что же делать в таком случае третьему лицу, решившему погасить долг должника перед кредитором без возложения, несмотря на необоротоспособность требования кредитора? Например, судебная практика блокирует уступку требования возмещения морального вреда до присуждения судом к его погашению. Представим, что третье лицо погасило моральный вред потерпевшего, имея легитимный интерес в интервенции. Может ли в таком случае третье лицо, осуществившее исполнение, заявить к должнику не иск, основанный на суброгации (ибо она заблокирована), а кондикционный иск? Спорный вопрос. По логике здесь налицо навязанное обогащение, и третьему лицу остается смириться с тем, что с должника он ничего не взыщет. В целом есть серьезные аргументы против допущения удовлетворения кондикционного иска (например, смещение течения сроков давности). Но вопрос может быть предметом обсуждения в рамках доктрины неосновательного обогащения.

Но что, если требование не имеет неразрывную связь с личностью кредитора, однако установлены ограничения в отношении именно уступки? Например, речь идет о ситуациях, когда а) уступка требования без согласия должника не допускается в силу указания в законе и может быть оспорена при отсутствии согласия (например, в силу того, что личность кредитора имеет существенное значение, п. 2 ст. 388, ст. 173.1 ГК РФ), б) в договоре между должником и кредитором установлен запрет на уступку неденежного требования без согласия должника, и его нарушение также влечет оспоримость уступки (п. 4 ст. 388 ГК РФ), и в) закон в принципе запрещает уступку, и последняя будет ничтожна даже при наличии согласия должника (п. 1 ст. 388, п. 2 ст. 168 ГК РФ). Сработает ли в таких ситуациях неправомерности уступки суброгация при исполнении обязательства третьим лицом?

Формально запрещена уступка, а не суброгация, но не исключено и расширительное толкование закона, так как в силу прямого указания в п. 2 ст. 387 ГК РФ правила ст. 388 ГК РФ об ограничении уступки применимы к суброгации, если иное не следует из существа отношений. Вопрос в полной мере не прояснен, но на практике возникает крайне редко, так как суброгация обсуждается в основном применительно к денежным долгам, а здесь законодательные ограничения на уступку минимальны.

5.3. Последствия суброгации

Суброгация требования к третьему лицу подчиняется общим правилам о перемене лиц в обязательстве (гл. 24 ГК РФ). Следовательно, в соответствии со ст. 384 ГК РФ право переходит в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права, а также переходят все дополнительные требования. Речь идет, в частности, о подразумеваемом переходе к исполнившему третьему лицу прав из аксессуарных обеспечений (в том числе поручительства, залога), а при погашении основного долга – права на начисление регулятивных или охранительных процентов, неустоек по такому долгу за период после перехода требования в отношении основного долга. Требования о погашении начисленных за период до суброгации регулятивных или в связи с просрочкой охранительных процентов, неустойки к третьему лицу не переходят, если они не были погашены третьим лицом. То же и с мораторными убытками.

Если третье лицо исполняло обязательство за солидарных должников, то в силу суброгации оно получает точно такую же позицию, как и кредитор, и имеет регрессное требование ко всем солидарным должникам (Определение СКГД ВС РФ от 27 августа 2019 г. № 38-КГ19-9).

Исковая давность в случае суброгации продолжает исчисляться по перешедшему требованию по-прежнему. Погашение долга третьим лицом не оказывает влияния на течение давности (ст. 201 ГК РФ).

Если было исполнено обязательство, возникшее из мирового соглашения, утвержденного судом, то третье лицо вправе требовать вынесения определения о замене стороны процесса (Определение СКГД ВС РФ от 27 августа 2019 г. № 38-КГ19-9).

5.4. Особенности суброгации при частичном исполнении

Еще одна норма комментируемого пункта посвящена возможной конкуренции требования кредитора и требования третьего лица, полученного им по суброгации, при частичном исполнении обязательства должника. Российский закон вслед за большинством континентально-европейских правовых порядков допускает частичную суброгацию при частичном исполнении третьим лицом обязательства должника, а это означает, что исходный кредитор и третье лицо в соответствующих долях оказываются обладающими правами требования к должнику, а при обеспеченности исходного требования – созалогодержателями или долевыми кредиторами поручителя.

Если должник платежеспособен, особых проблем не возникает, он удовлетворяет требования обоих кредиторов полностью и коллизии между интересами исходного и суброгационного кредиторов не возникает. Но что, если должник впадает в банкротство, и оба кредитора

оказываются конкурирующими в отношении его ограниченных активов, либо требование неплатежеспособного должника было обеспечено залогом, предоставленным третьим лицом, и оба кредитора претендуют на стоимость предмета залога, либо исходное требование было обеспечено поручительством и поручитель, так же как и основной должник, впадает в банкротство? Что происходит, если один из этих кредиторов успел получить удовлетворение от должника или поручителя до впадения должника и (или) поручителя в банкротство, а другой остался в итоге ни с чем?

Обычная логика обязательственных правоотношений наводит на мысль, что оба кредитора действуют на свой риск и по своей инициативе, и, соответственно, во-первых, тот, кто первый получил удовлетворение, вправе оставить его себе, даже если другой потом добиться исполнения по своему требованию не смог вовсе (*prior tempore potior iure*), а, во-вторых, в случае стечения требований обоих кредиторов при совместном обращении взыскания на предмет залога или в сценарии банкротства должника или поручителя каждый из кредиторов должен иметь равные права, как если бы речь шла об уступке части требования, и удовлетворяться *pari passu* (на равных началах) и *pro rata* (пропорционально). Это является общим правилом при расчетах с кредиторами в случае ликвидации юридического лица (п. 3 ст. 64 ГК РФ) при банкротстве, а также для активной множественности лиц в обязательстве, обеспеченном залогом (п. 2 ст. 335.1 ГК РФ). И такое решение, не видящее различий между частичной уступкой и частичной суброгацией, известно ряду зарубежных правовых порядков (например, в Нидерландах).

Но выдвигаются аргументы в пользу того, что в сценарии суброгации при частичном исполнении обязательства третьим лицом (поручителем, страховщиком, третьим лицом, платящим за должника по правилам ст. 313 ГК РФ) следует отступить от этих правил, реализовав идею о том, что суброгация не должна приводить к ущемлению интересов исходного кредитора (*nemo subrogat contra se*).

Первый вариант реализации идеи *nemo subrogat contra se* состоит в том, чтобы обеспечить принцип равенства и пропорционального удовлетворения исходного кредитора и третьего лица не только в сценарии стечения кредиторов при совместном обращении взыскания на предмет залога или при банкротстве должника или поручителя, как это следует из закона для любых созалогодержателей или долевых кредиторов, но и в сценарии получения третьим лицом исполнения от должника или поручителя и последующего банкротства должника и поручителя, оставляющего исходного кредитора удовлетво-

ренным в меньшей пропорции, чем требование третьего лица. Эту модель можно назвать моделью *асимметричного уравнивания*. Иначе говоря, предлагается отменить в этой ситуации действие принципа *prior tempore*, если им пытается воспользоваться суброгационный кредитор, и обеспечить реализацию правила *pari passu* в пользу исходного кредитора. Этого можно добиться, если обязать третье лицо поделиться с исходным кредитором частью того, что оно получило от впоследствии впавшего в банкротство должника или поручителя в таком объеме, чтобы на выходе каждый из этих двух кредиторов получил от должника удовлетворение равных долей принадлежащих им требований. При таком варианте третье лицо, «выкупив» в режиме суброгации без согласия кредитора в принудительном порядке часть принадлежащего ему права требования, не должно получать при удовлетворении каких-либо преимуществ перед исходным кредитором, не вправе обойти последнего на том или ином повороте и должно всегда удовлетворяться на равных началах (естественно, это уравнивание асимметрично, и исходный кредитор может действовать по принципу *prior tempore*).

Второй вариант (*модель субординации*) идет дальше и субординирует третье лицо перед исходным кредитором. В рамках этого варианта при возникновении конкуренции за ограниченные активы должника, впавшего в банкротство, или оказавшегося в том же положении поручителя, а также при совместном обращении взыскания на предмет залога третье лицо может получить удовлетворение по своей части требования только после того, как будет полностью удовлетворена часть требования, оставшаяся «в руках» исходного кредитора, а все полученное от должника или поручителя, как минимум в ситуации, когда получение дальнейшего удовлетворения не предвидится, третье лицо должно передать исходному кредитору, дабы обеспечить приоритетное удовлетворение исходного кредитора, имея право претендовать на получаемое от должника только при условии, что исходный кредитор в отношении оставшейся у него части требования полностью удовлетворен. Это решение с теми или иными нюансами встречается в ряде зарубежных правопорядков (например, во Франции, Германии).

Реализация данной идеи в контексте сценария стечения исходного и суброгационного кредиторов в деле о банкротстве должника или поручителя потребует выведения концепции относительной субординации, в рамках которой доли, приходящиеся на каждого из двух конкурсных кредиторов при конкурсном распределении, между ними разделяются согласно правилу субординации: доля, причитающаяся

третьему лицу, направляется исходному кредитору в той части, которая необходима для максимально полного погашения требования исходного кредитора. Иное (менее логичное, но теоретически возможное) решение состоит в том, чтобы в конкурсе осуществлять распределение *pro rata*, без учета субординации, но далее обязывать субординированного суброгационного кредитора передать полученное исходному кредитору, дабы обеспечить его приоритетное удовлетворение. В любом случае других кредиторов должника-банкрота эти отношения субординации между двумя кредиторами затронуть не могут, так как речь идет не о субординации *erga omnes*, а о сугубо относительной субординации (подробнее о такой модели субординации см. комментарий к ст. 309.1 ГК РФ применительно к межкредиторским соглашениям о субординации).

Схожая ситуация при исполнении обязательства поручителем частично разрешалась ранее судебной практикой ВАС РФ. В утратившем силу п. 30 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 Суд с отсылкой к обеспечительной природе поручительства указывал, что в сценарии частичного погашения «поручитель не может осуществить перешедшее к нему право во вред кредитору», а исходный кредитор может самостоятельно осуществлять свои права в отношении остальной части своего требования «преимущественно перед поручителем». Впоследствии этот субординационный подход был отчасти признан законодателем в п. 4 ст. 364 ГК РФ («Поручитель, который приобрел права созалогодержателя или права по иному обеспечению основного обязательства, не вправе осуществлять их во вред кредитору, в том числе не имеет права на удовлетворение своего требования к должнику из стоимости заложенного имущества до полного удовлетворения требований кредитора по основному обязательству»). Наконец, затем этот подход получил развитие в п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 («Поручитель не может осуществлять перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение. Например, при недостаточности полученных при реализации предмета залога средств для удовлетворения требований как кредитора, так и исполнившего поручителя либо при недостаточности имущества другого раздельного поручителя кредитор имеет преимущество при удовлетворении требований за счет предмета залога (т.е. правила о пропорциональном распределении вырученных средств между созалогодержателями применению не подлежат) либо за счет имущества другого раздельного поручителя»). По существу, в сценарии частичной суброгации по договору поручительства в российском праве реализована модель субординации.

Такая субординационная модель в контексте поручительства кажется в целом уместной с учетом обеспечительного характера отношений между исходным кредитором и поручителем, а также того, что поручитель практически всегда является лицом, аффилированным с должником. Спорным аспектом может быть только применение такой субординации в ситуации, когда согласно условиям договора поручительства поручитель отвечал за должника в пределах определенной суммы или части обеспеченного требования, полностью исполнил свое обеспечительное обязательство, но этого не хватило, чтобы погасить весь долг должника.

В то же время универсальная применимость модели субординации в отношении всех случаев суброгации (например, в сценарии суброгации по договорам страхования имущества и выплаты страховщиком страхового возмещения, покрывающего часть причиненного делинквентом ущерба) кажется более спорной. В некоторых странах (например, в Германии) субординация работает и в этом случае, но это не общепризнанный в европейском праве подход. В российском праве данный вопрос не прояснен. Опять же, не очевидно, что такая модель должна работать в ситуации, когда страховщик выплатил все страховое возмещение, которое с него причиталось, а сохранение непогашенной части требования страхователя к делинквенту связана с тем, что сумма ущерба оказалась выше страховой суммы, или была оговорена франшиза.

Такие же сомнения в уместности субординации возникают и применительно к частичной суброгации в случае неполного погашения третьим лицом долга должника по правилам ст. 313 ГК РФ.

До реформы 2015 г. этот вопрос в ст. 313 ГК РФ не регулировался. Действующая редакция комментируемого пункта решает данную проблему, реализуя правило *nemo subrogat contra se*: при частичной суброгации закон запрещает третьему лицу использовать перешедшие ему права в ущерб изначальному кредитору; в частности, в норме указано на то, что перешедшие к третьему лицу «права не имеют преимуществ при их удовлетворении за счет обеспечивающего обязательства или при недостаточности у должника средств для удовлетворения требования в полном объеме».

Но какая модель реализации идеи *nemo subrogat contra se* здесь имеется в виду — асимметрично уравнивающая или субординирующая? Норма говорит о том, что третье лицо не может получить каких-либо *преимуществ* при конкуренции с исходным кредитором, но это указывает, скорее, на реализацию уравнивающей, а не субординационной модели. И действительно, обосновать субординацию в такой ситуации,

когда третье лицо погашает часть долга должника и приобретает по субординации эту часть, нелегко. Впрочем, вопрос остается не вполне проясненным. Теоретически поддержку субординирующей концепции может оказать такое соображение, что законодатель устраняет для исходного кредитора конкуренцию с третьим лицом, поскольку последнее вторгается в чужие обязательственные отношения без согласия кредитора, и такая модель отчасти сдерживает интервенцию третьих лиц, побуждая их договориться с кредитором об уступке.

Остается только отметить, что гипотеза комментируемой нормы предполагает, что кредитор получает частичное исполнение от третьего лица. Между тем это вовсе не отменяет действие правила ст. 311 ГК РФ, допускающей в соответствующих случаях отказ кредитора от принятия частичного исполнения, если такое частичное исполнение не соответствует программе обязательства. Следовательно, если частичное исполнение неправомерно, кредитор вправе изначально исключить конкуренцию с требованиями третьего лица, отказавшись принимать частичное исполнение, исходящее от третьего лица, в соответствии с названной статьей. Однако для денежного обязательства право на отказ в принятии частичного исполнения ограничено судебной практикой, поскольку согласно небесспорной правовой позиции из существа денежного обязательства по общему правилу вытекает возможность его исполнения по частям, в силу чего кредитор не вправе отказаться от принятия исполнения такого обязательства в части (п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

6. Ответственность за качество неденежного исполнения

В п. 6 ст. 313 ГК РФ (в редакции, вступившей в силу с 1 июня 2015 г.) законодатель предпринял попытку урегулировать ситуацию, когда третье лицо исполняет неденежное обязательство должника и такое исполнение оказывается дефектным (содержит те или иные недостатки). Согласно данной норме, ответственность по обязательству за недостатки несет *вместо должника* третье лицо.

6.1. Ответственность третьего лица: ограничительное толкование

Возлагая ответственность за недостатки в исполнении неденежного обязательства на третье лицо, законодатель сформулировал это правило неточно, поскольку оно создает впечатление, что должник освобождается от ответственности за недостатки во всех случаях. Системное истолкование данной нормы в совокупности со ст. 403 ГК РФ позволяет заключить, что освобождение должника от ответственности за недостатки исполнения если и возможно, то только в тех случаях, когда возложение исполнения на третье лицо не имело

места. Иными словами, применение этой нормы требует системного ограничительного толкования. В противном случае нарушался бы принцип относительности обязательств, причем вопреки воле кредитора и в противоречии с условиями обязательства, а, кроме того, тогда ст. 403 ГК РФ никогда не нашла бы места для применения в отношении неденежных обязательств. Судебная практика исходит из того, что положения комментируемой статьи направлены в том числе на расширение механизмов получения кредитором причитающегося ему по обязательству исполнения, т.е., по сути, на защиту его прав. Однако указанной норме не может быть дано такое толкование, в результате которого допускалось бы ущемление интересов самого кредитора против его воли (см. Определение СКЭС ВС РФ от 16 июня 2016 г. № 302-ЭС16-2049).

Соответственно, норму данного пункта нужно толковать в системном единстве со ст. 403 ГК РФ и таким образом ограничить ее применение только случаями отсутствия возложения.

Именно по такому пути пошла и дальнейшая практика ВС РФ. В п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на сей счет указано: «Исходя из взаимосвязанных положений пункта 6 статьи 313 и статьи 403 ГК РФ в случае, когда исполнение было возложено должником на третье лицо, за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства этим третьим лицом перед кредитором отвечает должник, если иное не установлено законом».

Судебная практика, например в области страхования, исходит из того, что за качество произведенного по направлению страховщика станцией технического обслуживания восстановительного ремонта в рамках страхового возмещения по договору добровольного или обязательного страхования имущества ответственность несет страховщик (см.: п. 42 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 20; п. 62 Постановления Пленума ВС РФ от 26 декабря 2017 г. № 58; определения СКГД ВС РФ от 28 января 2014 г. № 46-КГ13-7, от 24 мая 2016 г. № 78-КГ16-22; п. 19 *Обзора* по отдельным вопросам судебной практики, связанным с добровольным страхованием имущества граждан (утв. Президиумом ВС РФ 27 декабря 2017 г.)); такой же подход применялся к возложению исполнения обязательства перевозчиком (Определение Кассационной коллегии ВС РФ от 23 сентября 2010 г. № КАС10-434). И это в полной мере согласуется со ст. 403 ГК РФ.

6.2. Ответственность при отсутствии возложения

Если исходить из того, что к ответственности за недостатки исполнения третье лицо привлекается только в случае отсутствия возложения со стороны должника, то комментируемое законодательное решение

представляется просто избыточным. На практике случаи, когда третье лицо без просьбы должника поставляет за него товар, выполняет работы или оказывает услуги, просто не встречаются. Расходовать ограниченный ресурс Кодекса на регулирование таких надуманных казусов было бы нецелесообразно. Эта новелла вступает в явное противоречие с юридической методологией законодательной экономии (*de minimis non curat lex*).

Но даже если смириться с фактом появления такой нормы, следует признать, что она требует очень аккуратного применения. На настоящий момент однозначное толкование данной нормы не сложилось, но представляется логичным интерпретировать ее следующим образом.

Как уже отмечалось в комментарии к п. 1 настоящей статьи, исполнение третьим лицом обязательства должника без возложения прекращает обязательство должника, если кредитор принял такое исполнение, даже если он нее был обязан к этому, за исключением случая, когда доказано, что кредитор действовал недобросовестно (например, зная или имея все основания знать об отсутствии возложения или об ущербе, который может причинить такое принятие интересам должника). Это правило, видимо, может применяться и к неденежным обязательствам. Иначе пришлось бы возлагать на кредитора бремя проверки наличия возложения в ситуации, когда ему якобы от имени должника привозят товар или предлагают принять результат работ. Это не очень разумно, так как случаи, когда третье лицо попытается предложить кредитору неденежное исполнение без возложения, сугубо по личной инициативе, крайне маловероятны, а проверка возложения требует времени и способна затормозить оборот. Соответственно, если не доказана недобросовестность кредитора, принятое неденежное исполнение, учиненное третьим лицом без возложения, прекращает обязательство должника.

Но если так, то и ответственность за качество такого предоставления перед кредитором должен нести именно должник, а не третье лицо. Если кредитор взыскал с должника те или иные убытки, должник, погасивший эти требования, впоследствии может переложить эти потери на третье лицо в рамках деликтного иска, основанного на неправомерном вторжении третьего лица в договорные отношения должника и кредитора. Иначе говоря, к такого рода ситуациям п. 6 ст. 313 ГК РФ об ответственности третьего лица за качество вместо должника применяться, видимо, не должен.

Другими словами, возможно, есть основания максимально сузить сферу применения п. 6 ст. 313 ГК РФ и исключить ситуацию, ког-

да принятие добросовестным кредитором неденежного исполнения от третьего лица влечет освобождение должника от договорной ответственности за качество. Иначе в практике распространятся случаи, когда после того, как кредитор обнаружит дефекты в полученном исполнении и предъявит должнику требование о возмещении значительных сумм убытков, должник будет заявлять о том, что третье лицо осуществляло соответствующее предоставление без его просьбы, и, следовательно, он не должен нести ответственность за такие дефекты. Для должника такая недобросовестная стратегия защиты станет привлекательной тогда, когда объем ответственности за качество окажется большим, чем объем ответственности за просрочку. При этом третье лицо, которое якобы в такой ситуации по букве п. 6 ст. 313 ГК РФ должно отвечать перед кредитором за качество вместо должника, может быть абсолютно неплатежеспособно и искусственно включено в эту схему отношений злонамеренным образом. При таком нежелательном подходе кредитор *de facto* лишится защиты своих нарушенных прав, что расходится с целями правопорядка.

Против такого решения может быть выдвинуто возражение, что было бы не вполне справедливо привлекать должника к ответственности за качество предоставления, осуществленного третьим лицом без возложения. И это действительно так. Впрочем, острота проблемы в значительной степени снимается, если мы осознаем, что в гражданском обороте практически во всех случаях, когда должник заявит об отсутствии возложения, на самом деле возложение было, так как трудно помыслить реалистичную ситуацию, когда третье лицо решит осуществить неденежное исполнение за должника без какого-либо основания. Иначе говоря, исключение применения правила п. 6 ст. 313 ГК РФ куда чаще предотвратит несправедливую ситуацию лишения кредитора права требовать возмещения убытков от своего должника, который в действительности возлагал исполнение на третье лицо, но впоследствии недобросовестно решил отказаться от признания данного факта, чем спровоцирует иную несправедливость — ответственность должника за качество предоставления, по каким-то неведомым причинам несанкционированно учиненного третьим лицом без возложения.

Если выяснится, что кредитор недобросовестен и знал или должен был знать на момент принятия неденежного предоставления от третьего лица об отсутствии возложения, то принятие исполнения не влияет на обязательственную связь должника и кредитора, обязательство должника не считается исполненным и, соответственно, претензии по качеству кредитор не может предъявить должнику. При этом если

осуществление предоставления третьим лицом и принятие такого исполнения кредитором свидетельствуют о возникновении между ними самостоятельного договорного правоотношения, кредитор вправе предъявить претензии по качеству третьему лицу, что не противоречит п. 6 ст. 313 ГК РФ. Если вывести возникновение договорных отношений между кредитором и третьим лицом на основе данных обстоятельств затруднительно, третье лицо может предъявить кредитору иск о возврате неосновательно полученного по правилам гл. 60 ГК РФ. И тогда оснований для иска кредитора к третьему лицу об ответственности за качество также нет. Исключением может быть случай, когда дефект причинил ущерб личности или имуществу кредитора. В последнем случае кредитор может заявить третьему лицу деликтный иск о возмещении ущерба.

Если же кредитор выявляет недостатки исполнения при принятии с одновременным установлением отсутствия возложения, он всегда может не принимать такое исполнение, оставаясь в обязательственном отношении только с должником. Равным образом, если указанные обстоятельства выявляются после принятия кредитором исполнения, кредитор также вправе вернуть полученное третьему лицу, а должник продолжает оставаться обязанным.

6.3. Возможна ли солидарная ответственность?

Практика показывает, что в некоторых случаях кредитор желает привлечь к ответственности за качество не только своего контрагента, возложившего неденежное исполнение на третье лицо, но и само третье лицо в солидарном порядке (Определение СКГД ВС РФ от 19 марта 2019 г. № 19-КГ18-49). Однако возложение само по себе не порождает солидарной ответственности третьего лица перед кредитором за качество, так как третье лицо не является и не становится должником кредитора. Поэтому кредитор должен адресовать свои претензии должнику, а тот впоследствии может предъявить требования о взыскании убытков к третьему лицу согласно условиям договора, структурирующего основание для возложения.

Но исключением может являться случай, когда некачественное исполнение третьим лицом неденежного обязательства причинило ущерб личности или имуществу кредитора. В таком случае может обсуждаться привлечение третьего лица к деликтной ответственности как минимум при самочинном исполнении. Более того, в случае причинения вреда личности или имуществу кредитора прямой деликтный иск кредитора к третьему лицу может обсуждаться и в сценарии возложения (подробнее о возможности таких прямых исков см. комментариев к ст. 308 ГК РФ).

Дополнительная литература

Дождев Д.В. Делегация и исполнение: анатомия обязательства // Ежегодник сравнительного правоведения. М., 2002. С. 42–72.

Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Ч. I: Теория об обязательствах / Пер. с фр. В.Ю. Гартмана. Петроков, 1911. С. 144–146.

Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 118–184.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1033–1041.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Chr. von Bar, E. Clive. München, 2009. P. 740–744.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 267.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 267.

Статья 314. Срок исполнения обязательства

1. Если обязательство предусматривает или позволяет определить день его исполнения либо период, в течение которого оно должно быть исполнено (в том числе в случае, если этот период исчисляется с момента исполнения обязанностей другой стороной или наступления иных обстоятельств, предусмотренных законом или договором), обязательство подлежит исполнению в этот день или соответственно в любой момент в пределах такого периода.

2. В случаях, когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, обязательство должно быть исполнено в течение семи дней со дня предъявления кредитором требования о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не предусмотрена законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не вытекает из обычаев либо существа обязательства. При непредъявлении кредитором в разумный срок требования об исполнении такого обязательства должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства или не явствует из обычаев либо существа обязательства.

Комментарий

1. Установленный срок исполнения обязательства

Пункт 1 комментируемой статьи закрепляет вполне очевидное правило о том, что обязательство должно исполняться в установленный срок. По смыслу нормы речь идет о сроке, установленном в условиях договора или односторонней сделки (например, независимой гарантии), в императивной или диспозитивной норме закона или иного правового акта, вытекающем из обычая, либо выводящемся из принципов права.

Срок может быть определенным или определимым. В последнем случае конкретные темпоральные параметры исполнения выводятся из установленного в законе, ином правовом акте, условиях сделки или следующего из обычая или принципов права (прежде всего принципа доброй совести) алгоритма определения срока исполнения.

1.1. Различные смыслы понятия «срок исполнения»

Следует различать несколько разных ситуаций, в которых встает вопрос о сроке исполнения обязательства.

1.1.1. Срок как модус исполнения

Первая ситуация налицо тогда, когда существует обязательство осуществить то или иное предоставление (что), а срок исполнения задает темпоральный модус исполнения (когда), и смещение момента реального исполнения не влияет на объем предоставления. В такой ситуации по общему правилу срок не является существенным условием договора, если иное не следует из прямого указания в законе.

Например, такая ситуация налицо, когда договор содержит обязательство передать вещь, а срок исполнения позволяет определить, когда такое предоставление должно быть осуществлено. То же и с обязательством уплатить денежную сумму, оказать консультационную услугу, построить некий объект недвижимости и т.п. Срок исполнения здесь не задает объем предоставления по обязательству, и поэтому смещение срока по оси времени в ту или иную сторону не увеличит и не уменьшит объем договорного предоставления.

По общему правилу пропуск должником такого срока исполнения договорного обязательства не прекращает сам по себе обязательство должника, влечет возникновение текущей просрочки и дает кредитору право на расторжение договора, как правило, в форме внесудебного одностороннего отказа от него (п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 328 ГК РФ), если такая просрочка является существенным нарушением договора по смыслу п. 2 ст. 450 ГК РФ, и реализация права на отказ от договора на фоне такой просрочки не будет свидетельствовать о злоупотреблении правом

на отказ от договора по смыслу п. 4 ст. 450.1 ГК РФ. В большинстве случаев это означает, что просрочка должна быть достаточно длительной, чтобы оправдать разрыв договора. Но многое зависит от конкретных обстоятельств и учета баланса интересов сторон.

В ряде ситуаций специфика отношений предполагает, что интерес кредитора в реализации договора подрывается при малейшей просрочке (например, поставка новогоднего фейерверка к 30 декабря). В такой ситуации согласованный в договоре срок носит настолько строгий и принципиальный характер, что с точки зрения критериев существенности нарушения и добросовестности осуществления вторичного права на отказ расторжение оправдано в ответ на малейшую просрочку (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 450 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

1.1.2. Срок как характеристика предмета разового предоставления

Если же речь идет о разовом предоставлении, иногда срок входит в предмет договора. В таком случае более позднее исполнение будет означать уже изменение не модуса исполнения и даже не объема предоставления, а просто изменение самого существа предоставления. Такое изменение потребует достижения сторонами соглашения.

В такой ситуации срок обычно имеет значение существенного условия договора, и положение п. 2 ст. 314 ГК РФ о восполнении программы обязательственного правоотношения правилом о востребовании исполнения и льготном сроке не применимо. Просрочка приводит к прекращению обязательства должника невозможностью исполнения. Смещение исполнения на будущее нелегитимно. Это, касается, например, обязательства по организации театральной постановки на основании купленного билета или осуществлению авиаперевозки пассажира в означенную дату. Если вылет рейса в означенный день был отменен и фактически осуществлен не был, налицо не текущая просрочка, а наступающая бесповоротная невозможность исполнения. Соответственно, кредитору даже нет необходимости отказываться от договора, так как обязательство должника прекращается автоматически в силу п. 1 ст. 416 ГК РФ и прекращается — в силу условного аспекта синаллагмы — встречное обязательство (либо созревает его долг вернуть кредитору осуществленное встречное предоставление).

Эту ситуацию следует отличать от той, в которой срок носит принципиальный для кредитора характер, и просрочка дает кредитору право

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

на отказ от договора, даже если просрочка составляет один день (например, случай с поставкой елочных игрушек). В последнем случае кредитор может и не отказаться от договора и числить за должником просрочку и даже заявить иск о принудительном исполнении.

1.1.3. Срок как характеристика объема договорного предоставления

Третья ситуация налицо тогда, когда обязательство предусматривает некое пролонгированное предоставление, а срок исполнения определяет темпоральные границы, в пределах которых предоставление должно осуществляться. Здесь сроки задают не столько модус, сколько объем самого предоставления и также по общему правилу входят в предмет договора.

Например, когда арендодатель обязуется обеспечивать арендатору спокойное владение и пользование вещь в течение года с момента передачи арендатору соответствующей недвижимости, срок отвечает не столько на вопрос «когда?», сколько на вопрос «в каком объеме?». То же и с указанием продолжительности обучения, терапии, длительности оказания охранных услуг, срока хранения и т.п. То же и в случае принятия одной из сторон на себя негативного обязательства не конкурировать или хранить ту или иную информацию в тайне.

В такой ситуации следует выяснить, каковы последствия неисполнения должником своего обязательства: если тот объем предоставления, который не был осуществлен, переносится на будущее, смещая конечный срок, неисполнение само по себе не усекает масштаб синаллагмы, обязательство должника не прекращается и не прекращается встречное обязательство, причитающееся в обмен на просроченное исполнение, возникает просрочка, но возможен отказ от договора, если нарушение носит существенный характер. Если же удлинение срока не предполагается, то неисполнение в течение каждого из дней влечет автоматическое прекращение обязательства должника в отношении объема предоставления, причитающегося за этот день, в силу невозможности исполнения (п. 1 ст. 416 ГК РФ) и отпадение каузы для осуществления встречного предоставления за этот выпадающий объем предоставления должника. Кредитора может не устроить такая ситуация нарастающего усечения объема синаллагмы, и он тогда вправе отказаться от договора на будущее.

Такой срок исполнения может являться существенным условием договора, но, как правило, это не так, и пробел может быть восполнен. При этом здесь не применяется то диспозитивное правило, которое установлено в п. 2 ст. 314 ГК РФ (о востребовании и льготном сроке). Обычно восполнение производится либо правилом о разумном сроке или правилом о бессрочности в сочетании с предоставлением каждой

из сторон право на немотивированный отказ от договора (например, ст. 610 ГК РФ).

1.2. Варианты установления срока исполнения обязательства

Согласно ст. 190 ГК РФ срок может определяться путем указания конкретной календарной даты, в которую должно быть учинено исполнение (например, подрядчик должен установить праздничную иллюминацию на улице города 30 декабря 2022 г.), либо указанием дня наступления некоего обстоятельства, которое неизбежно должно наступить (например, поставщик должен поставить жидкость для очистки фюзеляжей в тот день, когда ночная температура в Мурманске по метеорологическому прогнозу должна упасть ниже 0 градусов по Цельсию). В такого рода случаях срок исполнения обязательства определяется периодом времени длительностью в один день, и сам этот день четко определен. Также встречаются обязательства, срок исполнения которых определен за счет указания на час и тем более минуту в рамках того или иного календарного дня или дня, который неизбежно наступит, хотя и такое можно себе представить (например, условие о том, что онлайн-конференция должна быть проведена 1 июня 2022 г. с 10:00 до 13:00 по московскому времени).

Несколько чаще условия сделки, закон, иной правовой акт, обычай определяют срок исполнения обязательства за счет более длительного отрезка времени.

Начальный и конечный моменты отводимого на исполнение периода могут определяться двумя календарными датами (например, срок исполнения обязательства – с 1 июня по 31 августа 2022 г.).

Иногда начальной точкой отсчета периода является дата заключения договора, а конечной – некий указанный в условиях сделки календарный день (например, срок исполнения обязательства по внесению аванса – с момента заключения договора до 31 декабря 2022 г.).

Более распространенный способ очертить темпоральные границы периода, отводимого на исполнение обязательства, состоит в том, что сам период выражается в минутах, часах, днях, неделях, декадах, месяцах, кварталах или годах, отсчитываемых от некой указанной в условиях сделки начальной точки отсчета. Что же может быть такой точкой отсчета? Момент начала течения такого отрезка времени может быть привязан к наступлению обстоятельства, которое неизбежно должно наступить в будущем (например, 30 дней с момента открытия судоходства по той или иной реке, которая ежегодно освобождается ото льда). Чаще таким начальным моментом периода времени является момент заключения того договора, который и устанавливает само обязательство (например, предоплата должна быть внесена в течение

10 дней с момента заключения договора). Этот последний вариант является наиболее распространенным из всех вышеперечисленных.

Но еще чаще встречается на практике иной способ фиксации периода времени, отводимого на исполнение. Данный период времени либо начинает отсчитываться с момента наступления обстоятельства, наступление которого не предопределено (подробнее о таком способе фиксации срока исполнения см. п. 1.3 комментария к настоящей статье).

1.3. Привязка начального момента расчета периода времени, отводимого на исполнение, к наступлению отлагательного условия

Ничто не препятствует установлению в условиях сделки, законе, ином правовом акте или выведению из обычая условного обязательства, созревание которого привязано к наступлению отлагательного условия. Возможность установить условное обязательство прямо следует из содержания ст. 327.1 ГК РФ. Модель этого обязательства такова: если наступит то или иное обстоятельство, должник должен осуществить исполнение в течение того или иного отрезка времени.

Здесь возможны разные комбинации такого условия как триггера возникновения (созревания) обязательства и срока на исполнение.

Стороны договора могут согласовать, что обязательство должно исполняться после наступления того или иного отлагательного условия, но не позднее соответствующего срока, который установлен календарной датой или периодом времени, рассчитываемым с момента наступления некоего иного обстоятельства, которое либо уже произошло, либо неизбежно произойдет. Например, стороны могут договориться, что поставка товара должна произойти в течение одного года с момента заключения договора, но только при условии отмены установленных санитарных ограничений. Получается, что до отмены ограничений поставка невозможна, и если в течение одного года с момента заключения договора ограничения не будут сняты, правовая связь сторон прекратится, и поставка уже не состоится. Если санитарные ограничения будут сняты, скажем, через десять месяцев после заключения договора, у поставщика будет два месяца на поставку товара.

Но куда чаще происходит фиксация срока исполнения обязательства в виде указания на некий период времени, исчисляемый в минутах, часах, днях, неделях, декадах, месяцах, кварталах или годах и начинающий отсчитываться с момента наступления того или иного отлагательного условия. Это крайне распространенный способ определения срока исполнения обязательства (отлагательно обусловленный срок). Такая возможность прямо признана в комментируемом пункте.

1.3.1. Обстоятельство, запускающее отсчет срока на исполнение

Какие отлагательные условия могут выступить в качестве триггера, запускающего отсчет периода времени, который отводится на исполнение?

Во-первых, таким условием согласно п. 1 ст. 314 ГК РФ может быть исполнение обязательства другой стороной. Например, стороны синаллагматического договора, как правило, предусматривают, что исполнение обязательства одной из сторон строго обусловлено предварительным осуществлением предшествующего исполнения другой стороной. В таком случае срок осуществления последующего исполнения обычно определяют в виде периода времени, рассчитываемого с момента получения предшествующего исполнения (например, 30 дней после получения предоплаты).

Во-вторых, в силу прямого указания в комментируемой норме возможна привязка начала расчета периода времени для исполнения и к наступлению иного обстоятельства. О каких иных обстоятельствах здесь может идти речь? Таким условием может быть:

– совершение кредитором тех или иных действий, представляющих собой исполнение кредиторской обязанности (например, подрядчик должен выполнить работы в течение трех месяцев после получения заказчиком разрешения на строительство);

– востребование исполнения кредитором (например, срок выдачи денег с вклада до востребования — один день с момента получения заявления вкладчика о снятии средств);

– совершение кредитором иных действий или волеизъявлений, не составляющих ни предмет той или иной его обязанности, ни востребование исполнения (например, сторона должна вернуть полученный аванс в течение семи дней после получения заявления контрагента об отказе от договора);

– исполнение иных обязательств должником (например, подрядчик должен произвести те или иные работы в течение 30 дней после окончания им предыдущего этапа работ);

– совершение должником иных действий, не составляющих предмет его обязательств (например, если покупатель перепродает купленный товар по более высокой цене, чем цена первичной продажи, он обязан в течение 30 дней перечислить 10% от этой разницы продавцу, либо, если арендатор откажется от договора аренды, он обязан в течение семи дней внести плату за отказ от договора);

– наступление иных обстоятельств, вовсе от сторон не зависящих, включая действия третьих лиц и события (например, изменение законодательства, снятие эмбарго).

Во всех этих ситуациях добавления срока в виде периода времени к наступлению отлагательного условия срок исполнения обязательства следует считать согласованным.

Такие примеры постоянно встречаются в договорной практике и фигурируют в практике разрешения споров.

Вопрос о том, во всех ли указанных случаях корректно квалифицировать обстоятельство, к которому привязан отсчет срока на исполнение, в качестве отлагательного условия, может вызывать споры. Например, не все юристы согласятся с тем, что внесение предоплаты, к которому привязан отсчет срока на поставку товара, представляет собой отлагательное условие для исполнения обязательства по поставке (подробнее см. комментариев к ст. 327.1 ГК РФ), но в контексте данного комментария это не имеет принципиального значения.

1.3.2. Абсурдная прежняя практика нижестоящих судов

Ранее в судебной практике часто встречался подход, согласно которому фиксация в договоре срока исполнения обязательства в виде периода времени, исчисляемого в минутах, часах, днях, неделях, декадах, месяцах, годах и т.п., с момента исполнения обязательства другой стороной или наступления иных отлагательных условий, считалась незаконной. Для договоров, в отношении которых срок исполнения является существенным условием (например, строительный подряд), это приводило суды к абсурдному выводу о незаключенности договора.

Но практика высших судов в конечном итоге сняла эту проблему, признав законность отлагательно обусловленного срока исполнения обязательства (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 мая 2011 г. № 16904/10, п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165). Прямая фиксация такой возможности в п. 1 ст. 314 ГК РФ с 1 июня 2015 г. окончательно разрешает эту проблему. Признается такая возможность и в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. В частности, здесь указывается на то, что стороны договора подряда могут согласовать срок выполнения работ в виде некоего периода времени, начинающего исчисляться с момента внесения заказчиком аванса.

1.3.3. Устранение состояния вечной подвешенности

Окончательная легализация описанного в рамках настоящего пункта комментария варианта привязки срока исполнения обязательства к наступлению некоего оговоренного отлагательного условия ставит на повестку дня важный вопрос о защите интересов должника и кредитора от потенциально вечной подвешенности и не-

определенности их правоотношений. Ведь отлагательное условие может не наступать сколь угодно долго, а право, как правило, противиться ситуации бесконечной неопределенности и подвешенности отношений сторон.

Применительно к случаю, когда условием, запускающим начало течения срока исполнения обязательства должника, является предварительное исполнение кредитором своего встречного обязательства (например, внесение предоплаты), проблема решается достаточно легко. У встречного обязательства кредитора, которое должно исполняться первым по очереди, установленный срок исполнения либо имеется, либо этот срок определяется по правилам ст. 314 ГК РФ. В случае длительного неосуществления кредитором предшествующего исполнения должник по обязательству, привязанному к исполнению кредитором своей обязанности, вправе отказаться от договора или расторгнуть его в судебном порядке (п. 2 ст. 405 ГК РФ, п. 2 ст. 328 ГК РФ, п. 2 ст. 450 ГК РФ). Интересы же стороны, обязанной совершить предшествующее исполнение, не заслуживают защиты, так как исполнение этой стороной собственного обязательства, обуславливающего исполнение обязательства должника, находится в сфере контроля первой стороны. Эта идея закреплена в п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165, п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

В ситуации, когда срок в виде периода времени начинает отсчитываться с момента исполнения кредитором своей кредиторской обязанности (например, работы должны быть выполнены в течение 30 дней с момента передачи материалов), проблема решается аналогично. Кредитор, не совершивший необходимые действия, которые должны были обеспечить должнику возможность исполнения и к совершению которых привязан период времени, отводимый должнику на исполнение, впадает в просрочку кредитора, и, следовательно, должник может применить к кредитору соответствующие санкции (п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В частности, должник, столкнувшийся с длительным неисполнением кредиторской обязанности, имеет право на расторжение договора и поэтому может положить конец состоянию подвешенности в отношениях сторон. Право на расторжение договора в такой ситуации не указано прямо в ст. 406 ГК РФ, но выводится из системного толкования п. 2 ст. 450 ГК РФ, а также применения по аналогии ряда специальных норм о купле-продаже, подряде и иных договорах, закрепляющих право одной из сторон на отказ от договора при впадении контрагента в просрочку

кредитора (подробнее см. комментарий к ст. 406 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Когда срок на исполнение обязательства привязан к моменту востребования исполнения кредитором, вечной подвешенности в отношениях сторон также, как правило, не возникает, так как в силу п. 2 ст. 314 ГК РФ должник по прошествии разумного срока вправе предложить кредитору принять исполнение и при уклонении кредитора — исходить из впадения кредитора в просрочку, что опять же дает должнику право на отказ от договора и выход из состояния вечной подвешенности (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 314 ГК РФ).

Если наступление соответствующего условия, влекущего созревание обязательства должника, входит в предмет другого обязательства должника, ситуация также разрешается достаточно просто. Так, например, если должник должен исполнить свои обязательства последовательно и срок исполнения второго обязательства привязан к моменту исполнения должником первого обязательства, вечная подвешенность не возникает. Ведь в отношении первого обязательства либо установлен, либо выводится из п. 2 ст. 314 ГК РФ срок исполнения, и, соответственно, если должник допускает существенную просрочку в отношении этого обязательства, кредитор вправе отказаться от договора уже на этом этапе, а если первая обязанность исполнена, то темпоральная определенность уже наступила, так как отсчет периода времени для исполнения второго обязательства начался.

В тех же случаях, когда условием созревания обязательства должника является а) совершение кредитором или должником действий, не входящих в предмет их договорных обязанностей, или б) совершение действий третьими лицами или наступление события, не зависящего от воли и поведения сторон, действительно возникает угроза вечной подвешенности отношений сторон и потенциально бесконечного ожидания наступления такого отлагательного условия. Эта ситуация возникает в тех случаях, когда речь идет об обязательстве осуществить основное договорное предоставление. Вечное ожидание наступления отлагательного условия (как минимум по общему правилу) не может допускаться и вряд ли соответствует подразумеваемой воле разумных участников оборота. Поэтому аккуратные контрагенты договариваются о том, что если условие, с которым связывается начало течения срока исполнения, не наступит в течение

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 406 ГК РФ — *Р.У. Сулейманов*).

конкретного периода времени, определяемого по правилам ст. 190 ГК РФ (например, некоего срока с момента заключения договора), то либо обязательство прекращается автоматически, либо стороны получают право на отказ от договора в целом или в отношении данного обязательства, либо срок на исполнение начинает исчисляться, несмотря на ненаступление условия, т.е. так и или иначе прекратят состояние ожидания наступления условия.

Если стороны о соответствующем механизме прекращения состояния ожидания наступления условия не договорились, судам следует на основе принципа доброй совести восполнить договор разумным сроком ожидания наступления условия и соответствующим существу отношений и специфике договора последствием истечения такого срока. Сам разумный срок ожидания условия должен определяться с учетом конкретных обстоятельств и подразумеваемой воли сторон. Эта идея о восполнении условий сделки, содержащей отлагательное условие, структурирующее динамику обязательственного правоотношения, разумным сроком ожидания такого условия в последние годы прочно укоренилось в практике высших судов (п. 3 [Обзора](#) судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г.), ответ на вопрос № 2 в [Обзоре](#) судебной практики ВС РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.), Определение СКЭС ВС РФ от 15 мая 2020 г. № 305-ЭС19-24867).

Какое последствие истечения разумного срока является наиболее адекватным природе отношений сторон (созревание долга, несмотря на ненаступление условия, автоматическое прекращение обязательства или предоставление сторонам права на произвольный отказ от договора), зависит от конкретных обстоятельств. Если стороны сами не оговорили такое последствие, суду придется восполнять пробел в договоре и по данному вопросу.

В тех случаях, когда под условие поставлено исполнение встречного обязательства в обмен на уже осуществленное контрагентом предоставление, логично по умолчанию восполнять программу договорных правоотношений условием о созревании встречного долга, несмотря на ненаступление условия в течение разумного срока. Например, стороны договора субподряда или поставки строительных материалов могут договориться о том, что оплата выполненных субподрядчиком работ или поставленных поставщиком материалов должна быть произведена должником в течение определенного периода времени после получения должником по такому обязательству финансирования из бюджета или введения строящегося здания в эксплуатацию.

Принцип недопустимости возникновения вечной неопределенности в отношениях сторон в таких случаях предполагает, что соответствующее условие должно наступить в течение разумного срока (если иной срок ожидания наступления условия не оговорен), а при ненаступлении условия в разумный срок встречное обязательство должно созреть в любом случае, если из договора не следует иное. Данный подход отражен в ответе на вопрос № 2 в Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.), определениях СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-20514, от 15 мая 2020 г. № 305-ЭС19-24867 и от 28 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26475. В Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 22 июля 2020 г.) эта правовая позиция в общем виде закреплена следующим образом: «По общему правилу, условие о наступлении срока исполнения обязанности по оплате встречного предоставления с момента наступления обстоятельства, относительно которого неизвестно наступит оно или нет, является действительным. При этом указанный момент считается наступившим по истечении разумного срока, в который данное обстоятельство должно было наступить, если иной срок не установлен законом, иным правовым актом или договором».

Так, например, если в договоре долевого участия в строительстве срок передачи квартиры покупателю установлен в виде некоего периода времени, исчисляемого с даты окончания строительства и введения здания в эксплуатацию, суды должны восполнить договор условием о сроке ожидания наступления такого условия, по окончании которого обязательство по передаче должно созреть в любом случае и период времени для передачи квартиры — начать исчисляться. Если планируемый срок строительства прямо определен в договоре, то он и считается сроком ожидания наступления условия. Если этот разумный срок истек, созревает обязательство по передаче квартиры и начинает исчисляться оговоренный срок на передачу, даже если окончание строительства затянулось. Соответственно, по окончании этого срока на передачу, рассчитанного с даты после истечения оговоренного срока строительства, покупатель может начать начислять на продавца соответствующие штрафные санкции, установленные за просрочку в передаче квартиры. Иной подход означал бы, что покупатель вынужден вечно ждать окончания строительства и не мог бы применить к продавцу те или иные санкции за нарушение сроков передачи квартиры (определения СКЭС ВС РФ от 3 октября 2016 г. № 305-ЭС16-6006 (4), от 13 февраля 2020 г. № 305-ЭС19-20142 и от 5 августа 2021 г. № 305-ЭС19-13940; определения СКГД ВС РФ

от 24 апреля 2018 г. № 117-КГ18-19, от 5 июня 2018 г. № 4-КГ18-38, от 21 мая 2019 г. № 18-КГ19-10).

Естественно, в договоре может быть оговорено, что последствием ненаступления условия в установленный или разумный срок будет расторжение договора (автоматическое или по заявлению одной из сторон) и возврат полученного, либо прекращение встречного обязательства без возврата полученного. Последнее условие договора о списании долга не может подразумеваться и должно быть прямо выражено в условиях сделки или недвусмысленно вытекать из природы договора. Такое условие в ряде ситуаций может быть расценено как волеизъявление на дарение, что оказывается невозможным в случаях, когда дарение запрещено (ст. 575 ГК РФ). Но если эти варианты прекращения вечной подвешенности не оговорены, то по умолчанию подразумевается сценарий созревания встречного обязательства по прошествии разумного срока с момента получения предшествующего исполнения.

При этом, естественно, срок исполнения может быть признан наступившим и ранее окончания согласованного в условиях сделки или разумного срока ожидания наступления условия, если должник недобросовестно препятствовал наступлению условия (см. Определение СКЭС ВС РФ от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564) или не совершил разумных действий для обеспечения наступления условия, когда совершение таковых было предусмотрено условиями сделки или вытекало из нормы позитивного права, обычая или принципа доброй совести (Определение СКЭС ВС РФ от 28 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26475). Здесь срабатывает фикция наступления условия по смыслу п. 3 ст. 157 и п. 4 ст. 1 ГК РФ.

Но если речь не идет о встречном обязательстве по осуществлению предоставления в обмен на уже полученное от другой стороны предоставление, а под условие ставится начало исчисления периода на исполнение «открывающего» обязательства по синаллагматическому договору (например, обязательство внести предоплату), и это условие не наступило в течение разумного срока, восполнение программы договорных правоотношений за счет правила о созревании долга, несмотря на ненаступление условия в течение разумного срока, кажется уже куда более сомнительным. Более подходящим существу отношений будет, видимо, правило о прекращении обязательств по прошествии разумного срока или возникновении у каждой из сторон права на произвольный отказ от договора.

Дабы избежать неопределенности по поводу сценария исключения вечной подвешенности, сторонам следует обязательно оговорить как

срок ожидания наступления условия, так и последствия ненаступления условия в течение данного срока.

Подробнее см. комментарий к ст. 327.1 ГК РФ.

1.4. Период времени, конец расчета которого определен отменительным условием

Стороны могут установить, что обязательство должно быть исполнено в течение определенного периода времени, исчисляемого минутами, часами, днями, неделями, декадами, месяцами, кварталами или годами с момента наступления обстоятельства, которое уже произошло или неизбежно произойдет, но прекращается досрочно при наступлении того или иного отменительного условия. Например, в условиях договора аренды здания может быть указано, что стороны исполняют свои обязательства в течение 10 лет с момента совершения сделки, но обязательства прекращаются досрочно, если изменится схема движения по прилегающим к зданию улицам. В такого рода случаях срок исполнения обязательства считается установленным, и особых проблем не возникает.

Но иногда в силу условий сделки, закона, иного правового акта, обычая крайняя точка периода времени, отводимого на исполнение обязательств, определяется путем указания на обстоятельство, наступление которого не предопределено. Например, в договоре указано, что поставщик обязуется поставлять те или иные фармацевтические товары ежемесячными партиями до момента введения запрета на оборот таких лекарств или что покупатель должен погасить долг за поставленный товар в любой день до победы сборной России на чемпионате мира по футболу. В такого рода случаях момент окончания периода, отводимого на исполнение обязательства, определяется отменительным условием по смыслу п. 2 ст. 157 ГК РФ и ст. 327.1 ГК РФ. Можно ли здесь говорить о том, что в условиях сделки установлен срок исполнения обязательства? Ответ отрицательный.

В такого рода случаях нельзя сказать, что установлен полноценный срок исполнения обязательства, ибо срок, согласно ст. 190 ГК РФ, должен иметь некую конечную точку, и обязательство с бесконечным сроком исполнения немыслимо. Поэтому, с учетом того, что российская судебная практика относит срок выполнения работ к категории существенных условий договора строительного подряда, условие такого договора о строительстве в течение периода с момента заключения договора и до открытия марсианской базы должно признаваться несогласованным, а сам договор по общему правилу — незаключенным в силу отсутствия согласия по существенному условию (ст. 432 ГК РФ). Если срок исполнения обязательства для данного договора не являет-

ся существенным условием, суду следует констатировать отсутствие конкретного согласованного срока и восполнить так или иначе пробел в договоре (подробнее о механике восполнения такого пробела в ситуации, когда срок обозначает не предмет, а модус предоставления, см. комментарий к п. 2 комментируемой статьи). В тех же случаях, когда срок обозначает характеристики объема некоего пролонгированного предоставления, используются иные подходы к восполнению пробела (например, применение правила о бессрочности с предоставлением каждой из сторон права на произвольный отказ от договора).

1.5. Значение срока исполнения обязательства

В тех случаях, когда исполнение обязательства предполагает пролонгированное предоставление, доставляющее кредитору удовлетворение в процессе его осуществления, и срок определяет не модус исполнения, а объем предоставления, указание на отводимый для такого предоставления период времени означает, что должник должен осуществлять то или иное предоставление в течение всего этого периода, а кредитор в течение этого периода — принимать исполнение. Например, если заключено соглашение о конфиденциальности и в нем определен срок исполнения обязательства, соответствующая сторона должна воздерживаться от разглашения информации в течение всего указанного периода времени. Если договор аренды предусматривает обязательство арендодателя оградить арендатора от тех или иных препятствий к спокойному владению и использованию соответствующей вещи, из природы обязательства следует, что арендодатель гарантирует отсутствие тех или иных препятствий в течение всего оговоренного срока аренды.

Если срок входит в предмет разового договорного предоставления (например, билет на концерт), срок считается установленным в интересах обеих сторон. Должник не вправе осуществить предоставление ни ранее, ни позднее, а кредитор не вправе требовать досрочного исполнения.

Если срок исполнения определяет темпоральный модус предоставления, вопрос о целях установления срока менее очевидный. Такой срок может устанавливаться в пользу должника, кредитора или обеих сторон.

Если в интересах должника установлен такой срок в виде периода времени, должник вправе выбрать любой момент в пределах очерченного отрезка времени для осуществления исполнения, а кредитор в случае, когда принятие исполнения предполагается в силу природы обязательства, обязан принять предложенное исполнение и впадет в просрочку кредитора при уклонении от принятия исполнения (ст. 406 ГК РФ). Но до окончания данного периода кредитор требовать от должника

исполнения не может. Например, если в договоре установлено, что покупатель обязан внести оплату в течение 60 дней после поставки, этот срок установлен в пользу покупателя (должника), он может совершить платеж в любой из дней в рамках этого периода, а поставщик по общему правилу не может требовать от него оплаты (заявить иск о взыскании долга, осуществить безакцептное списание, принимать иные меры, направленные на принудительное осуществление своего требования, фиксировать просрочку и применять меры ответственности) до истечения данного периода. Здесь начало указанного периода на исполнение означает наступление исполнимости обязательства, а окончание — начало просрочки и созревание обязательственного требования для принудительного осуществления.

Если подобный задающий модус оговоренного предоставления срок установлен в пользу кредитора, то ситуация прямо противоположная: должник до истечения указанного периода не вправе пытаться исполнить обязательство против воли кредитора, а должен исполнять после истечения данного периода, но кредитор вправе потребовать исполнения в любой из дней в рамках этого периода. Например, по договору покупатель вправе выбрать товар со склада поставщика в течение определенного периода: покупатель может потребовать передачи товара в любой из дней в рамках данного периода, но поставщик не может пытаться навязать покупателю выборку товара ранее истечения этого срока. Та же ситуация и со сроком хранения: поклажедатель как кредитор по обязательству вернуть вещь может требовать возврата вещи как после истечения, так и до истечения данного срока, но хранитель как должник по данному обязательству не вправе пытаться исполнить его, вернув вещь, до истечения срока.

Нередко срок в виде периода времени устанавливается в интересах обеих сторон, и тогда до истечения некоего периода ни должник не вправе пытаться исполнить обязательство, ни кредитор не может потребовать исполнения. Например, по срочному вкладу, размещенному коммерческой организацией, банк (должник) не обязан возвращать вклад до истечения срока, даже если вкладчик этого потребует, но он и не может по собственной воле вернуть вклад досрочно. То же и с кредитом, по которому отсутствует право на досрочный возврат кредита: ранее истечения срока по общему правилу ни заемщик не вправе пытаться погасить кредит, ни банк не вправе требовать его погашения.

Сложным может быть вопрос интерпретации срока на осуществление предоставления в виде календарной даты.

Конкретное значение срока исполнения обязательства должно выводиться из закона или иных правовых актов, условий сделки, обы-

чаев и существа обязательства и отношений сторон (см. подробнее комментарий к ст. 315 ГК РФ).

1.6. Срок как обычное или существенное условие договора

По общему правилу срок исполнения обязательства, задающий модус оговоренного предоставляется, является обычным условием договора (*naturalia negotii*). Если в договоре срок исполнения прямо не оговорен, договор считается заключенным, а пробел восполняется за счет применения правил, указанных в п. 2 ст. 314 ГК РФ или в специальных положениях закона, следующих из обычаев или существа обязательства.

Но в ряде ситуаций такой срок исполнения обязательства является существенным условием (*essentialia negotii*), и при отсутствии прямого согласия сторон по данному условию договор признается незаключенным (п. 1 ст. 432 ГК РФ). Это, в частности, касается срока выполнения строительных работ (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 января 2000 г. № 51) (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 432 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В тех случаях, когда срок разового предоставления настолько важен, что входит в предмет самого договора, такой срок в силу п. 1 ст. 432 ГК РФ является по общему правилу существенным условием договора, и при отсутствии договоренности сторон на сей счет договор считается не заключенным. Например, если нет договоренности о дате концерта, на который планирует пойти зритель, договор не заключен.

В тех ситуациях, когда срок задает объем пролонгированного предоставления, иногда закон объявляет срок существенным условием (например, в п. 1 ст. 1016 ГК РФ законодатель поступил так в отношении срока доверительного управления, но такое решение сомнительно). Но по общему правилу такой срок, хотя и характеризует предмет договора, не должен признаваться существенным условием, так как подобный пробел логичнее восполнять на основании правил о разумном сроке или о праве каждой из сторон на произвольный отказ от договора (подробнее см. п. 2.3 комментария к настоящей статье).

2. Исполнение обязательства, исполняемого при востребовании, а также обязательства, срок которого не определен

2.1. Обязательство, исполняемое при востребовании

Норма п. 2 комментируемой статьи устанавливает правило на случай, когда в силу закона, иного правового акта, обычая, условий сдел-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 432 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ки, принципов права срок обязательства привязан к моменту востребования исполнения кредитором. Например, вклад до востребования означает, что банк обязан вернуть вкладчику сумму вклада при поступлении от вкладчика соответствующего заявления. То же и с хранением вещи до востребования. Другой пример – независимая гарантия, предполагающая созревание обязательства гаранта по выплате суммы гарантии с момента получения гарантом требования о выплате.

К востребованию исполнения применяются правила ст. 165.1 ГК РФ о моменте возникновения юридически значимых сообщений. Это значит, что востребование считается состоявшимся, если извещение о востребовании доставлено или считается доставленным должнику (подробнее см. комментарий к ст. 165.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Если должник получил от кредитора соответствующее требование, в какой срок должно исполняться такое обязательство? Согласно комментируемой норме, если кредитор востребовал исполнение, у должника имеется семь льготных дней для осуществления исполнения. Иной срок может следовать из закона, иного правового акта или условий сделки. Например, согласно п. 1 ст. 810 ГК РФ при предоставлении займа до востребования льготный срок на возврат состоит не семь, а тридцать дней с момента получения требования. Кроме того, иной срок может вытекать из обычаев или существа обязательства. Например, характер обязательства может однозначно свидетельствовать о том, что семь дней – явно недостаточный период для исполнения (например, обязательство по осуществлению капитального ремонта сданного в аренду здания), и тогда суд должен восполнить обязательственное правоотношение более разумным и уместным сроком на исполнение после востребования.

2.1.1. Защита интересов должника на случай длительного невостребования

Пункт 2 ст. 314 ГК РФ пытается также защитить интересы должника, готового осуществить исполнение, но не получающего от кредитора требования об исполнении обязательства. Кредитор может не предъявлять требование годами, и должник все это время должен поддерживать свою готовность осуществить исполнение по первому требованию, что в большинстве случаев не вполне нормально, так как обрекает должника на состояние вечного ожидания. С учетом того, что

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 165.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

исковая давность также начинает течь по истечении указанного в п. 2 ст. 314 ГК РФ 7-дневного или иного предусмотренного в законе, ином правовом акте, условиях сделки, либо вытекающего из обычаев или существа обязательства льготного срока после предъявления требования (п. 2 ст. 200 ГК РФ), положение должника становится особенно неприятным и неопределенным. Пункт 2 ст. 200 ГК РФ устанавливает, что предельный объективный срок давности в таком случае составляет 10 лет с момента возникновения обязательства, но это облегчает положение должника лишь отчасти. Дело в том, что 10-летний срок, указанный в п. 2 ст. 200 ГК РФ, начинает течь с 1 сентября 2013 г. и, соответственно, может начать применяться судами не ранее сентября 2023 г. (п. 9 ст. 3 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ). Но даже после того, как начнет применяться объективный 10-летний срок давности, сохранение для должника неопределенности на столь длительный период признать нормальным и соответствующим разумным ожиданиям сторон сложно, как минимум в отношении большинства случаев.

В ответ на эту проблему в п. 2 ст. 314 ГК РФ устанавливается правило, согласно которому, если кредитор не предъявил требование об исполнении обязательства в течение разумного срока, должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение.

При этом законодатель воздержался от детализации того, каковы правовые последствия предъявления такого требования и отказа кредитора принимать исполнение или игнорирования кредитором такого требования. Как считает ВС РФ, в подобной ситуации будет иметь место просрочка кредитора (ст. 406 ГК РФ) со всеми вытекающими отсюда последствиями (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Из этого следует, что должник в соответствии со ст. 406 ГК РФ вправе взыскать с кредитора убытки, вызванные просрочкой кредитора. Кроме того, в контексте договорных обязательств, так как просрочка кредитора означает нарушение кредитором своей кредиторской договорной обязанности, должник вправе расторгнуть договор, если просрочка кредитора носит характер существенного нарушения (см. подробнее о праве на расторжение договора при просрочке кредитора комментарий к ст. 406 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Встает вопрос о том, может ли должник, направивший кредитору требование принять исполнение, при молчании кредитора помимо

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 406 ГК РФ – *Р.У. Сулейманов*).

вышеуказанных мер получить еще и легальную возможность осуществить свое исполнение и освободиться от своего обязательства таким образом. Как представляется, такая возможность должна признаваться. В случае с обязательством по уплате денег или передаче ценных бумаг очевидно, что должник в связи с просрочкой кредитора вправе использовать механизм депозита нотариуса (ст. 327 ГК РФ). В случае, когда должник может исполнить обязательство без взаимодействия с кредитором (например, обязательство осуществить безналичный платеж при наличии у кредитора информации о банковских реквизитах кредитора), он может учинить такое исполнение обязательства, как минимум если иное не следует из закона, договора или существа отношений.

Естественно, что в случаях, когда должник не может исполнить обязательство без взаимодействия с кредитором (например, передача движимой вещи) или путем депонирования имущества у нотариуса, освободиться от обязательства путем исполнения при отказе кредитора принимать исполнение невозможно, у должника остается лишь одна доступная опция — отказаться от договора.

Естественно, по общему правилу должник не может потребовать от кредитора принятия исполнения в судебном порядке (Определение СКЭС ВС РФ от 5 июня 2020 г. № 305-ЭС20-4196), хотя в каких-то исключительных случаях, когда отказ от договора и взыскание убытков защитить должника не может, допустимость такого экзотического иска может обсуждаться (подробнее см. комментарий к ст. 406 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

2.1.2. Случаи, когда должник не может потребовать принятия исполнения

Право должника потребовать от кредитора принять исполнение признается, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства. В частности, договор или закон могут предусматривать в качестве последствия не востребоваания исполнения в течение определенного срока прекращение обязательства. Классический пример — это опционный договор, предусматривающий право одной из сторон востребовать исполнение обязательств в течение определенного срока, по истечении которого в случае не востребоваания договор прекращается (см. комментарий к ст. 429.3 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса²).

¹ Там же (автор комментария к ст. 406 ГК РФ — Р.У. Сулейманов).

² Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 429.3 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

Кроме того, как указано в комментируемой норме, неприменение правила о праве должника потребовать принятия исполнения может явствовать из обычаев либо существа обязательства. В частности, представляется сомнительным, что в случае размещения вклада до востребования по правилам ст. 837 ГК РФ должник (банк) вправе использовать такую возможность. Впрочем, здесь следует понимать, что блокирование такой возможности будет обрекать отношения сторон на состояние асимметричной вечной подвешенности. Вкладчик всегда может прекратить отношения с банком, востребовав возврат вклада, но банк выйти из договорных отношений с вкладчиком и его правопреемниками не сможет. В обычных условиях такое положение не вполне нормально, но с учетом специфики банковской деятельности, возможно, стоит сделать исключение (подробнее см. комментарий к ст. 837 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса).

2.1.3. Ответственность при истечении льготного срока

В той степени, в которой действует режим востребования исполнения, если кредитор не может подтвердить доставку должнику требования об исполнении обязательства, просрочка должника не считается наступившей. Следовательно, должник не привлекается к ответственности за просрочку (не начисляются пени, проценты годовые, не подлежат взысканию возникающие у кредитора в связи с просрочкой убытки), а также не может столкнуться с использованием кредитором иных средств защиты (например, расторжение договора в ответ на нарушение).

В то же время, если кредитор предъявил к должнику иск об исполнении обязательства, следует считать, что сам факт подачи такого иска равнозначен предъявлению требования об исполнении по смыслу п. 2 ст. 314 ГК РФ. Соответственно, по истечении семи дней или иного льготного срока с момента доставки ответчику копии иска должник попадает в просрочку, и у кредитора возникают основания для применения к должнику мер ответственности за просрочку. В частности, по истечении льготного срока после подачи иска на должника начинают начисляться пени. Как минимум если к моменту вынесения решения по делу льготный срок истек, суд не должен отказывать в иске на основании аргумента о том, что сам иск был заявлен несколько преждевременно при отсутствии нарушения со стороны ответчика.

2.1.4. Исковая давность

До истечения льготного срока на исполнение нет просрочки и, соответственно, не начинает течь исковая давность по требованию об исполнении данного обязательства или привлечении к ответственности за его нарушение (п. 2 ст. 200 ГК РФ).

Как уже отмечалось, с сентября 2023 г. начнет применяться параллельно предельный объективный срок давности, составляющий десять лет с момента возникновения обязательства (п. 9 ст. 3 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ). Если десять лет с момента возникновения обязательства прошли, а кредитор за это так и не востребовал исполнение или успел востребовать исполнение, но не успел подать иск, давность по требованию будет считаться истекшей, и при ссылке должника на это в иске должно быть отказано, несмотря на то что формально просрочка по обязательству либо вовсе не началась, либо началась меньше чем за три года до подачи иска.

2.2. Последствия отсутствия определенного или определяемого срока исполнения

Пункт 2 комментируемой статьи предусматривает также правила на случай, когда срок исполнения обязательства не привязан к моменту востребования, не определен или не определим на основании норм закона или иного правового акта, условий сделки, а равно не следует из обычаев. В этом случае согласно данной норме применяется та же диспозитивная норма, которая установлена на случай обязательства с исполнением до востребования. Соответственно, обязательство должно быть исполнено после предъявления должнику требования об исполнении обязательства по общему правилу в течение семи льготных дней, если иной льготный срок не вытекает из закона, иного правового акта, условий сделки, обычаев или существа обязательства.

Получается, что по букве данной нормы до предъявления такого требования не начинает течь срок на исполнение обязательства, и попытка должника осуществить исполнение будет преждевременной, просрочка должника наступит только после истечения льготного срока с момента предъявления кредитором требования об исполнении, только после истечения льготного срока кредитор сможет применять к должнику санкции за просрочку (постановления Президиума ВАС РФ от 7 февраля 2006 г. № 10344/05 и от 15 апреля 1997 г. № 5249/96), и только с этого момента начнет течь субъективная исковая давность по требованию об исполнении данного обязательства и привлечении к ответственности в связи с его неисполнением. Если же кредитор такого требования не представляет в течение разумного срока, должник по общему правилу может потребовать от кредитора принять исполнение, и если кредитор после этого будет уклоняться от принятия исполнения, кредитор попадает в просрочку кредитора, что повлечет применение правил ст. 406 ГК РФ (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В контексте отношений по некоторым видам договоров такой способ исполнения условия о сроке исполнения обязательства заблокирован в силу того, что срок исполнения обязательства является существенным условием, и без его согласования договор не будет считаться заключенным (например, согласно судебной практике срок выполнения работ по договору строительного подряда). Поэтому далее речь пойдет о ситуациях, когда отсутствие определенности в отношении срока исполнения не препятствует возникновению самого обязательства.

Сразу следует оговориться, что данная норма применима только к тем случаям, когда срок исполнения задает модус осуществления оговоренного предоставления. К ситуациям, когда срок исполнения определяет объем длежащегося предоставления через продолжительность периода его осуществления, данная норма неприменима (о восполнении пробела в отношении такого типа срока см. п. 2.3. комментария к настоящей статье).

2.2.1. Оценка нормы

До 1 июня 2015 г. данная норма была изложена в иной редакции, согласно которой должник должен исполнить обязательство, не предусматривающее срока исполнения, в разумный срок, а если обязательство не было исполнено в разумный срок, должник был должен исполнить обязательство по общему правилу по истечении семи дней после предъявления кредитором требования об исполнении обязательства.

Прежняя норма позволяла должнику исполнить обязательство в течение разумного срока до предъявления к нему требования. Требование об исполнении служило не основанием для начала расчета срока на исполнение, а механизмом фиксации просрочки. Новая же редакция, по сути, исходит из того, что при наличии пробела в вопросе о сроке исполнения обязательства право подразумевает конструкцию исполнения при востребовании. Получается, что как минимум до истечения разумного срока исполнение должником своего обязательства будет неправомерным и преждевременным и может быть кредитором отвергнуто, если кредитор сам не востребовал исполнение.

Такое решение выглядит не вполне логично как минимум для многих обязательств (особенно для денежных). Содержание диспозитивной нормы должно определяться с учетом наиболее типичного и соответствующего ожиданиям большинства участников договорных правоотношений. Трудно предполагать, что такая не столь часто встречающаяся на практике конструкция, как обязательство с исполнением при востребовании, может действительно соответствовать ожиданиям большинства участников оборота в отношении большинства видов

обязательств (особенно когда речь идет о денежных обязательствах, информационных обязанностях и многих иных обязанностях).

В рамках буквального применения действующей нормы получается, что должник не может приступить к исполнению сразу после возникновения обязательства, а должен сначала выждать разумный срок и только затем может потребовать от кредитора принять исполнение. Только после истечения разумного срока должник приобретает юридическую возможность осуществить исполнение, если он способен это сделать без взаимодействия с кредитором, либо воспользоваться институтом депозита нотариуса там, где это возможно, либо отказаться от договора в ответ на существенную просрочку кредитора и потребовать возмещения убытков вместо реального исполнения договора, либо продолжить ожидание, рассчитывая на возмещение своих убытков, вызванных длящейся просрочкой кредитора. Но не вполне понятно, какой смысл ждать разумный срок востребования, если речь идет о денежном обязательстве? Зачем все эти задержки, трансакционные издержки и препоны?

Международные акты унификации частного права вместо отраженного в п. 2 ст. 314 ГК РФ подхода закрепляют правило о разумном сроке (ст. III.—2:102 Модельных правил европейского частного права, ст. 6.1.1 Принципов УНИДРУА, ст. 33 Венской конвенции 1980 г.). И действительно, более простым решением, которое кажется уместным в контексте обязательств, исполнение которых не требует кооперации с кредитором и принятия им исполнения, было бы установление правила, согласно которому при отсутствии срока обязательство должно исполняться в разумный срок после возникновения обязательства.

2.2.2. Толкование нормы *de lege lata*

С учетом сделанных выше замечаний данную норму комментируемой статьи логично толковать ограничительно.

Когда срок в обязательстве не установлен (в том числе не определен через привязку к моменту востребования), а само обязательство носит такой характер, что его исполнение в нормальной ситуации требует взаимодействия с кредитором, определенная логика в установлении правила о востребовании может быть найдена. Как минимум *de lege lata* к таким ситуациям данную норму можно применять. Логика в таком решении состоит в обеспечении координации поведения кредитора и должника. Востребование сигнализирует должнику о готовности кредитора принять исполнение. Пока кредитор не подготовился и не сообщил должнику о готовности к принятию исполнения, должник не должен пытаться исполнить обязательство. Когда кредитор готов и потребовал исполнения, начинается течь льготный срок на исполнение.

Если кредитор не дал должнику «отмашку» в течение разумного срока, право на инициацию исполнения переходит к должнику: последний может затребовать от кредитора принятия исполнения, и в случае игнорирования такого запроса кредитором наступит просрочка кредитора со всеми вытекающими отсюда последствиями (п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Например, если речь идет о передаче некоего транспортного средства, после возникновения обязательства у кредитора есть разумный срок на то, чтобы подготовиться и сообщить должнику о готовности принять автомобиль, после чего у должника начинает течь льготный срок на исполнение обязательства. Если кредитор тянет и не сообщает о готовности принять автомобиль в течение разумного срока, должник получает возможность затребовать приемку и далее зафиксировать просрочку кредитору. Никто из сторон не впадет в просрочку без соответствующего сообщения другой стороны. Такое решение стимулирует кооперацию.

При этом следует учесть, что подобное решение возлагает бремя инициации переговоров о передаче имущества или об осуществлении иного предоставления, требующего взаимодействия сторон, на кредитора. Если кредитор не направляет требование, должник может безнаказанно бездействовать годами, срок давности также не начинает течь и санкции за неисполнение также к должнику не применяются. Должник согласно п. 2 ст. 314 ГК РФ не обязан пытаться выйти на кредитора и предлагать ему принять исполнение. Он *может* это сделать, если хочет затребовать принятие исполнения и затем ввести кредитора в просрочку, но не обязан.

Если же для исполнения должнику не требуется содействие кредитора (например, перевод денег на известный должнику счет кредитора, сообщение той или иной информации, осуществление арендатором текущего ремонта переданного ему здания и т.п.), никакой логики в востребовании исполнения нет. Как нет и логики в применении указанного в комментируемом пункте правила о направлении должником кредитору требования принять исполнение. Зачем требовать принятия исполнения, если для исполнения обязательства взаимодействие с кредитором не требуется. Представляется логичным исходить из того, что в случае таких обязательств режим востребования по умолчанию в принципе не работает, и должник должен исполнить обязательство в течение разумного срока с момента возникновения самого обязательства, и автоматически попадает в просрочку по его прошествии. В контексте договорных обязательств этот разумный срок может исчисляться с момента получения встречного исполнения,

если долг должника привязан к получению встречного исполнения, или наступления иного условия, обуславливающего исполнение обязательства, или с момента заключения договора, если обязательство не привязано к тому или иному условию.

Если речь идет о денежных обязательствах, исполняемых посредством безналичного перевода, логично исходить из того, что разумный срок представляет собой то количество дней, которые в силу банковских правил необходимы для безналичного перевода. Так, согласно ч. 5 ст. 5 Закона о национальной платежной системе такой срок равен трем рабочим дням. Для сравнения: согласно имплементированной в странах ЕС Директиве ЕС от 16 февраля 2011 г. № 2011/7/ЕС «О противодействии просрочкам платежа по коммерческим контрактам», пришедшей на замену аналогичной Директивы 2001 г., срок платежа при отсутствии договоренностей об ином составляет 30 календарных дней; направления кредитором требования о платеже и введения должника в просрочку, таким образом, согласно этой Директиве, для обнаружения оснований для платежа и фиксации просрочки не требуются (в отличие от решения, принятого ранее в ряде европейских стран ранее). Вопрос о том, какой срок наиболее логичен — три дня или тридцать — не столь принципиален. Главное — обеспечить правовую определенность. Но вариант с тремя днями кажется вполне приемлемым.

В контексте иных, неденежных обязательств, исполнение которых не предполагает взаимодействие с кредитором (например, обязанность по информированию), разумный срок может определяться с учетом специфики обязательства или обычаев оборота.

Такой подход позволяет должнику приступить к исполнению немедленно после возникновения и созревания всех условий для исполнения обязательства, а не ждать «отмашки» кредитора в течение разумного срока, а также помогает кредитору избавиться от необходимости направлять должнику требование об исполнении для фиксации просрочки. В этом плане неудивительно, что судебная практика применительно к денежным обязательствам ранее не раз исключала применение правила старой редакции п. 2 ст. 314 ГК РФ о наступлении просрочки после предъявления должнику требования об исполнении. Так, например, ВАС РФ признавал, что из толкования ст. 486 ГК РФ следует, что по договору купли-продажи, не содержащему срок оплаты, просрочка покупателя наступает автоматически по прошествии с момента поставки товара того количества дней, которое требуется законодательством для перевода денег платежным поручением, а п. 2 ст. 314 ГК РФ не применяется (п. 16 Постанов-

ления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18). В Определении СКЭС ВС РФ от 21 января 2020 г. № 305-ЭС19-18457 неприменение п. 2 ст. 314 ГК РФ в контексте долга по оплате по договору купли-продажи было подтверждено.

Другой пример: согласно п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2004 г. № 85 просрочка в исполнении обязательства комиссионера по перечислению комитенту денежных средств, полученных от реализации товара, наступает автоматически и не зависит от предъявления комиссионеру требования о переводе полученных средств комитенту. Правда, здесь ВАС РФ почему-то забыл упомянуть о нескольких днях для осуществления банковского перевода.

Эти примеры свидетельствуют об интуитивном ощущении судами неадекватности правила о фиксации просрочки исключительно при востребовании исполнения для случаев, когда речь идет как минимум о денежном обязательстве.

Таким образом, норму о применении механизма востребования в ситуации отсутствия установленного срока для исполнения обязательства, видимо, следует толковать ограничительно и распространять в целях обеспечения адекватной кооперации сторон только на обязательство, исполнение которого требует взаимодействия с кредитором или физического принятия кредитором предоставления (оказание консультационных услуг, передача вещи и т.п.). Легальным основанием для этого является указание в самой норме на то, что механизм востребования неприменим, если иное не следует из обычаев или существа обязательства. Существо обязательства, исполнение которого не требует принятия со стороны кредитора или иного взаимодействия с ним, как минимум в большинстве случаев предполагает применение иного диспозитивного правила — правила о разумном сроке.

Впрочем, следует признать, что полной ясности по данному вопросу в судебной практике нет.

2.2.3. Продолжительность льготного срока

Согласно комментируемой норме, после востребования у должника имеется семь льготных дней, по прошествии которых наступает просрочка. Иной льготный срок может следовать из закона, иного правового акта, условий сделки, обычаев или существа обязательства. Так, например, согласно п. 1 ст. 810 ГК РФ, для договоров займа, не предусматривающих срок возврата займа, такой льготный срок равняется тридцати дням.

В ряде случаев сам характер обязательства предполагает более длительный, чем семь дней, льготный срок на исполнение. Например,

если речь идет о поставке дорогостоящего оборудования из Китая в Калининград морским транспортом, семи дней явно недостаточно, и с момента востребования до начала просрочки должен пройти намного больший период времени.

2.2.4. Срок исполнения обязательств, вытекающих из неосновательно-го обогащения, реституции или возврата полученного по расторгнутому договору

Применимы ли вышеуказанные выводы не только к обязательствам, исполнение которых предусмотрено условиями сделки, но и к обязательствам, следующим из факта расторжения договора, из признания его недействительным, из корпоративных правоотношений, из неосновательного обогащения и т.п.? Кажется бы, для этого имеются все основания, так как п. 2 ст. 314 ГК РФ является общей нормой обязательственного права.

Учинение предоставления по ничтожной сделке приводит к возникновению обязательства вернуть полученное. То же и в случае эффективного оспаривания сделки, по которой ранее было осуществлено предоставление, и при осуществлении предоставления по незаключенному договору, и при совершении ошибочного платежа, и при возврате имущества в случае отказа от договора. Обязательство по возврату полученного или его денежного эквивалента возникает при накоплении соответствующего фактического состава. Но означает ли это, что просрочка в исполнении такого обязательства возникает в тот же день? Или же здесь в силу отсутствия указания в законе на конкретный срок исполнения будет применяться норма п. 2 ст. 314 ГК РФ, и просрочка наступит только после востребования и истечения льготного срока? Данный вопрос может иметь практическое значение в основном в тех случаях, когда речь идет о попытке привлечь должника к ответственности за уклонение от исполнения таких обязательств или определить момент начала расчета срока давности.

Из текста общей нормы п. 2 ст. 314 ГК РФ, казалось бы, следует, что механизм востребования должен применяться и в отношении внедоговорных обязательств указанных типов. Но в реальности мы видим, что суды применительно к таким обязательствам склонны не замечать п. 2 ст. 314 ГК РФ.

Во-первых, попыток взыскания убытков при нарушении внедоговорных обязательств на практике почти не встречается (что само по себе достаточно странно). Поэтому у судов, как правило, нет повода задумываться о том, когда можно считать должника нарушившим свое обязательство по возврату имущества по правилам о кондикции, реституции или возврате имущества при расторжении.

Во-вторых, проценты годовые на денежное неосновательное обогащение начисляются не с момента просрочки в возврате денежного неосновательного обогащения или денежного эквивалента неосновательного обогащения, а с момента, когда должник узнал или должен был узнать о неосновательности своего обогащения (п. 2 ст. 1107 ГК РФ). При расторжении договора по причине его нарушения стороной, получившей предоплату, на долг этой стороны по возврату предоплаты проценты начисляются согласно практике высших судов и вовсе ретроактивно, с момента внесения самой предоплаты (подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 453 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В-третьих, исковую давность по кондикционным искам суды также склонны рассчитывать с момента, когда кредитор узнал или должен был узнать о неосновательном обогащении должника, о каком-либо сроке на исполнение или тем более привязке исполнения к востребованию исполнения суды обычно не вспоминают (см.: п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 г. № 165; Постановление Президиума ВАС РФ от 23 ноября 2010 г. № 9657/10; Определение СКЭС ВС РФ от 14 ноября 2019 г. № 308-ЭС19-10020; определения СКГД ВС РФ от 13 августа 2019 г. № 127-КГ19-8 и № 127-КГ19-7).

По искам о возврате имущества при расторжении договора по причине нарушения встречного обязательства сейчас начинает формироваться позиция о расчете исковой давности в отношении таких исков с момента, когда сторона, передавшая имущество, отказавшаяся от договора и требующая в связи с этим его возврата, узнала о нарушении своего права (см. Определение СКЭС ВС РФ от 12 марта 2020 г. № 304-ЭС19-21956). Ранее доминировала иная практика, но и она не связывала начало течения давности по возвратному иску с соблюдением правил п. 2 ст. 314 ГК РФ: суды начинали исчислять давность с момента отказа от договора (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 1 декабря 2011 г. № 10406/11; определения СКЭС ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 305-ЭС15-15707, от 14 февраля 2017 г. № 308-ЭС16-14071, от 24 августа 2017 г. № 302-ЭС17-945, от 20 марта 2018 г. № 305-ЭС17-22712) (подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 453 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса²).

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 453 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

² Там же.

В контексте реституции следует иметь в виду, что вопрос о начале расчета давности оказывается в большинстве случаев также иррелевантен с учетом специальных правил расчета давности по искам о реституции по недействительным сделкам (ст. 181 ГК РФ). Эти правила привязывают момент начала расчета давности по реституции по ничтожной сделке к объективному факту начала исполнения сделки, что крайне спорно.

Создается такое впечатление, что законодатель и суды просто не замечают норму п. 2 ст. 314 ГК РФ, когда речь заходит о внедоговорных обязательствах, предусматривающих возврат имущества или денежного эквивалента. В то же время картина куда сложнее. В ряде ситуаций ВС РФ был вынужден корректировать общие правила ст. 181 ГК РФ о течении давности по искам о реституции по ничтожному договору, вспоминая при этом о правилах п. 2 ст. 314 ГК РФ. Так, согласно п. 82 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 применительно к сроку давности по иску о возврате вещи из временного владения по правилам о реституции Суд указал следующее: «Учитывая особый характер временного пользования индивидуально-определенной вещью, срок исковой давности по иску о ее возврате независимо от момента признания сделки недействительной начинается не ранее отказа соответствующей стороны сделки от ее добровольного возврата (абзац второй пункта 2 статьи 200 ГК РФ)». Напомним, что п. 2 ст. 200 ГК РФ указывает на то, что давность по обязательственному требованию, в отношении которого не установлен срок исполнения, начинает течь по истечении льготного 7-дневного срока после востребования исполнения.

Аналогичный подход ВС РФ применил и к возврату вещи из аренды после расторжения договора. Давность по такому требованию Суд посчитал возможным рассчитывать с учетом правил п. 2 ст. 200 и п. 2 ст. 314 ГК РФ не с момента, когда возникли основания для расторжения и не с момента расторжения, а с момента отказа арендатора удовлетворять требование арендодателя о возврате вещи (Определение СКЭС ВС РФ от 14 июля 2020 г. № 306-ЭС19-24156).

В общем и целом в этой области наблюдается некоторая хаотичность судебной практики, и ощущается запрос на более серьезное научное осмысление проблематики и систематизацию правовых решений.

2.2.5. Уместность применения правила п. 2 ст. 314 ГК РФ к ситуациям, когда период, отводимый на исполнение, определен за счет отменительного условия

Иногда стороны фиксируют в условиях сделки начальный момент, с которого должен рассчитываться период, отводимый на исполнение,

но конечный момент, завершающий данный период, задают путем указания на отменительное условие, т.е. обстоятельство, которое неизбежно не наступает.

Такой способ установления срока исполнения противоречит ст. 190 ГК РФ, так как привязывает срок к обстоятельству, которое может не наступить. Это, казалось бы, означает констатацию отсутствия правомерно согласованного срока исполнения и необходимость применения диспозитивного правила п. 2 ст. 314 ГК РФ об исполнении в течение семи дней после востребования для восполнения образовавшегося пробела. Но, как представляется, было бы логично конвертировать такое условие в условие об исполнении обязательства в течение разумного срока: нередко вполне мыслимо определить разумный срок наступления условия, тот срок, в течение которого наступление условия было ожидаемым.

Например, если в договоре установлено, что некий стройматериал должен быть поставлен до начала строительства и очевидно, что указанное обстоятельство может как наступить, так и нет, было бы противоречащим подразумеваемой воле сторон применять правило п. 2 ст. 314 ГК РФ об исполнении обязательства в течение семи дней после востребования. Куда логичнее конвертировать такое условие в условие об исполнении обязательства в течение того разумного срока, в пределах которого начало строительства планировалось, ведь стороны явно не имели в виду немедленную поставку (о доктрине конверсии неправомερных условий и сделки в целом см. комментариев к ст. 168 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Напомним, что тот же, по сути, подход применяется сейчас в случае, когда начальная точка отсчета периода, отводимого на осуществление предоставления, определяется отлагательным условием. Во избежание ситуации вечной подвешенности суды восполняют договор положением о разумном сроке ожидания наступления условия, по прошествии которого должна наступать правовая определенность (либо долг созревает и срок на исполнение начинает отсчитываться, либо долг прекращается автоматически, либо каждая из сторон получает право на отказ от договора). Здесь же в случае с неопределенностью в отношении окончания отводимого на исполнение периода логично исходить из того же подхода: срок на исполнение должен завершаться по прошествии разумного срока, так как это намного ближе к тому, что имели в виду стороны, чем режим исполнения до востребования.

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 168 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

2.3. Последствия отсутствия срока осуществления длящегося предоставления

Как уже отмечалось, диспозитивная норма п. 2 ст. 314 ГК РФ по своему смыслу направлена на восполнение пробела в отношении срока как модуса исполнения оговоренного предоставления, когда из закона, иных правовых актов, условий сделки, обычаев или существа обязательства ясно, какое предоставление и в каком объеме необходимо осуществить, но не следует ответ на вопрос, когда это предоставление должно быть осуществлено.

Совсем иная ситуация налицо тогда, когда речь идет о пролонгированном, длящемся предоставлении, где срок определяет объем предоставления. Здесь следует выделить два срока. Первый – срок, в течение которого должник обязан начать осуществлять такое предоставление. Второй – срок, в пределах которого такое длящееся предоставление, начавшись, должно осуществляться. Первый срок задает один из аспектов модуса исполнения, а второй определяет через срок объем предоставления. К первому сроку мыслимо применение той нормы, которая установлена в п. 2 ст. 314 ГК РФ, ко второму – нет.

Например, если в договоре аренды не указан срок, в течение которого арендодатель обязан передать арендатору соответствующую вещь, данный пробел теоретически можно восполнить за счет правила п. 2 ст. 314 ГК РФ о востребовании и льготном сроке. Но если в договоре аренды отсутствует срок самой аренды, правило п. 2 ст. 314 ГК РФ применяться не может.

Иногда закон может объявить такой срок исполнения существенным условием (например, п. 1 ст. 1016 ГК РФ поступает так в отношении срока доверительного управления, но это решение законодателя носит небесспорный характер). Но в остальных случаях нелогично считать такое условие существенным, несмотря на то что оно характеризует предмет договора. Куда разумнее просто восполнить пробел. Какое же диспозитивное решение здесь более уместно?

Есть все основания посредством аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК РФ) выводить общее правило о том, что при бессрочности обязательственно-правовой связи, предполагающей пролонгированное взаимодействие сторон или длящееся предоставление одной из сторон, программа обязательственных правоотношений сторон должна восполняться условием, которое позволит избежать вечного взаимодействия сторон договора. Это связано с тем, что по общему правилу частному праву противна не ограниченная во времени, вечная обязательственно-правовая связь сторон, предполагающая регулярные предоставления, из которой ни одна из сторон не может выйти.

Теоретически здесь возможно выведение по умолчанию либо а) правила об осуществлении должником предоставления в течение разумного срока, по прошествии которого обязательственная программа считается реализованной, либо б) правила о возникновении у каждой из сторон по прошествии разумного срока права на отказ от договора, либо, наконец, в) правила о возникновении у каждой из сторон права на произвольный отказ от договора с отсрочкой терминационного эффекта на указанный в законе или разумный срок.

Как представляется, выбор с учетом специфики договорных правоотношений должен делаться между этими вариантами.

Применительно к аренде закон (п. 2 ст. 610 ГК РФ) сделал выбор в пользу модели «в» и говорит о том, что при отсутствии согласованного срока аренды каждая из сторон вправе в любой момент произвольно отказаться от договора, предупредив об этом контрагента за указанный в этой норме или договоре срок. Это касается и случая, когда стороны вместо срока обозначили в качестве момента прекращения возникших правоотношений отменительное условие. Например, если в договоре аренды определено время аренды вещи путем указания в качестве конечной точки периода на отменительное условие (например, «до начала реконструкции арендованного здания»), ВАС РФ предлагал исходить из того, что договор заключен на неопределенный срок, и применять правило ст. 610 ГК РФ, дающее каждой из сторон право в одностороннем порядке отказаться от договора, предупредив другую сторону за указанный в данной статье или договоре срок (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66).

Но куда чаще покажется более соответствующим существу отношений вариант «б»: если срок не оговорен, мы применяем правило о разумном сроке и признаем возникновение у каждой из сторон права на отказ от договора после его истечения.

Например, если договор оказания охранных услуг указывает на то, что исполнитель должен обеспечивать охрану стройплощадки на период строительства, говорить о полноценном сроке оказания услуг сложно, но можно реконструировать разумный срок — планируемый срок строительства — и восполнить договор указанием на то, что каждая из сторон вправе отказаться от договора, если строительство затянется намного дольше такого разумного срока.

А вот применительно к договорам о неконкурировании, возможно, лучшим вариантом восполнения пробела является вариант «а» (автоматическое прекращение обязательства по истечении разумного срока). Если соглашение не оговаривает срок, в течение которого сторона должна воздерживаться от конкурирования, данный пробел не может

быть исполнен правилом п. 2 ст. 314 ГК РФ; вместо этого логично исполнять его правилом о разумном сроке, по прошествии которого обязательства прекращаются.

Так что все зависит от существа отношений и соображений разумности, справедливости и доброй совести, которые должны учитываться судом при исполнении пробела в договоре в силу п. 2 ст. 6 ГК РФ.

Дополнительная литература

Еремеева В.И., Ходасевич Л.С. Анализ судебной практики по вопросу применения льготного семидневного срока исполнения обязательства (п. 2 ст. 314 ГК РФ) // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 12. С. 180–200.

Ломидзе О.Г., Ломидзе Э.Ю. Исковая давность по обязательству из неосновательного обогащения // Закон. 2020. № 4. С. 167–174.

Сарбаиш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 318–375.

Сарбаиш С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020. С. 62–67.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1014–1021.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 271.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 271.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Chr. von Bar, E. Clive. München, 2009. P. 698–700, 725–730.

Статья 315. Досрочное исполнение обязательства

Должник вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо не вытекает из его существа. Однако досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, допускается только в случаях, когда возможность исполнить обязательство до срока предусмотрена законом, иными правовыми актами или условиями обязательства либо вытекает из обычаев или существа обязательства.

Комментарий

1. Досрочное исполнение: дуализм нормативных установок

1.1. Вводные замечания

Как было показано в комментарии к ст. 314 ГК РФ, срок в обязательстве может устанавливаться в интересах кредитора, в интересах должника либо в интересах обеих сторон. Например, срок хранения реализует прежде всего интерес кредитора (т.е. поклажедателя), срок на оплату поставленного товара в виде периода времени, исчисляемого с момента поставки, как правило, устанавливается в интересах должника, а указание в авиабилете на то, что авиаперелет состоится в определенное время в определенную дату, реализует интерес обеих сторон.

Когда срок в виде периода времени установлен в интересах должника и должник исполняет обязательство до истечения указанного срока, речь в принципе не идет о *досрочном* исполнении. Сам этот способ установления срока предполагает право должника исполнить обязательство в любой день в пределах указанного периода.

Когда срок реализует интерес кредитора или обеих сторон, программа обязательства не предполагает его досрочное исполнение, может не являться благом для кредитора и в состоянии подорвать его разумные ожидания. Так, досрочное исполнение может повлечь для кредитора дополнительные расходы (например, на складирование или хранение переданного имущества), лишить его запланированных доходов (например, плату за пользование должником этим имуществом), доставить кредитору иные неудобства или нарушить его планы или просто не соответствовать его интересам. Например, если хранитель попытается вернуть вещь поклажедателю раньше срока, подрядчик приступит к работам ранее согласованной даты начала их выполнения, продавец предложит покупателю забрать товар со склада ранее оговоренной даты выборки, а авиакомпания объявит пассажиру, что планирует перевезти его раньше установленной в билете даты, и т.п., это может стать для кредитора, мягко скажем, полным сюрпризом.

Но не всегда легко определить, в чьих интересах установлен оговоренный сторонами срок. Поэтому во многих правопорядках закрепляется соответствующая презумпция. В некоторых предполагается, что при неочевидности воли сторон срок считается выговоренным в интересах должника, и поэтому досрочное исполнение возможно. В других, наоборот, предполагается, что срок установлен в интересах обеих сторон или кредитора, и презюмируется, что досрочное исполнение невозможно.

Согласно ст. III.–2:103 Модельных правил европейского частного права кредитор вправе отказаться от предложения досрочного испол-

нения, за исключением случаев, когда досрочное исполнение не причинит неоправданный ущерб интересам кредитора. Примерно то же правило закреплено в ст. 6.1.5 Принципов УНИДРУА. Иначе говоря, в этих актах предлагается считать, что при определении того, в чьих интересах установлен срок, и, соответственно, возможности досрочного исполнения, следует определять, насколько досрочное исполнение объективно ущемляет интересы кредитора. Если такое ущемление налицо, срок считается установленным в интересах исключительно или как минимум в том числе кредитора, и досрочное исполнение без его согласия неприемлемо, и наоборот.

Получается, какую бы презумпцию мы ни взяли на вооружение, все зависит от существования обязательства, специфики структуры конкретного договора, обычаев, принципа доброй совести и очевидности наиболее вероятной подразумеваемой воли сторон. Например, в примере с хранением очевидно, что досрочное исполнение обязательства вернуть вещь помимо воли кредитора по общему правилу невозможно, так как здесь срок определяет не модус исполнения, а объем договорного предоставления хранителя, и допущение произвольного сокращения хранителем объема собственного предоставления явно противоречит подразумеваемой воле сторон большинства договоров такого рода. То же и с датой вылета в авиабилете: здесь срок определяет модус исполнения, но носит настолько принципиальный характер, что со всей очевидностью входит в число характеристик предмета договора, и его произвольное изменение по воле авиаперевозчика, решившего осуществить перевозку раньше оговоренного срока, очевидно будет противоречить подразумеваемой программе обязательственных правоотношений и может привести к навязыванию пассажиру предоставление в момент, когда оно ему вовсе не нужно.

При этом при наличии недвусмысленного указания на природу срока в договоре вопрос презумпций отпадает, и следует ориентироваться на прямо выраженную волю сторон. Если, например, в договоре прямо указано на то, что должник обязан приступить к выполнению работ *не ранее* определенного числа, воля сторон также очевидна.

Казалось бы, российскому законодателю следовало установить именно подобное правило. Но ст. 315 ГК РФ совершенно неожиданно идет иным путем.

1.2. Модель, выбранная российским законодателем

Комментируемая статья предусматривает два различных положения относительно дозволенности досрочного исполнения в зависимости от характера обязательства.

Для обязательств, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности (сугубо коммерческих), ст. 315 ГК РФ устанавливает правило о невозможности досрочного исполнения в качестве общего, допуская исключения, вытекающие из закона, иных правовых актов, условий обязательства, обычаев или существа обязательства.

Для «общегражданских» же обязательств закон презюмирует возможность досрочного исполнения. Данная презумпция может быть опровергнута законом, иными правовыми актами или соглашением сторон или в силу существа обязательства (про обычаи в этом контексте почему-то закон умалчивает, но в силу ст. 5 и 6 ГК РФ это также вполне возможно).

По сути, законодатель устанавливает не единую опровержимую презумпцию в отношении целевой направленности срока исполнения обязательства, как в праве многих европейских стран, а две противоположные опровержимые презумпции на этот счет для обязательств с разным субъектным составом.

Видимо, законодатель исходит из того, что в обязательствах, не связанных с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, принятие досрочного исполнения обычно не вредит кредитору и не может потребовать от него дополнительных финансовых затрат, доставлять ему неудобства или быть просто невыгодным или ненужным. Соответственно, в такого рода случаях согласно задумке разработчиков этой нормы следует исходить из опровержимой презумпции того, что срок установлен в интересах должника, и досрочное исполнение правомерно, а кредитор обязан его принять. В сугубо же коммерческих обязательствах при неочевидности воли сторон следует исходить из обратной опровержимой презумпции установления срока в интересах исключительно или в том числе и кредитора, и досрочное исполнение неправомерно, а кредитор вправе его не принимать.

Например, если в сугубо коммерческом обязательстве срок на внесение аванса установлен в виде периода времени, исчисляемого с момента заключения договора, воля сторон очевидна, и она направлена на то, чтобы дать должнику право исполнить обязательство в любой из дней в течение оговоренного срока. Но если сугубо коммерческий договор оговаривает внесение аванса на 20-й день после заключения договора, могут возникнуть сомнения в отношении природы этого срока, и тогда согласно букве комментируемой нормы следует презюмировать, что срок установлен в том числе в интересах кредитора, и досрочное исполнение без его согласия неправомерно. Если бы такое же условие об уплате аванса на 20-й день после заключения договора было включено в договор потребительский или договор, заключенный

между гражданами, не осуществляющими коммерческую деятельность, по мысли законодателя, презумпция будет обратной, и при неясности природы срока мы должны исходить из допустимости досрочного исполнения.

1.3. Оценка нормы

В целом сама эта норма кажется неудачной. Абсолютно непонятно, почему, если обязательство не связано с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, следует презюмировать установление срока в интересах должника и предоставлять должнику возможность игнорировать условия о сроке исполнения и совершить последнее до срока. Например, если граждане договорились о купле-продаже квартиры и совершении действий по ее передаче и оформлению перехода права собственности через месяц после заключения договора или в обозначенную календарную дату, а продавец настаивает на немедленном принятии покупателем владения и обращении сторон в ЕГРН, разве это нормально?

Опровержимая презумпция, если ее в принципе вводить, должна быть единой.

Как представляется, общим правилом для обязательств с любым субъектным составом должно быть правило о недопустимости нарушения условий договора о сроке исполнения в форме попытки досрочного исполнения, если не очевидно, что срок выговорен в интересах одного лишь должника и досрочное исполнение никаких значимых интересов кредитора не нарушает. Это общая презумпция опровергнута, если допустимость досрочного исполнения предопределяется специальными нормами закона, иных правовых актов, обычаям, существом обязательства или соображениями доброй совести. Например, даже если речь идет о коммерческом обязательстве, арендатор может попытаться уплатить будущие арендные платежи безналичным перечислением заранее.

В заданных же условиях в контексте общегражданских отношений, в отношении которых комментируемая норма устанавливает обратную презумпцию допустимости досрочного исполнения, придется делать частые поправки на существо обязательства и добрую совесть и тем самым предельно сужать сферу применения указанной ошибочной презумпции. Все случаи, когда срок установлен в интересах обеих сторон или только кредитора (проведение конференции, перевозка, вклад, хранение, доверительное управление и т.п.) и при этом досрочное исполнение явно подорвет разумные ожидания кредитора, должны выводиться из-под его действия. В тех случаях, когда долг неденежный, в принципе затруднительно представить себе случай, когда досрочное

исполнение не будет недобросовестным и не будет противоречить существу отношений. Что бы там ни было указано в этой странной норме ГК РФ, подрядчик не может постучаться в дверь заказчика, заказавшего ремонт квартиры, раньше срока и потребовать предоставить ему доступ в помещение для ремонта; репетитор не может приехать к ученику на два часа раньше положенного времени и потребовать принятия исполнения; авиакомпания не может попытаться навязать пассажиру более раннюю дату вылета; продавец цемента не может привезти свой груз на участок покупателя, на котором последний строит свой дачный дом, ранее, чем было оговорено, и потребовать его принятия.

Даже в контексте денежного обязательства есть большие сомнения в уместности универсального применения данной презумпции, установленной в отношении некоммерческих обязательств. Представим, что в договоре вместо некоего периода времени, исчисляемого с момента заключения договора, указано на то, что платеж должен будет осуществляться строго в ту или иную календарную дату или в течение периода времени, исчисление которого в будущем начнется с наступления календарной даты или обстоятельства, которое неизбежно наступит. Очевидно, что сам выбор в пользу такого экзотичного способа установления срока платежа не случаен, и стороны явно имели в виду, что отсрочка платежа установлена не только или не столько в интересах должника, сколько в интересах кредитора (ведь иначе стороны выбрали бы традиционный способ установления срока в виде периода времени, исчисляемого с момента заключения договора). А раз так, то досрочное исполнение в силу существа обязательства неприемлемо. Исключением может быть случай, когда из контекста очевидно, что указанный срок представляет собой просто график рассрочки и установлен исключительно в интересах должника. В качестве иллюстрации можно указать на ситуацию, когда покупатель, который должен оплатить поставленный товар тремя платежами, для каждого из которых установлен срок оплаты путем фиксации календарных дат, решает погасить весь долг сразу же и досрочно, и нет данных о том, что такой график установлен во имя тех или иных интересов кредитора.

2. Принятие досрочного исполнения

Правила, не допускающие досрочного исполнения обязательства, направлены исключительно на защиту интересов кредитора. А потому они должны восприниматься как предоставляющие последнему право отказаться принять досрочное исполнение. Именно на данном аспекте акцентируют внимание акты международной унификации частного права (п. 1 ст. 6.1.5 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.–2:103

Модельных правил европейского частного права): «Кредитор может отказаться от досрочного исполнения».

Поскольку защита не способна быть навязана лицу против его воли, кредитор не обязан пользоваться своим правом и может согласиться принять досрочное исполнение.

Здесь, впрочем, следует различать две ситуации.

Во-первых, могут быть случаи, когда согласие кредитора на принятие досрочного исполнения, входит в программу обязательственного правоотношения, и налицо договоренность сторон о предоставлении должнику права на досрочное исполнение. Выражающее такую договоренность согласие кредитора на принятие досрочного исполнения может быть как предварительным (например, включено в условия сделки изначально или после ее заключения, но до осуществления досрочного исполнения), так и последующим, т.е. выражаемым по факту получения досрочного исполнения.

Действие такой договоренности может быть безусловным или обуславливаться какими-либо обстоятельствами. Так, например, в споре, рассмотренном Президиумом ВАС РФ в Постановлении от 22 октября 2013 г. № 6764/13, Суд признал допустимым согласие банка на досрочный возврат кредита при условии уплаты заемщиком денежной суммы (комиссии), указанной в такой согласии, и счел законной выплату этой комиссии. По сути, такое согласие выступает в качестве оферты на согласование платы за изменение договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ), а платеж указанной суммы — конклюдентного акцепта.

Если согласие кредитора с досрочным исполнением было предварительным и выражено в исходных условиях обязательства, или включено в программу обязательства посредством изменения последней, это значит, что программа обязательства в принципе допускает досрочное исполнение. В такой ситуации кредитор не только обязан принять досрочное исполнение, но и не может воспринимать такое исполнение в качестве ненадлежащего. Ответственность за досрочное исполнение в такой ситуации наступать не будет. То же касается и ситуации, когда предварительного согласия на принятие досрочного исполнения не было, но такое исполнение осуществляется, кредитором принимается и при этом при принятии исполнения кредитор выражает свою волю на то, что такое исполнение является правомерным и воспринимается как соответствующее программе обязательства. В такой ситуации договоренность об изменении такой программы достигается *ex post*.

Во-вторых, иная ситуация налицо в тех случаях, когда закрепленное в программе обязательства *ex ante* согласие на принятие досрочного

исполнения отсутствовало, кредитор фактически столкнулся с предложением должника принять досрочное исполнение и согласился, но при этом его поведение и заявления не могут быть истолкованы как согласие на *ex post* изменение программы обязательства. Если поведение и заявления сторон нельзя интерпретировать как соглашение об изменении срока исполнения здесь, но досрочное исполнение фактически принято, вопрос об ответственности с повестки дня не уходит. Иначе говоря, сам по себе факт принятия досрочного исполнения кредитором (если этот факт не сопровождается достижением соглашения сторон об изменении договора) не лишает его права требовать от должника возмещения расходов и иных убытков, причиненных таким досрочным исполнением. Принятие кредитором досрочного исполнения само по себе не делает такое исполнение надлежащим. Подобный подход отражен в п. 3 ст. 6.1.5 Принципов УНИДРУА и заслуживает поддержки. В ситуации, когда возможность досрочного исполнения не была прямо предусмотрена законом, иным правовым актом, не вытекает из обычаев, доброй совести или существа обязательства, и при этом не санкционировано договоренностью сторон, совершение должником исполнения ранее установленного срока нарушает ожидания кредитора, является вторжением в его интересы, и то, что кредитор принял такое исполнение, не означает, что такие негативные последствия отсутствуют или кредитор отказывается от своих претензий к должнику в части их возмещения. Тот, кто вмешивается в хозяйственную сферу другого, несет все риски такой интервенции и должен быть готов компенсировать все причиненные негативные последствия своего вмешательства. Именно такой подход будет стимулировать должника, желающего исполнить обязательство ранее установленного срока, договариваться с кредитором об изменении условий исполнения, а не ставить кредитора перед фактом. Вряд ли здесь логично выводить подразумеваемое соглашение об изменении срока исполнения и освобождение должника от ответственности из самого факта вынужденного принятия кредитором досрочного исполнения. Но, естественно, при принятии исполнения может быть так или иначе выражена воля кредитора считать такое досрочное исполнение надлежащим, и тогда налицо достижение соглашения об изменении договора.

3. Досрочное исполнение и срок исполнения встречных обязательств кредитора

Достаточно сложным является вопрос о влиянии принятия кредитором досрочного исполнения на срок исполнения его встречных обязательств перед должником. В п. 17 Постановления от 22 октября 1997 г.

№ 18 применительно к договору поставки Пленум ВАС РФ указал, что согласие кредитора на принятие досрочного исполнения само по себе не меняет условий договора о сроках оплаты и порядке расчетов, и в отсутствие соглашения сторон об ином оплата таких товаров должна производиться в порядке и сроки, предусмотренные договором. И тут же уточнено, что «в случаях, когда договором поставки установлена обязанность покупателя оплатить товары в течение определенного времени с момента их получения, срок платежа за товары, поставленные с согласия покупателя досрочно, исчисляется с момента их фактического получения».

Распространение этого разъяснения на те ситуации, когда срок исполнения встречного обязательства кредитора привязан к моменту заключения договора или календарной дате, не вызывает сомнений. Если поставщик должен был поставить товар 1 июня, а покупатель уплатить цену 20 июня, но поставщик доставляет товар 25 мая, и покупатель его принимает, дата оплаты не смещается, и покупатель все так же обязан уплатить цену 20 июня. Но на практике чаще всего срок исполнения встречного обязательства привязывается к моменту осуществления предшествующего исполнения (например, в силу п. 1 ст. 314 ГК РФ срок оплаты может быть согласован в виде того или иного количества дней с момента поставки). ВАС РФ применительно и к этому случаю утверждает, что принятие досрочного исполнения не меняет согласованный срок оплаты (как некий период времени с момента получения товара): последний должен рассчитываться с момента фактической поставки, а не с момента, когда товар должен был быть поставлен согласно условиям договора, и, следовательно, сама продолжительность периода, отведенного договором на оплату (в нашем примере 20 дней, если включать в этот период день самой поставки), не увеличивается. Сходное решение отражено в п. 2 ст. 6.1.5 Принципов УНИДРУА, согласно которому «принятие стороной досрочного исполнения не влияет на срок исполнения ее обязательств, *если этот срок был установлен вне зависимости от исполнения обязательств другой стороной*» (курсив наш. — А.К., А.П.). Иначе говоря, если срок встречного обязательства был привязан к моменту осуществления предшествующего исполнения, сама продолжительность периода времени, отводимого на осуществление встречного исполнения после получения предшествующего исполнения, при принятии кредитором досрочного исполнения не сокращается, но фактически крайний срок для платежа все-таки наступает раньше в календарном плане (по сравнению с тем, что имело бы место, если бы должник исполнил свое обязательство в положенный срок).

Если должник имел право осуществить свое предшествующее исполнение в пределах периода времени, выговоренного в его интересах (например, внести предоплату в течение 10 дней с момента заключения договора), и исполнил свое обязательство в один из дней этого периода, очевидно, что срок на осуществление встречного предоставления, привязанный к моменту предшествующего исполнения, начнет отсчитываться со следующего дня после фактического осуществления последнего. Но нас интересует ситуация, когда речь шла о сроке, выговоренном в интересах кредитора, досрочное исполнение неправомерно, но кредитор решает принять такое досрочное исполнение. ВАС РФ явно имеет в виду распространение своего разъяснения о календарном смещении начального и, соответственно, конечного периода времени при неизменности самой продолжительности такого периода для осуществления встречного исполнения при принятии досрочного исполнения именно на такие ситуации. Логично ли указанное правило в таком контексте?

Определенная логика у такого решения может быть найдена, так как кредитор, давая согласие на принятие досрочного исполнения, вполне способен оценить, имеется ли у него возможность осуществить свое встречное исполнение ранее того срока, на который он рассчитывал при заключении договора.

Вместе с тем данное решение в качестве универсального может вызывать дискуссии. Может быть высказана мысль о том, что право не должно поощрять нарушение договоренностей. Должник, отступивший от согласованных условий, осуществляя неправомерное досрочное исполнение, не должен получать преимущества из такого поведения, в том числе в виде более раннего (чем следовало согласно изначальному согласованному плану) наступления просрочки по встречному обязательству кредитора. Соответственно, возможно, было бы справедливее исходить из обратного правила: независимо от того, заявил об этом кредитор или нет при принятии неправомерного досрочного предшествующего исполнения, срок осуществления его встречного обязательства в виде периода времени, привязанного к осуществлению предшествующего исполнения, должен исчисляться не с момента фактического принятия досрочного исполнения, а с момента, когда такое предшествующее исполнение должно было быть осуществлено согласно условиям договора. Впрочем, пока судебная практика этот подход не подтверждает.

4. Требование досрочного исполнения

Статья 315 ГК РФ предусматривает регулирование досрочного исполнения, осуществляемого должником по своей инициативе, и не затрагивает случаи, когда должник обязан исполнить обязательство

ранее обусловленного срока по требованию кредитора. Но такие ситуации нередко признаются в праве или условиях обязательства.

Так, кредиторы, уведомленные об уменьшении уставного капитала (фонда) общества с ограниченной ответственностью, государственного или муниципального унитарного предприятия, вправе требовать досрочного исполнения соответствующих обязательств (см. п. 5 ст. 90, п. 5 ст. 114 ГК РФ). Аналогичным правом обладают кредиторы реорганизуемого юридического лица (см. ст. 60 ГК РФ). При определенных обстоятельствах возможность требовать досрочного исполнения предоставлена также кредитору-залогодержателю (ст. 351 ГК РФ), кредиторам продавца и арендодателя предприятия (ст. 562, 657 ГК РФ), займодавцу (ст. 811, 813, 814 ГК РФ), кредитору по кредитному договору (ст. 821.1 ГК РФ). Досрочное созревание долга по инициативе кредитора нередко именуется акселерацией долга.

Требование кредитора о досрочном исполнении обязательства должником рассматривается в судебной практике в качестве одностороннего изменения условий обязательства и регламентируется правилами ст. 310, п. 4 ст. 450 ГК РФ (п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146; п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147; определения СКГД ВС РФ от 8 ноября 2011 г. № 46-В11-20, от 10 марта 2015 г. № 20-КГ14-18, от 8 сентября 2015 г. № 5-КГ15-91, от 7 февраля 2017 г. № 5-КГ16-228). Кроме того, поскольку долг при акселерации сохраняется, а меняется лишь срок его возврата, сохраняют силу и все обеспечения (залог, поручительство и т.п.), а также продолжают начисляться регулятивные проценты, установленные законом или договором (см.: п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147; Определение СКГД ВС РФ от 8 сентября 2015 г. № 5-КГ15-91).

Иногда предлагается считать, что акселерация договорного долга является способом расторжения договора, но доминирующая судебная практика придерживается пока иного подхода и разграничивает расторжение договора, направленное на прекращение обязательств на будущее, с одной стороны, и акселерацию договорного долга как одностороннее изменение договора, с другой. Это разграничение права на расторжение договора и права на акселерацию долга прослеживается и в ст. 14 Закона о потребительском кредите (займе) (подробнее о данной проблеме см. комментарий к ст. 811 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019 (автор комментария к ст. 811 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

5. Пределы договорной свободы

Пункт 25 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 устанавливает, что в случаях, когда право на досрочное исполнение обязательства специально установлено законом или иным правовым актом, оно не может быть исключено или ограничено соглашением сторон.

При буквальном восприятии данного разъяснения может создаться впечатление о принципиальной недопустимости для участников оборота своим соглашением изменить специальные правила закона, дающие одной из сторон право на досрочное исполнение. Однако это, очевидно, не так. Возможность сторон предусмотреть соглашением особое регулирование исключается не самим по себе наличием правил, дающих право на досрочное исполнение обязательства, а только и исключительно императивным характером таких правил.

В тех случаях, когда право на досрочное исполнение обязательства установлено императивной нормой, стороны не вправе не только исключить его, но и ограничить такое право прямо или косвенно. В частности, стороны не могут в подобной ситуации обусловить реализацию такого права должником внесением им кредитору определенной платы (п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), увеличением цены или, напротив, уменьшением размера встречного предоставления и т.п.

Но если соответствующая норма, предоставляющая должнику право досрочного исполнения, имеет диспозитивный характер, договорная блокировка права на досрочное исполнение возможна. Так что все зависит от толкования конкретной нормы.

5.1. Право на досрочный возврат займа как пример толкования

Иногда могут возникать достаточно спорные вопросы интерпретации природы соответствующих норм. Например, согласно абзацу второму п. 2 ст. 810 ГК РФ «сумма займа, предоставленного под проценты заемщику-гражданину для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью, может быть возвращена заемщиком-гражданином досрочно полностью или по частям при условии уведомления об этом займодавца не менее чем за тридцать дней до дня такого возврата», и указано, что в договоре может быть установлен более короткий срок уведомления о намерении вернуть заем досрочно. При этом далее указано, что сумма займа, предоставленного под проценты, в иных случаях (речь идет, например, о займе, предоставленном одним коммерсантом другому в коммерческих целях) по общему правилу может быть досрочно возвращена лишь с согласия займодавца, в том числе согласия, выраженного в договоре займа.

Согласно буквальной интерпретации данной нормы заблокировать право на досрочное погашение займа невозможно как в контексте потребительского займа или кредита, так и в ситуации предоставления процентного займа одним гражданином другому в бытовых отношениях. Такое прочтение данной нормы пока наиболее распространено.

Но возможно обсуждать и ограничительное телеологическое толкование императивности данного регулирования, в рамках которого отраженный в норме запрет на договорное блокирование досрочного возврата займа будет касаться только потребительских займов и кредитов. При таком прочтении в кредитном или заемном договоре с участием заемщика-потребителя стороны действительно не вправе прямо или косвенно исключать либо ограничивать право такого заемщика на досрочный возврат полученной на процентной основе суммы кредита (займа). И это происходит вовсе не потому, что подобная возможность установлена законом (абзац второй п. 2 ст. 810 ГК РФ), а потому, что указанные предписания закона направлены на защиту потребителя как слабой стороны и поэтому носят императивный характер. Это подтверждается специальными нормами ст. 11 Закона о потребительском кредите (займе), наличие которых в силу п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей однозначно объявляет незаконными любые условия, ухудшающие положения потребителя-заемщика. В ситуации же, когда речь идет об отношениях равноправных субъектов, например, о договоре процентного бытового займа, заключенного между гражданами, предписания абзаца второго п. 2 ст. 810 ГК РФ в рамках такой интерпретации могут восприниматься как диспозитивные, так как не очевидна цель ограничения договорной свободы. Если так, то, несмотря на прямое указание в законе на право заемщика вернуть сумму займа досрочно, в последнем случае возможность сторон ограничить или исключить право на досрочный возврат вовсе не считалась бы исключенной.

Впрочем, данный вопрос пока в полной мере в практике ВС РФ не прояснен. Могут быть аргументы и против такой телеологической редукции императивного заряда данной нормы либо в пользу компромиссного решения (не исключаемое право на досрочный возврат займа, но с возложением на заемщика бремени возмещения убытков займодавца).

6. Исполнение условного обязательства до наступления отлагательного условия

Комментируемое правило о презумпции возможности досрочного исполнения обязательства, не связанного с осуществлением его

сторонами предпринимательской деятельности, напрямую неприменимо к случаям, когда исполнение или возникновение обязательства поставлены под отлагательное условие, как включенное в программу обязательства по воле сторон, так и запрограммированное позитивным правом. Должник не может попытаться навязать кредитору исполнение обязательства до наступления такого отлагательного условия, так как до наступления такого условия нет правовых предпосылок для исполнения и принятия исполнения, а соответственно кредиторская обязанность по принятию исполнения не созревает. Для исключения из программы обязательства отлагательного условия по общему правилу требуется согласие сторон на изменение такой программы, которое может быть в некоторых случаях обнаружено и в конклюдентном поведении сторон.

Но в ряде ситуаций возможен и односторонний отказ должника от защиты, которую предоставляет ему соответствующее отлагательное условие (так называемый отказ от условия). Это возможно, когда очевидно, что условие выговорено исключительно в интересах должника. В такой ситуации адресованное кредитору предложение должника принять исполнение, несмотря на ненаступление такого отлагательного условия, может с учетом правил толкования волеизъявлений быть воспринято как такой прямо выраженный или подразумеваемый отказ должника от условия и запускает кредиторскую обязанность кредитора принять исполнение (подробнее о соотношении правил ст. 315 ГК РФ и правового режима условного обязательства до наступления отлагательного условия см. комментарий к ст. 327.1 ГК РФ).

Дополнительная литература

Карапетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаш С.В. Исполнение обязательств. М., 2005. С. 355–375.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1014–1025.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 271.

Статья 316. Место исполнения обязательства

1. Если место исполнения обязательства не определено законом, иными правовыми актами или договором, не явствует из обычаев либо существа обязательства, исполнение должно быть произведено:

по обязательству передать земельный участок, здание, сооружение или другое недвижимое имущество — в месте нахождения такого имущества;

по обязательству передать товар или иное имущество, предусматривающему его перевозку, — в месте сдачи имущества первому перевозчику для доставки его кредитору;

по другим обязательствам предпринимателя передать товар или иное имущество — в месте изготовления или хранения имущества, если это место было известно кредитору в момент возникновения обязательства;

по денежному обязательству об уплате наличных денег — в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства или, если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения в момент возникновения обязательства;

по денежному обязательству об уплате безналичных денежных средств — в месте нахождения банка (его филиала, подразделения), обслуживающего кредитора, если иное не предусмотрено законом;

по всем другим обязательствам — в месте жительства должника или, если должником является юридическое лицо, в месте его нахождения.

2. Если после возникновения обязательства место его исполнения изменилось, в частности изменилось место жительства должника или кредитора, сторона, от которой зависело такое изменение, обязана возместить другой стороне дополнительные издержки, а также принимает на себя дополнительные риски, связанные с изменением места исполнения обязательства.

Комментарий

1. Значение места исполнения обязательства

Место исполнения обязательства является одной из ключевых характеристик надлежащего исполнения. Оно определяет не только пространственный, но отчасти и временной атрибут исполнения, поскольку обязательство считается исполненным в установленный срок, если в пределах этого срока исполнение предоставлено в надлежащем месте.

В то же время очевидно, что вопрос о месте исполнения обязательства может вставать при исполнении далеко не всех обязательств: например, как правило, нет возможности говорить о месте исполнения

негативного обязательства воздержаться от разглашения конфиденциальной информации; также сложно говорить о месте исполнения обязательства, связанного с приобретением доступа к «облачным сервисам» в Интернете, или обязательства по безналичному переводу денег на банковский счет кредитора.

1.1. Способы определения места исполнения

Место исполнения может быть непосредственно определено законом (см., например, п. 3 ст. 497 ГК РФ), иным правовым актом или договором либо условиями односторонней сделки. Равным образом место исполнения может явствовать из обычаев или существа обязательства. Так, услуги, связанные с использованием соответствующих помещений (пользование бассейном, просмотр кинофильмов в кинотеатре и т.п.), очевидно, должны предоставляться по месту их нахождения. Согласно позиции ВАС РФ, местом исполнения обязательства по возврату движимого имущества арендодателю, исходя из существа обязательства, признается по общему правилу место, где имущество было получено арендатором (см. п. 36 Информационного письма ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66). Но если речь идет об обязательстве арендатора транспортного средства по договору каршеринга, из существа договора и обычая следует, что арендатор может оставить транспортное средство в любом месте в пределах того или иного города или региона (даже если в условиях сделки этот аспект по какой-то причине опущен).

Если место исполнения не может быть выявлено ни одним из названных выше способов, оно определяется в соответствии с правилами п. 1 ст. 316 ГК РФ.

1.2. Дефолтные правила определения места исполнения: общее установление

По общему правилу (абзац седьмой п. 1 ст. 316 ГК РФ) местом исполнения обязательства считается место жительства (нахождения) должника. Подобный подход сформировался исторически и является традиционным для большинства зарубежных правовых порядков. Он отражен и в актах международной унификации частного права (п. 1 ст. 6.1.6 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.–2:101 Модельных правил европейского частного права).

Например, если иное не следует из закона, иного правового акта, условий сделки, обычая или не выводится из существа обязательства, оказание услуг или выполнение работ и сдача их результата должны осуществляться по месту нахождения должника (исполнителя или подрядчика). Так, если стороны не договорились, будет ли сеанс мануальной терапии осуществляться с выездом мануального терапевта на дом к пациенту или в месте нахождения терапевта, к которому

пациент должен приехать, из ст. 316 ГК РФ по умолчанию выводится последнее решение.

Из приведенного общего правила ст. 316 ГК РФ устанавливает ряд изъятий (абзацы второй–шестой п. 1) относительно отдельных разновидностей обязательств.

1.3. Место исполнения обязательства передать недвижимость

Некоторые из указанных в данном пункте специальных диспозитивных правил являются само собой разумеющимися. Так, в отсутствие правил о месте исполнения обязательств, связанных с передачей недвижимости (абзац второй п. 1 ст. 316 ГК РФ), общая привязка их исполнения к месту нахождения объекта недвижимости с необходимостью следовала бы из существа обязательства. Так что прямое упоминание этой привязки в комментируемой норме достаточно очевидно.

Но что, если передача владения недвижимостью осуществляется путем символической передачи, например посредством передачи ключей? Стороны могут оговорить конкретное место передачи ключей, но каково должно быть в этом случае общее правило? Должна ли символическая передача осуществляться в месте нахождения недвижимости или должно применяться общее правило о месте нахождения должника как месте исполнения обязательства? Вопрос не прояснен, но вопрос не является в практическом плане актуальным.

1.4. Место исполнения обязательства передать движимую вещь

Значительные проблемы возникают при применении положений п. 1 ст. 316 ГК РФ к обязательствам передать движимую вещь.

Традиционным для европейского права и известным ряду актов унификации частного права решением является определение места исполнения обязательства передать движимую вещь по месту нахождения должника, т.е. в соответствии с общим правилом (п. 1 ст. 6.1.6 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.–2:101 Модельных правил европейского частного права).

В российском праве ситуация более запутанная. С одной стороны, в п. 1 комментируемой статьи устанавливается в качестве места исполнения обязательства предпринимателя передать вещь место хранения или изготовления вещи, если о таком месте извещен кредитор. С другой стороны, в том же пункте указывается, что место исполнения обязательства по передаче товара, предусматривающего перевозку, является место сдачи товара первому перевозчику, нанятому для доставки товара кредитору (как и в ст. 31 Венской конвенции 1980 г.). Если вспомнить, что согласно общему правилу местом исполнения обязательства является место нахождения должника, возникает проблема разделения сфер применения этих трех правил.

Думается, можно предложить следующее решение.

Правило о месте хранения или изготовления вещи (если это место известно кредитору изначально или сообщено позднее к моменту исполнения) логично применять только в случаях, когда договор явным образом или имплицитно предусматривает самовывоз, т.е. возлагает бремя транспортировки вещи от должника к кредитору на последнего. Может случиться, что договор предусматривает самовывоз, но не оговорен адрес, по которому должна осуществляться сдача-приемка. В такой ситуации и будет применяться это правило: если кредитор знает, где вещь хранится или изготавливается, логично приехать именно туда. При этом следует напомнить, что это правило касается только тех случаев, когда должником является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Если должником является лицо, не осуществляющее предпринимательскую деятельность, то местом исполнения при оговоренном самовывозе будет место нахождения должника в соответствии с общим правилом. Прямо скажем, это не вполне логично. Возможно, здесь стоит истолковать закон расширительно и распространить правило об известном кредитору месте хранения или изготовления на обязательства любого должника, включая тех, для которых обязательство не связано с осуществлением коммерческой деятельности. Если один гражданин должен другому передать автомобиль и условия обязательства оговаривают самовывоз, то при известности кредитору места хранения вещи направляться кредитору следует именно туда.

Если договор предусматривает самовывоз, но кредитору неизвестно о месте хранения или изготовления вещи, он может явиться в положенный срок по месту нахождения должника (место жительства должника-гражданина или место регистрации должника-организации) и потребовать передачи ему вещи в этом месте. В этом случае действует общее правило о месте нахождения должника как месте исполнения обязательства. Оно действует независимо от того, связано ли обязательство с предпринимательской деятельностью должника.

Если договор предусматривает перевозку и при этом возлагает бремя ее организации на должника, логично исходить из того, что местом исполнения обязательства будет место нахождения кредитора или иное место, куда товар должен доставляться по условиям договора. Применительно к такой ситуации буквальное применение нормы п. 1 ст. 316 ГК РФ о сдаче товара первому перевозчику как месте исполнения обязательства, когда обязательство «предусматривает перевозку», выглядит нелогично. Если договор возлагает на должника поиск перевозчика и организацию доставки товара, было бы крайне странно,

если бы риск неисправности в транспортировке лежал на кредиторе. Предложенное выше решение в полной мере согласуется и с нормой п. 1 ст. 458 ГК РФ, согласно которой в случае, когда договор купли-продажи возлагает на продавца обязанность по доставке товара, обязанность продавца считается исполненной в момент вручения товара покупателю. Нормативно обосновать это решение, видимо, можно, апеллируя к существу отношений: такая возможность прямо указана в абзаце первом п. 1 ст. 316 ГК РФ.

Но где же должно применяться правило о месте сдачи товара первому перевозчику, которое согласно п. 1 ст. 316 ГК РФ должно применяться к «обязательству, предусматривающему перевозку»? Представляется разумным при ответе на этот вопрос обратиться к положениям п. 2 ст. 458 ГК РФ, согласно которым это место исполнения в контексте договора купли-продажи является надлежащим в тех случаях, когда договор не предусматривает ни возложение бремени доставки на продавца, ни самовывоз (т.е. в тех случаях, когда в договоре имеется пробел в отношении логистических деталей), но при этом сама необходимость перевозки не ставится под сомнение. Этот же подход, видимо, должен применяться и при толковании общих положений ст. 316 ГК РФ. Соответственно, указание в данной норме на «предусмотренную обязательством перевозку» следует толковать таким образом: речь здесь идет о ситуациях, когда необходимость перевозки товара либо прямо прописана в договоре, либо следует из несовпадения мест нахождения сторон, но ни договор, ни закон прямо не распределяют между сторонами бремя по организации перевозки. Получается, что в такой ситуации бремя нахождения и привлечения перевозчика будет лежать на должнике, но должник будет считаться исполнившим обязательство в момент сдачи товара этому перевозчику. Риск утери груза перевозчиком, случайной гибели или повреждения его в пути будет, соответственно, лежать на кредиторе (п. 1 ст. 459 ГК РФ применительно к купле-продаже).

Остается только отметить, что предложенные подходы к толкованию этих норм небесспорны, и однозначная судебная практика до сих пор не сложилась. Поэтому сторонам рекомендуется однозначно фиксировать вопрос о месте исполнения обязательства передать вещь в договоре.

Также надо обратить внимание на то, что применение этих общих правил п. 1 ст. 316 ГК РФ о месте исполнения обязательства по передаче товара вытесняется специальными нормами ГК РФ. Данные общие нормы применимы только к отношениям по иным договорам, применительно к которым нет специальных правил на сей счет (например,

обязанность подрядчика передать заказчику результат выполненных работ в виде созданной, переработанной или отремонтированной движимой вещи, обязанность комиссионера вернуть комитенту нереализованный товар и т.п.), а также к внедоговорным обязательствам (например, по возврату ошибочно полученных товаров на основании правил ГК РФ о неосновательном обогащении), если иное не следует из существа таких внедоговорных обязательств. В частности, при возврате ошибочно полученного товара не применимы ни правила о месте хранения вещи (так как такое обязательство прямо не предусматривает самовывоз), ни выводимое нами из существа обязательств правило о месте нахождения кредитора (так как такое обязательство прямо не предусматривает возложение на должника бремени доставки товара кредитору). Соответственно, в такой ситуации местом исполнения будет сдача товара первому перевозчику, нанимаемому должником для доставки кредитору.

В ряде ситуаций из существа отношений может выводиться иное решение в отношении места исполнения обязательства передать вещь (например, выше уже приводился пример с возвратом арендованной вещи в месте, где вещь была принята во владение арендатором). Также, возможно, имеет смысл обсуждать такое правило, согласно которому в случае возникновения обязательства вернуть движимую вещь в связи с расторжением договора или признания его недействительным по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон, именно на эту сторону следует возлагать транспортные расходы и риски, перемещая место исполнения обязательства соответствующим образом в отступление от общих правил. Например, если житель Екатеринбурга заказал доставку из Москвы мебели, но в поставленном товаре был обнаружен существенный дефект, в связи с чем покупатель реализовал свое право на отказ от договора, может показаться справедливым, чтобы именно поставщик организовал процесс обратной перевозки товара; все, что требуется от покупателя, — это предоставить поставщику возможность приехать и забрать дефектную мебель в место ее хранения. То же касается и ситуации, когда лицо получило в силу ошибки другой стороны вещь и обязано ее вернуть. Очевидно, что в такой ситуации из существа отношений вытекает, что должнику достаточно просто предоставить кондиционному кредитору возможность забрать вещь.

1.5. Место исполнения денежного обязательства

Исторически сложившимся и традиционным для большинства правовых систем является установление особых правил определения места исполнения денежных обязательств — по месту жительства (нахождения) кредитора (п. 1 ст. 6.1.6 Принципов УНИДРУА, п. 1

ст. III.—2:101 Модельных правил европейского частного права, п. 1 ст. 57 Венской конвенции 1980 г.).

Регламентация места исполнения денежного обязательства представлена в российском правопорядке двумя правилами.

1.5.1. Платеж наличными

Первое правило касается расчетов наличными деньгами. Абзац пятый п. 1 ст. 316 ГК РФ воплощает «классическое» установление — соответствующие обязательства подлежат исполнению в месте жительства (нахождения) кредитора в момент возникновения обязательства.

Напомним, что это общее правило, и иное может быть установлено в условиях сделки, законе или ином правовом акте, следовать из обычаев, существа отношений или принципа доброй совести. Например, очевидно, что из существа не только розничного договора купли-продажи, но и договора оказания бытовых услуг, предполагающего личное взаимодействие исполнителя и заказчика в процессе оказания услуг, оплату наличными и не содержащего условия об отсрочке или рассрочке платежа, следует, что заказчик обязан произвести оплату немедленно в месте, где соответствующее предоставление им было лично получено. Например, если репетитор приехал на дом к обучающемуся, провел занятие и просит расплатиться, заказчик не может заявить, что собирается позже отвезти деньги по месту жительства исполнителя.

1.5.2. Безналичный перевод

Второе правило в отношении денежных обязательств (абзац шестой п. 1 ст. 316 ГК РФ), появившееся с 1 июня 2015 г., говорит о месте исполнения денежного обязательства об уплате безналичных денежных средств. По букве закона такое обязательство должно быть исполнено в месте нахождения банка (его филиала, подразделения), обслуживающего кредитора, если иное не предусмотрено законом.

Это предписание несколько неоднозначно. Применительно к безналичным расчетам в форме перевода средств со счета должника на счет кредитора вопрос о месте исполнения (как пространственной категории) не встает, поскольку безналичные расчеты осуществляются в электронной форме; речь, соответственно, нужно вести о моменте исполнения и корректности маршрута платежа. Может возникнуть ситуация, когда должник осуществил перевод на счет кредитора, открытый в ином банке, или на иной счет, чем тот, на который он должен был направить деньги согласно условиям сделки, и здесь будет налицо ненадлежащее исполнение. Но вряд ли здесь можно говорить о ненадлежащем месте исполнения.

Момент же, когда безналичный платеж считается осуществленным, достаточно давно установлен в ч. 9 и 10 ст. 5 Закона о национальной

платежной системе, согласно которым при наличии у должника и кредитора общего банка моментом платежа является момент зачисления средств на счет кредитора, а в случае, когда у должника и кредитора разные банки, таким моментом является момент зачисления средств на корреспондентский счет банка кредитора. Последнее правило носит особенно важный характер, так как распределяет между сторонами риски неисправности привлеченных ими банков.

Ранее существовавшая правоприменительная практика также в целом устойчиво считала моментом исполнения обязательства при безналичном переводе средств при несовпадении банков должника и кредитора момент зачисления денежных средств на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора. Косвенно этот подход был отражен в п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 19 апреля 1999 г. № 5.

Этот подход является разумным, справедливым и экономически эффективным, так как возлагает на каждую из сторон риск банкротства выбранного ею банка. Если бы моментом платежа был момент списания денег со счета должника, риск неспособности банка должника перевести эту сумму в банк кредитора из-за отсутствия достаточного остатка на корреспондентских счетах, отзыва у банка лицензии и иных подобных причин лежал бы на кредиторе, что крайне странно и несправедливо. Это решение противоречило бы общему правилу о несении должником ответственности за действия привлеченных им к исполнению лиц (ст. 403 ГК РФ), а также общепринятым принципам распределения подобных рисков, которые требуют отнесения таких рисков на сторону, которая ближе к источнику риска и может дешевле и проще контролировать вероятность его материализации, предотвращать или застраховать.

Зеркальная аномалия имела бы место, если бы общим правилом было признание моментом платежа зачисление средств на счет самого кредитора: в этом случае получалось бы, что должник отвечает за неисправность выбранного кредитором банка, который, получив перевод на свой корреспондентский счет, почему-то (в силу какого-то сбоя, например) не отразил поступившие средства на счете самого кредитора. В российских реалиях, когда у банков достаточно часто отзывают лицензии и возникают финансовые и иные организационные проблемы, такие решения приводили бы к крайне несправедливым последствиям.

Данный вопрос о моменте исполнения, если и нужно было решать в ГК РФ, то на уровне поправок в нормы о безналичных расчетах и дублирования там положений Закона о национальной платежной системе, а не путем включения соответствующих положений в правила

ст. 316 ГК РФ о *месте* исполнения обязательства. Сейчас согласно данной норме ст. 316 ГК РФ место платежа определяется по месту нахождения банка кредитора, но как это связано с вопросом о моменте исполнения платежного обязательства, неясно. По месту нахождения банка кредитора невозможно определить момент платежа, так как корреспондентский счет банка кредитора открыт в другом банке (например, в ЦБ РФ) с другим местом нахождения.

В заданных условиях единственным выходом является творческое толкование комментируемого положения ст. 316 ГК РФ, согласующее его с нормами специального Закона о национальной платежной системе, при котором местом нахождения банка кредитора для целей применения данной нормы будут, как ни странно это звучит, считаться: а) корреспондентский счет банка кредитора в соответствующем банке при несовпадении банка должника и банка кредитора и б) расчетный или лицевой счет самого кредитора при осуществлении платежной операции внутри общего для сторон банка.

Такое толкование разделяется и правоприменительной практикой. Пункт 26 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 указывает, что, если иное не предусмотрено законом, по денежным обязательствам, исполняемым путем безналичных расчетов, местом исполнения обязательства является место нахождения банка (его филиала, подразделения), обслуживающего кредитора (получателя средств). При этом моментом исполнения денежного обязательства является зачисление денежных средств на корреспондентский счет банка, обслуживающего кредитора, либо банка, который сам является кредитором. Если же должника и кредитора по обязательству, исполняемому путем безналичных расчетов, обслуживает один и тот же банк, моментом исполнения такого обязательства является зачисление банком денежных средств на счет кредитора.

1.5.3 Императивность или диспозитивность

Правило о месте исполнения обязательства уплатить наличные носит, бесспорно, диспозитивный характер, это следует из абзаца первого п. 1 ст. 316 ГК РФ.

Более сложный вопрос касается безналичного перевода. В [проекте Концепции](#) реформирования общей части обязательственного права (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.)) (п. 3.6 разд. II) обращалось внимание на необходимость восприятия соответствующего правила абзаца шестого п. 1 ст. 316 ГК РФ, в рамках которого, как мы показали, под видом правила о месте безналичного

платежа кодируется правило о моменте исполнения обязательства по денежному безналичному переводу, как императивного, поскольку оно направлено на обеспечение баланса интересов сторон, недопущение злоупотреблений со стороны кредитора. Соответственно, есть определенные основания считать, что изменение договором вытекающего из положений Закона о национальной платежной системе и настоящей нормы ГК РФ (в описанной выше ее интерпретации) момента платежа в ту или иную сторону не допускается. На императивность намекают не только указанные опубликованные в рамках вышеуказанного [проекта Концепции](#) пояснения разработчиков, но и то, что комментируемое правило содержит прямую оговорку о возможности установления иного в законе, что на фоне общей диспозитивности положений ст. 316 ГК РФ намекает на императивность данной конкретной нормы. ВС РФ в п. 26 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. [№ 54](#), устанавливая вышеописанное толкование новой нормы ГК РФ о месте исполнения обязательства совершить безналичный перевод, уточняет, что это толкование действует, если иное не установлено в законе, но также не упоминает возможность согласования иного в договоре.

В то же время может обсуждаться и иной подход, в рамках которого право не должно жестко блокировать свободу как минимум предпринимателей, заключающих договор в условиях сопоставимых переговорных возможностей, перераспределить риски банкротства привлеченных к проведению платежа банков по их усмотрению. В конечном итоге абзац первый п. 1 ст. 316 ГК РФ прямо указывает, что все содержащиеся в данном пункте правила применяются, если иное не согласовано сторонами. Отсутствие в норме, определяющей «место» исполнения обязательства по безналичному переводу, повторного упоминания такой диспозитивной оговорки само по себе не предопределяет императивное прочтение такой специальной нормы. Если исходить из диспозитивного прочтения вопреки задумке разработчиков данной нормы, бороться со злоупотреблениями договорной свободой придется за счет инструментов *ex post* контроля. В случае навязывания отступлений от общего правила распределения рисков неисправности привлекаемых сторонами банков слабой стороне договора последняя могла бы получить защиту посредством апелляции к ст. 10 или 428 ГК РФ.

Пока однозначный подход к решению этой проблемы в судебной практике ВС РФ не устоялся.

1.5.4. Последствия закрытия счета кредитора

Важно отметить, что платеж считается осуществленным при несовпадении обслуживающих стороны банков, если деньги зачислены

на корреспондентский счет банка, *обслуживающего кредитора*. Если к моменту поступления средств на корреспондентский счет кредитор уже закрыл свой расчетный (лицевой) счет в этом банке, говорить о надлежащем исполнении нельзя. Деньги могут оказаться на корреспондентском счете банка, который на момент поступления перевода уже кредитора не обслуживает. В то же время, если этот счет был указан в договоре или в счете на оплату и при этом кредитор не сообщил должнику до момента проведения платежа о закрытии данного счета, риск банкротства банка, в который поступили средства, должен нести кредитор. Обязанность кредитора заблаговременно сообщить должнику о намерении закрыть счет, на который изначально кредитор планировал получить перевод, вытекает из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Соответственно, иск кредитора, направленный на взыскание с должника повторной оплаты, должен, по всей видимости, отклоняться, но кредитор не лишен права требовать от должника уступки ему вытекающего из норм гл. 60 ГК РФ кондикционного требования к банку о возврате ошибочно поступившего платежа. Подобные споры в последнее время достаточно часто рассматриваются судами, но какой-либо четкий алгоритм их разрешения пока не сформулирован (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 306-ЭС15-5083). Поэтому было бы разумно данные вопросы прямо регулировать в договоре во избежание сомнений.

1.6. Момент определения места исполнения

В зарубежном праве вопрос о том, на какой момент времени определяется место нахождения стороны обязательства, определяющее место исполнения согласно правилам комментируемой статьи, решается по-разному. В ряде стран и актах международной унификации предлагается фиксировать место исполнения по месту нахождения соответствующей стороны на момент заключения договора (ст. 31 Венской конвенции 1980 г. — в отношении обязательства передать товар); в этом случае изменение такого места нахождения после заключения договора, но до наступления срока исполнения место исполнения обязательства не поменяет. В других странах и актах унификации берется в расчет место нахождения одной из сторон на момент исполнения, и, соответственно, такое условие, как место исполнения обязательства, может меняться в течение «жизни» обязательства, т.е. оказывается не определенным, а определимым (например, ст. 57 Венской конвенции 1980 г. в отношении денежных обязательств, а также п. 3 ст. III.—2:101 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 6.1.6 Принципов УНИДРУА). Судя по тексту п. 2 комментируемой статьи (см. далее), российский закон делает выбор в пользу последнего

решения, указывая, что изменение места нахождения одной из сторон обязательства влечет изменение места исполнения.

2. Изменение места исполнения обязательства

Пункт 2 ст. 316 ГК РФ предусматривает универсальное регулирование проблемы изменения места исполнения обязательства после его возникновения: сторона, от которой зависело такое изменение, обязана возместить другой стороне дополнительные издержки, связанные с изменением места исполнения обязательства. Похожее решение закреплено в международных актах унификации (п. 2 ст. 6.1.6 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.—2:101 Модельных правил европейского частного права).

Там, где в силу правил п. 1 ст. 316 ГК РФ, иных норм права, обычая или условий сделки место исполнения обязательства определяется по месту нахождения одной из сторон, изменение места нахождения этой стороны влечет изменение места исполнения обязательства, а это в свою очередь может спровоцировать несение контрагентом дополнительных затрат на исполнение. В связи с этим закон возлагает на сторону, изменившую свое место нахождения, бремя возмещения связанных с таким изменением издержек (расходов) другой стороны по исполнению.

2.1. Возмещение издержек, вызванных изменением места исполнения обязательства

Поскольку речь в п. 2 ст. 316 ГК РФ идет о риске, для возложения на соответствующую сторону обязанности возместить дополнительные расходы по исполнению не имеет значения, несет ли данная сторона ответственность за соответствующие изменения своего места нахождения. Единственным условием, достаточным для возложения такой обязанности, является возникновение данных изменений. Соответственно, например, и в случае замены кредитора в обязательстве, которое должно было исполняться по месту нахождения кредитора, в результате наследственного правопреемства на наследнике будет лежать обязанность предоставить возмещение дополнительных расходов должника, связанных с изменением места исполнения.

При этом контрагент стороны, обязанной к их возмещению, вправе потребовать их авансирования и приостановить исполнение до поступления соответствующих сумм. Такие подходы уже просматриваются в судебной практике по схожим ситуациям. Так, п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 устанавливает, что в случае, когда исполнение новому кредитору, к которому перешло право требования, предполагает дополнительные усилия или затраты долж-

ника, соответствующие расходы должны быть возмещены должнику, а до такого возмещения должник по общему правилу не считается просрочившим (ст. 405 и 406 ГК РФ). Поскольку данное разъяснение регулирует сходную ситуацию по принципу «равному равное», оно может и должно по аналогии использоваться для случая возникновения дополнительных издержек в связи с изменением места исполнения. В контексте договорных отношений в случае уклонения соответствующей стороны от авансирования возмещения таких издержек по требованию стороны, управомоченной на получение такого возмещения, последняя сторона вправе отказаться от договора и потребовать возмещения убытков.

2.2. Солидарное возмещение издержек, вызванных изменением места исполнения обязательства в результате правопреемства

В том случае, когда изменение места исполнения обязательства стало следствием преемства в требовании или долге, предполагающего сохранение фигуры исходного кредитора или должника (например, цессия, привативный перевод долга), логичным и справедливым выглядит возложение обязанности возместить причиненные таким изменением дополнительные расходы солидарно как на исходного кредитора (должника), так и на его преемника.

Этот подход разделяется правоприменительной практикой. Например, в случае уступки требования, совершенной без согласия должника, его расходы, вызванные переходом права и являющиеся необходимыми, подлежат возмещению цедентом и цессионарием солидарно (п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Среди таких расходов могут быть и расходы, связанные с изменением места исполнения. Кредитор и поручитель солидарно обязаны возместить должнику необходимые расходы, вызванные переходом права к поручителю, если договор поручительства был заключен без согласия должника (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45).

Такой подход вполне оправдан. Он соответствует общей идее солидарного возмещения потерь, явившихся следствием совместных действий нескольких лиц (подробнее см. комментариев к ст. 322 ГК РФ), а также актам международной унификации частного права (см., например, в отношении уступки ст. 9.1.8 Принципов УНИДРУА). С учетом же многократного повторения со стороны ВС РФ данное решение может рассматриваться в качестве принципиального не только в отношении обозначенных, но и любых иных случаев возникновения дополнительных расходов, связанных с изменением места исполнения в связи с преемством в требовании или долге.

Правда, стоит обратить внимание на то, что ВС РФ зачастую ограничивает такое возмещение лишь случаями, когда соглашение, помимо прочего, влекущее изменение места исполнения обязательства, заключается без согласия заинтересованного лица. Возможно, эта оговорка мыслится как эманация доктрины эстоппель или проявление доктрины подразумеваемого отказа от права, а общая логика ВС РФ заключается в том, что если, скажем, должник соглашается с заменой кредитора, давая согласие на цессию, то подразумевается, что должника устраивают и все связанные с этим последствия, включая возникновение дополнительных расходов, связанных с изменением в результате правопреемства места исполнения обязательства. Однако подобная интерпретация поведения должника небесспорна. Отказ должника в указанном примере от права на компенсацию дополнительных расходов, связанных с изменением места исполнения ввиду смены кредитора, как и любой отказ от права, не может подразумеваться, а должен быть прямо выражен. Тот факт, что должник согласен со сменой кредитора (сейчас или в будущем), сам по себе не свидетельствует, что должник отказывается от своего права требовать возмещения причиненных этим расходов. Не очевидны здесь основания и для применения доктрины эстоппель: то, что должник согласовал уступку, само по себе не дает исходному кредитору и правопреемнику основания считать, что должник прощает им долг по возмещению возрастающих в связи с изменением места исполнения расходов.

Как представляется, обратный подход, в силу которого утрата права на возмещение дополнительных расходов не подразумевается, будет корректнее. Он будет стимулировать лиц, чье соглашение влечет изменение места исполнения и соответствующие дополнительные издержки, договариваться с заинтересованным лицом (в приведенном примере с цессией – с должником) о компенсации или отказе от нее. В логике же ВС РФ получается, что предусмотрительно позаботиться о своем интересе должен сам должник. И если, соглашаясь на смену кредитора, он не выговорит себе компенсацию понесенных издержек либо специально не укажет, что оставляет за собой право на их компенсацию, возможности такой компенсации он лишится.

2.3. Убытки, причиненные отсутствием информирования об изменении места исполнения

Правила п. 2 ст. 316 ГК РФ регламентируют только вопрос издержек, связанных с изменением места исполнения как такового. При этом данные нормы совершенно не исключают взыскания убытков в ситуации, когда соответствующая сторона своевременно не сообщила другой стороне об изменении места своего нахождения и, соответст-

венно, — изменении места исполнения обязательства. Например, если в результате несообщения (несвоевременного сообщения) контрагенту информации о произошедшем изменении места исполнения последнему причинены убытки, они могут быть взысканы в полном объеме на основании п. 4 ст. 10, п. 3 ст. 307, а также ст. 406 ГК РФ.

Дополнительная литература

Карапетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаши С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаши С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 375–416.

Сарбаши С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020. С. 95–103.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1006–1014.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 269–270.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 269–270.

Статья 317. Валюта денежных обязательств

1. Денежные обязательства должны быть выражены в рублях (статья 140).

2. В денежном обязательстве может быть предусмотрено, что оно подлежит оплате в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах (эю, «специальных правах заимствования» и др.). В этом случае подлежащая уплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон.

3. Использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории Российской Федерации по обязательствам допускается в случаях, в порядке и на условиях, определенных законом или в установленном им порядке.

Комментарий

1. «Валюта долга» денежного обязательства: общее правило

Статья 317 ГК РФ разграничивает категории «валюта долга» (валюта, в которой обязательство выражено) и «валюта платежа» (валюта, в которой денежный долг по обязательству должен быть погашен). Использование данных терминов подтверждено в п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

В качестве общего правила п. 1 ст. 317 ГК РФ устанавливает, что валютой долга является национальная валюта — российский рубль. Норма не является императивной, так как п. 2 комментируемой статьи допускает согласование в договоре валютной оговорки, в рамках которой денежный долг выражается в иностранной валюте, но погашается в рублях с пересчетом по тому или иному курсу. При этом п. 3 комментируемой статьи допускает при наличии к тому установленных в законе условий не только выражение долга в иностранной валюте, но и погашение долга в иностранной валюте.

2. Валютная оговорка

Пункт 2 ст. 317 ГК РФ допускает условие договора об исчислении суммы денежного обязательства в иностранной валюте (а также условных денежных единицах) при условии, что оплата будет производиться в рублях с пересчетом по тому или иному курсу. Таким образом, законодатель по общему правилу оставляет на усмотрение сторон возможность использования иностранной валюты в качестве валюты долга, с тем, однако, условием, что валютой платежа по такому обязательству будет национальная валюта. Такого рода условия договора именуются на практике валютной оговоркой.

Законом могут устанавливаться исключения из этого правила. Так, п. 2 ст. 10 Закона о защите прав потребителей предписывает определение цены товаров, работ или услуг (т.е. «валюты долга») в потребительских договорах исключительно в рублях. Это положение введено для обеспечения информированного выбора потребителя и упрощения сравнения ценовых предложений различных конкурентов, направлено против предотвращения затуманивания условия о цене и позволяет потребителям избегать необходимости производить не самые простые (если их пытаться производить в уме) вычисления и счетных ошибок.

2.1. Толкование условия договора о валютной оговорке

В случае, когда в договоре денежное обязательство выражено в иностранной валюте без указания о его оплате в рублях и при этом расчеты в валюте между этими сторонами не допускаются валютным зако-

нодательством, судебной-арбитражная практика рассматривает такое договорное условие как предусмотренную п. 2 ст. 317 ГК РФ валютную оговорку, если только при толковании договора в соответствии с правилами ст. 431 ГК РФ суд не придет к иному выводу (см.: п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Здесь используется толкование *favor contractus*, которое требует при неясности толковать условие договора таким образом, чтобы определенное содержание волеизъявления не вступало в противоречие с законом; это вполне логичная интерпретационная презумпция, так как воля сторон совершить такую незаконную сделку куда менее вероятна, чем их желание договориться о валютной оговорке (о таком приеме толкования см. комментарий к ст. 431 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Если из толкования условий сделки становится очевидно, что стороны имели в виду не валютную оговорку, а осуществление платежа в иностранной валюте, и такой платеж в силу валютного законодательства запрещен, такое условие неправомерно (о последствиях см. комментарий к п. 3 настоящей статьи).

2.2. Исчисление курса валюты долга

При использовании в качестве валюты долга иностранной валюты подлежащая уплате в рублях сумма определяется согласно комментируемой норме по общему правилу по официальному курсу соответствующей валюты на дату фактического платежа (см.: п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54; Определение СКГД ВС РФ от 28 мая 2019 г. № 5-КГ19-55; п. 4 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2019) (утв. Президиумом ВС РФ 25 декабря 2019 г.)). Под официальным курсом понимается отношение (курс) этих валют к рублю, устанавливаемое ЦБ РФ.

Сам официальный курс ЦБ РФ на соответствующий день определяется ЦБ РФ в установленном порядке (Указание Банка России от 14 марта 2019 г. № 5094-У). Согласно п. 9 данного Указания, «официальные курсы иностранных валют по отношению к рублю устанавливаются приказом Банка России с даты, указанной в нем, до даты, с которой следующим приказом Банка России устанавливаются новые официальные курсы иностранных валют по отношению к рублю». По ряду валют курсы обновляются каждый рабочий день, по некото-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 431 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

рым другим реже. Соответственно, при определении курса пересчета необходимо определить тот официальный курс соответствующей валюты, который установлен на день совершения платежа.

Если ЦБ РФ не устанавливает курс выбранной сторонами в качестве валюты долга иностранной валюты к рублю, должны использоваться предоставленные сторонами данные о курсе этой валюты, устанавливаемом уполномоченным органом (банком) соответствующего государства или международной организацией к одной из иностранных валют, котируемых ЦБ РФ (см.: п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Здесь, правда, остается открытым вопрос: если таких котируемых ЦБ РФ валют несколько, привязка к какой из них должна использоваться? Вопрос этот важен практически, поскольку при значительных размерах платежа этот «разброс» может оказаться существенным. В подобной ситуации, полагаем, выбор может делаться в пользу той из основных иностранных валют, котируемых ЦБ РФ, которая имеет наиболее тесную связь с обязательством сторон либо финансовой или производственной деятельностью кредитора. Впрочем, этот вопрос в судебной практике пока не прояснен.

При этом встает вопрос о том, что имеется в виду под днем фактического платежа при безналичных расчетах: день принятия банком платежного поручения должника, день списания денег со счета должника, день перевода банком должника денег со своего корреспондентского счета, день зачисления денег на корреспондентский счет банка кредитора или день зачисления денег на счет самого кредитора? Иногда эти дни могут не совпадать. Момент платежа, согласно ст. 316 ГК РФ, в той интерпретации, которая сейчас возобладали в практике ВС РФ, при переводе денег со счета должника на счет кредитора, если такие счета открыты в одном банке, определяется датой зачисления денег на счет кредитора. Курс, объявленный на этот день, и следует брать за ориентир. В случае если у сторон разные банки, моментом платежа согласно закону и судебной практике является момент зачисления денег на корреспондентский счет банка кредитора (см. подробнее комментарий к ст. 316 ГК РФ). Соответственно, следует учитывать курс на момент зачисления денег на корреспондентский счет банка кредитора. В этом случае может возникать разрыв во времени между списанием денег со счета должника и зачислением денег на корреспондентский счет банка кредитора. Следовательно, если день принятия банком плательщика платежного документа и день зачисления денег на корреспондентский счет банка получателя не совпадают, должник может не знать тот курс, который будет действовать на момент, когда

его платеж будет считаться осуществленным. Это приводит к тому, что ему либо потребуется впоследствии доплатить курсовую разницу, образующуюся в результате возрастания курса валюты долга, либо у кредитора возникнет обязанность вернуть избыточно уплаченное, если курс валюты долга за эти несколько дней с момента принятия банком должника платежного поручения и до зачисления денег на корреспондентский счет банка кредитора упадет.

2.3. Свобода договора в определении курса валюты долга

В силу диспозитивности положений п. 2 комментируемой статьи стороны договора могут согласовать иной курс пересчета, иной порядок или момент его определения (см.: Определение СКГД ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 5-КГ15-151; п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В частности, стороны в целях ограничения валютных рисков могут договориться о том, что платеж осуществляется по официальному курсу ЦБ РФ в пределах того или иного «валютного коридора» (не ниже и не выше определенных предельных значений курса). Кроме того, дабы лишить должника стимулов затягивать платеж при падении курса валюты долга, стороны могут указать в договоре, что должник платит по курсу на момент платежа, но при просрочке он должен платить сумму, в любом случае не меньшую той, которая определялась бы с учетом курса на момент начала просрочки. В договоре может быть установлена та или иная корректировка к курсу ЦБ РФ (например, увеличение официального курса на ту или иную величину). Могут стороны указать и на иной курс вместо официального курса ЦБ РФ, а также установить в договоре мультивалютную оговорку, привязав размер долга по той или иной формуле к курсу сразу нескольких валют («валютной корзины»).

Российская судебная практика допускает указание в договоре на внутренний курс одного из контрагентов, являющихся банком (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10780/11). Когда подобное условие включено в коммерческий договор, возражений против такой опции нет, так как в таком договоре может быть оговорено и право на одностороннее изменение условий договора. Но в контексте потребительского договора подобное условие вызывает сомнения, поскольку позволяет банку *de facto* в одностороннем порядке влиять на размер долга, что вступает в противоречие с запретом на согласование в таком договоре условия о праве на одностороннее изменение условий договора (п. 2 ст. 310 ГК РФ).

Чтобы избежать образования курсовых разниц в связи с тем, что момент предъявления должником банку платежного поручения и мо-

мент зачисления денег на корреспонденский счет банка кредитора могут не совпадать (подробнее о данной проблеме см. п. 2.2 комментария к настоящей статье), стороны могут согласовать в договоре, что при пересчете будет использоваться курс на момент списания денег со счета должника.

Также, опасаясь значительных колебаний курса, разумные стороны могут договориться о том, что одна из сторон вправе отказаться от договора в случае, если колебание курса иностранной валюты достигнет того или иного предела.

Но если подобные условия не согласованы, действуют общие правила, закрепленные в комментируемом пункте или выводимые из его толкования (см.: п. 14 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2.4. Исчисление процентов при использовании валютной оговорки

В случаях, когда в силу валютной оговорки долг выражен в иностранной валюте, но должен быть погашен в рублях, законные или договорные проценты (как регулятивные, так и охранительные), а также неустойка за неисполнение обязательства начисляются и выражаются в валюте долга (см.: п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; Обзор судебной практики ВС РФ № 1 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г.)). При этом по общему правилу оплачиваются эти проценты (неустойки) в рублях по тому же выбранному сторонами или вытекающему из правил комментируемой статьи курсу, по которому осуществляется пересчет в рублевый эквивалент суммы основного долга. Датой же определения курса будет дата выплаты соответствующих процентов или неустоек. Иное может быть предусмотрено в законе, ином правовом акте или соглашении сторон.

В случае если ставка процента не определена в законе или договоре, не подлежат применению правила ст. 317.1, 395, 809 ГК РФ, которые привязывают размер этой ставки к ключевой ставке ЦБ РФ, так как последняя оценивает стоимость рублевого рефинансирования банков.

В отношении денежных обязательств, номинированных в иностранной валюте, но подлежащих оплате в рублях (т.е. в случае наличия в договоре валютной оговорки), согласно судебной практике, складывавшейся в условиях редакции ГК РФ, действовавшей до 1 июня 2015 г., применялся следующий подход: мораторные (охранительные) проценты приравнивались к среднему проценту по краткосрочным кредитам в иностранной валюте, в которой номинирован долг, в месте нахождения кредитора, а в случае отсутствия такой статистики —

на основании справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора о принятых в его практике процентах кредита в такой валюте (см.: п. 52 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8; п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

С учетом того, что с 1 июня 2015 г. вместо ставки рефинансирования для расчета процентов по ст. 395 ГК РФ стала учитываться средняя ставка по вкладам, подход к определению процентов по валютным обязательствам был синхронно изменен. В период с 1 июня 2015 г. до 31 июля 2016 г. по обязательствам, выраженным в иностранной валюте, охранительные проценты должны считаться из расчета средней ставки по вкладам физических лиц в соответствующей иностранной валюте, выдаваемым в месте нахождения кредитора. Такая статистика публиковалась ЦБ РФ в отношении вкладов в ряде иностранных валют (доллар, евро). Если долг номинирован в иной валюте, в отношении которой ЦБ РФ не публиковал статистику средних процентов по вкладам, такой процент должен был определяться исходя из самой поздней из опубликованных ставок по каждому из периодов просрочки. Когда отсутствуют и такие публикации, сумма подлежащих взысканию процентов рассчитывалась на основании справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую им среднюю ставку по краткосрочным вкладам физических лиц. Эти разъяснения были закреплены в п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7.

Так как с 1 августа 2016 г. процентная ставка, согласно актуальной сейчас редакции ст. 395 ГК РФ, по рублевым долгам привязывается к ключевой ставке ЦБ РФ, возникла необходимость восстановить старые разъяснения в отношении данного вопроса и привязывать ставку по долгам, номинированным в иностранной валюте, к средним ставкам по кредитам в соответствующей валюте, а при отсутствии такой статистики — к ставке кредита, определяемой согласно справке одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора. Это в итоге и было сделано ВС РФ в Обзоре судебной практики ВС РФ № 1 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 16 февраля 2017 г.). Суд, в частности, указал следующее: «При просрочке исполнения денежного обязательства, валютой долга которого является иностранная валюта, проценты за неправомерное удержание денежных средств, уклонение от их возврата, иную просрочку в их уплате подлежат исчислению в иностранной валюте. Поскольку ключевая ставка Банка России представляет собой процентную ставку по операциям предоставления Банком России коммерческим банкам краткосрочных кредитов...

размер процентов, уплачиваемых за нарушение денежного обязательства, валютой долга которого является иностранная валюта, должен определяться с учетом аналогичных показателей и исчисляться исходя из средних процентных ставок в валюте долга. Если средняя ставка в соответствующей иностранной валюте за определенный период не опубликована, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается исходя из самой поздней из опубликованных ставок по каждому из периодов просрочки. Когда отсутствуют и такие публикации, сумма подлежащих взысканию процентов рассчитывается на основании справки одного из ведущих банков в месте нахождения кредитора, подтверждающей применяемую им среднюю ставку по краткосрочным валютным кредитам».

Проблема может возникнуть в ситуации, когда стороны установили в качестве валюты долга в рамках валютной оговорки экзотическую валюту. Если в месте нахождения кредитора (например, в России, если кредитор зарегистрирован в нашей стране) кредиты в данной валюте не выдают, вышеуказанные разъяснения не помогут обнаружить релевантную процентную ставку. Придется обращаться либо к ставкам, принятым в стране, в которой данная валюта обращается, либо определить процентную ставку в привязке к обычному проценту кредитования в рублях в России, либо использовать какой-либо иной способ восполнить пробел в договоре по доброй совести. Ясности в судебной практике по данному вопросу нет. Во избежание таких сложностей сторонам стоит оговорить в таком договоре размер пеней.

Все сказанное выше применимо с необходимыми адаптациями и к расчету процентов регулятивных, т.е. процентов по займу, банковскому кредиту, коммерческому кредиту, вкладу и т.п. (см. комментарий к ст. 317.1 ГК РФ).

2.5. Возможность согласования валютной оговорки применительно к обязательствам, имеющим внедоговорное основание возникновения

Условие об оплате денежного долга в рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте, может быть установлено законом или соглашением сторон в отношении не только договорных обязательств, но и обязательств, изначально возникших из иных правовых оснований (см. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

2.6. Применение условия о валютной оговорке в случае просрочки

Если должник попадает в просрочку и после этого курс иностранной валюты, в которой выражен долг, падает, должнику не может быть позволено получить выгоду от снижения рублевого эквивалента его долга в период просрочки, так как иначе право позволяло бы должнику

извлекать выгоду в результате своего неправомерного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ).

То же и в ситуации, когда уплата денег была привязана к исполнению кредитором своей кредиторской обязанности, и кредитор допустил просрочку, что в результате сместило дату платежа по денежному обязательству должника, и в результате роста курса валюты долга в указанный период рублевый эквивалент долга должника начинает возрастать.

Наконец, аналогичная ситуация имеет место и в том случае, когда кредитор по денежному обязательству сам допустил просрочку по своему встречному обязательству, что позволило должнику приостановить исполнение своего денежного обязательства по правилам ст. 328 ГК РФ, и в период правомерного приостановления исполнения платежа курс валюты долга вырос.

Право не должно допускать ситуацию, когда сторона, допускающая просрочку (должник, впавший в просрочку должника, или кредитор, допускающий просрочку кредитора или просрочку в осуществлении предшествующего предоставления), выиграет от изменения курса валюты долга.

Это решение нашло свое признание в практике ВС РФ (Определение СКГД ВС РФ от 8 августа 2017 г. № 5-КГ17-117, п. 10 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 18 ноября 2018 г.)). В рассматриваемом деле в силу договора должник должен был внести оплату с условием о валютной оговорке после исполнения кредитором своих договорных обязательств, а последний просрочил их исполнение, что привело к правомерному приостановлению платежа. ВС РФ признал, что на должника не могут быть возложены валютные риски, связанные с ростом курса иностранной валюты в период просрочки, которую допустил кредитор при осуществлении предшествующего предоставления. Суд в итоге признал право должника погасить долг, определив его размер с учетом курса, который был на момент, когда должник заплатил бы, если бы кредитор осуществил свое предшествующее исполнение вовремя. Этот же подход см. в п. 3 ст. III.–2:109 Модельных правил европейского частного права и п. 4 ст. 6.1.9 Принципов УНИДРУА.

Есть два варианта догматического обоснования данного решения.

В рамках первого варианта в такой ситуации пострадавшая в результате просрочки сторона, вправе по своему выбору требовать погашения долга, исчислив его либо с применением курса валюты долга, который имелся на тот момент наступления срока платежа, который имел бы место, если бы не было просрочки, либо с применением курса

на момент фактического платежа. Например, если речь идет о просрочке должника по денежному обязательству, и при этом за период просрочки курс упал, кредитор вправе требовать погашения долга по курсу, который имел место на момент начала просрочки. В этом случае взыскание этой разницы в составе основного долга не означает привлечение должника к ответственности. И эту разницу должник должен заплатить, несмотря на то что он освобождается от ответственности в связи с просрочкой (например, если должник-гражданин впал в просрочку, оказавшись в коме, или в сценарии наследования долга, когда наследники не могли погасить долг до завершения процедур вступления в наследство). В сценарии же с просрочкой кредитора или правомерным приостановлением платежа в связи с просрочкой в осуществлении кредитором встречного предоставления должник вправе по своему выбору заплатить по курсу на момент, когда он должен был бы заплатить, не впадая кредитор в просрочку, либо на момент фактического платежа: если курс вырос, должник наверняка выберет первое. И в рамках такого решения речь будет идти не об ответственности за просрочку кредитора, а об определении размера долга.

Другим вариантом обоснования защиты кредитора или должника в указанных сценариях следует признать его право требовать взыскания со стороны, допустившей просрочку, разницы, образовавшейся не в пользу пострадавшей стороны из-за изменения курса в период просрочки контрагента, на основании ст. 15 ГК РФ в качестве меры убытков. В сценарии с просрочкой должника, в течение которой должник выигрывает от падения курса, эта разница взыскивается в качестве дохода, извлеченного нарушителем в результате своего правонарушения (*disgorgement of profits*) на основании абзаца второго п. 2 ст. 15 ГК РФ. В сценарии же просрочки кредитора или просрочки в осуществлении кредитором предшествующего исполнения по синаллагматическому договору, вынудившей должника отсрочить платеж и столкнуться с ростом курса валюты долга, речь пойдет о взыскании в пользу должника убытков, вызванных нарушением кредитором соответствующей своей обязанности, которые должник может зачесть к своему долгу по основному обязательству. В любом случае защита будет осуществляться по правилам о договорной ответственности за просрочку должника или просрочку кредитора. Соответственно, в этом случае отсутствие вины просрочившей стороны или блокирование возможности исполнения соответствующей обязанности в связи с непреодолимой силой освобождает просрочившую сторону от возмещения этой разницы, поскольку к ответственности применяются правила ст. 401 ГК РФ.

Первый подход мы видим в соответствующих положениях актов международной унификации частного права. Так, согласно п. 3 ст. III.–2:109 Модельных правил европейского частного права кредитор вправе требовать пересчета из валюты долга в валюту платежа по курсу либо на момент фактического платежа, либо на момент наступления срока платежа. Аналогичный выбор на случай просрочки платежа предоставляет кредитору и редакция п. 4 ст. 6.1.9 Принципов УНИДРУА. Соответственно, согласно этим актам, в случае просрочки должника кредитор может лишиться должника какой-либо выгоды от падения курса валюты долга за весь период просрочки, но при этом речь идет не о взыскании убытков, а об особом правиле определения размера долга.

Но в целом вопрос о выборе одного из двух указанных догматических обоснований защиты должника или кредитора от неблагоприятного изменения курса в период просрочки другой стороны следует признать спорным. Практическая важность этого вопроса проявляет себя, в частности, в случаях, когда просрочившая сторона освобождается от ответственности за просрочку по правилам ст. 401 ГК РФ. Но есть и целый ряд других аспектов, применительно к которым природа данного института и его отнесение или неотнесение к категории убытков могут иметь важное значение. Например, требование о возмещении упущенной выгоды субординируется в банкротстве должника, и соответственно если мы квалифицируем требование ко впадшему в просрочку должнику о возмещении курсовой разницы, образовавшейся в период его просрочки, в качестве требования о погашении упущенной выгоды, при банкротстве должника это требование будет субординировано. Другой пример: если в договоре установлены пени за просрочку, они по умолчанию не применяются к долгу о возмещении договорных убытков, и за добровольное неудовлетворение требования о возмещении убытков эти пени не начисляются. Соответственно, если мы указанную курсовую разницу квалифицируем в качестве убытков, на нее не будут начисляться договорные пени, согласованные за просрочку в погашении основного долга. Примеры можно продолжать.

2.7. Содержание судебного акта при взыскании денежного долга, номинированного в иностранной валюте

При взыскании денежных сумм, которые подлежат уплате в рублях по обязательству, номинированному в иностранной валюте (условных денежных единицах) и подлежащему пересчету в рубли на момент исполнения, иск может содержать указание на требование взыскать с должника рублевый эквивалент соответствующей суммы долга, вы-

раженной в валюте, по курсу на момент фактического исполнения судебного решения.

В таком случае суд должен вынести решение о взыскании рублевого эквивалента и не вправе пересчитать взыскиваемую сумму в рубли самостоятельно, так как «конвертация» должна будет производиться лишь на момент исполнения решения суда. В этом случае вся необходимая информация для расчета взыскиваемой суммы в рублях на дату исполнения судебного акта должна указываться в резолютивной части судебного акта, а пересчет в рубли будет осуществляться на момент исполнения судебного решения (см.: п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В частности, в судебном решении и исполнительном листе должны быть указаны:

- размер суммы долга в иностранной валюте и о погашении этого долга в рублях;
- ставка процентов и (или) размер неустойки, начисляемых на сумму основного долга в период до исполнения решения в части взыскания основного долга;
- дата, начиная с которой производится начисление процентов или пеней, а также дата или момент, до которых они должны начисляться;
- точное наименование органа (юридического лица), устанавливающего курс, на основании которого должен осуществляться пересчет иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли;
- указание момента, на который должен определяться курс для пересчета иностранной валюты (условных денежных единиц) в рубли.

Если согласно закону или договору курс для пересчета иностранной валюты (валюты долга) в рубли должен определяться на дату вынесения решения или на более раннюю дату, суд самостоятельно осуществляет пересчет иностранной валюты в рубли и указывает в резолютивной части решения точную сумму основного долга в рублях. Если в этом случае проценты и (или) неустойка, выраженные в иностранной валюте, начисляются до даты вынесения решения, суд также самостоятельно пересчитывает в рубли установленную в иностранной валюте сумму процентов (неустойки) и указывает в резолютивной части решения взыскиваемые суммы в рублях (см.: п. 12 и 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2.8. Применение правил о валютной оговорке в рамках исполнительного производства

Если согласно исполнительному листу пересчет в рубли взыскиваемой денежной суммы, выраженной в иностранной валюте, должен

осуществляться по тому или иному курсу, который будет действовать на момент исполнения решения суда, судебный пристав-исполнитель (исполняющий решение банк) самостоятельно осуществляет такой пересчет и перечисляет рублевый эквивалент на счет взыскателя (см. п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

В практике нижестоящих судов возникал вопрос, на ком лежит риск изменения валютного курса в период с момента взыскания рублевого эквивалента долга судебным приставом-исполнителем с зачислением соответствующей суммы на публичный депозитный счет приставов до момента перечисления соответствующей суммы взыскателю-кредитору? В частности, может ли при увеличении такого курса кредитор довыискать соответствующую разницу?

Хотя в большинстве своем судебная практика отрицательно отвечает на поставленный вопрос, такое «довыискивание» кажется вполне возможным. Поскольку должник находится в просрочке, в силу п. 4 ст. 1 ГК РФ именно на нем должны лежать все негативные последствия изменения валютных курсов до момента фактического получения долга кредитором (зачисления сумм на счет банка, обслуживающего кредитора). Именно должник в подобной ситуации не только создал такой риск, но и контролировал его все это время, обладая возможностью в любой момент (даже после вынесения судебного акта) осуществить исполнение непосредственно кредитору. Сам момент взыскания судебным приставом-исполнителем денежных средств (их поступления на депозитный счет подразделения судебных приставов) не может считаться моментом прекращения обязательства должника перед кредитором.

Во-первых, такими качествами этот момент не наделяет закон. При этом разъяснение п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 о прекращении начисления охранительных процентов с момента зачисления денежных средств на депозитный счет подразделения судебных приставов — как возможный аргумент в пользу обратного подхода — само по себе небесспорно. Судебный пристав-исполнитель не может считаться ни представителем кредитора, ни лицом, уполномоченным кредитором на принятие исполнения (ст. 312 ГК РФ), а исполнение обязательства путем перечисления на депозитный счет подразделения судебных приставов — надлежащим способом исполнения обязательства, поскольку таковое не было согласовано сторонами. В частности, в Постановлении от 3 декабря 2013 г. № 8993/13 Президиум ВАС РФ обоснованно и справедливо указывал, что в случае, когда денежные средства внесены должником в депозит не в порядке ст. 327 ГК РФ своевременно и добровольно, а их перечисление обусловле-

но принудительным исполнением судебного акта, днем исполнения обязательства в силу ст. 316 ГК РФ следует считать дату поступления денежных средств кредитору. Изменение данного подхода в практике ВС РФ в п. 44 Постановления Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 не представляется удачным шагом.

Во-вторых, само обращение к публичной власти в лице судебного пристава-исполнителя является в подобной ситуации для кредитора вынужденным и спровоцировано неправомерными действиями (просрочкой) должника. В связи с этим именно на должника, как на лицо, спровоцировавшее своим неправомерным поведением материализацию риска девальвации рубля за время нахождения денежных средств на депозитном счете подразделения судебных приставов, данный риск и должен возлагаться. При этом для решения данного вопроса irrelevantно, насколько своевременно пристав перечислил соответствующие суммы кредитору. Как и всякий риск, связанный с исполнением обязательства, риск изменения валютных курсов может быть возложен только на одну из сторон обязательства (кредитора или должника — *tertium non datur*). В случае, когда увеличению таких рисков способствовало противоправное поведение судебного пристава-исполнителя, нарушившего отведенный законом срок на перечисление сумм кредитору, сторона, понесшая такой риск (в данном случае — должник), может обратиться с деликтным иском о возмещении соответствующих сумм к государству (ст. 16, 1069 ГК РФ).

2.9. Право потребовать погашения долга по курсу на момент подачи иска или вынесения решения суда

Все вышесказанное по общему правилу не блокирует право кредитора по своему выбору вместо заявления иска о взыскании долга по курсу, который будет налицо на момент исполнения решения суда о взыскании долга, потребовать погашения долга по курсу на момент подачи иска и предъявить иск о взыскании конкретной рублевой суммы. Если курс иностранной валюты после подачи иска упадет, на первый взгляд, страдают интересы должника, так как кредитор может получить больше, чем если бы он требовал взыскания рублевого эквивалента по курсу на момент исполнения решения. Но если к моменту обращения кредитора с иском должник уже находится в просрочке, эти интересы не подлежат учету, так как какой-либо выигрыш должника от падения курса иностранной валюты в период своей просрочки должнику не может причитаться в силу положения п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не вправе извлекать выгоду из своего неправомерного поведения (подробнее см. п. 2.7 комментария к настоящей статье).

Если же после подачи такого иска курс иностранной валюты вырастет, интересы должника не страдают, так как кредитор получит от должника по суду меньше, чем он мог бы получить, если бы потребовал взыскания рублевого эквивалента с пересчетом в рубли на момент исполнения решения.

В такой ситуации, впрочем, возникает пока не проясненный вопрос о праве кредитора «довзыскать» соответствующую разницу последующим иском.

2.10. Применение правил о валютной оговорке при наложении ареста

Правила п. 2 ст. 317 ГК РФ применяются также при наложении ареста на денежные средства должника в размере, определяемом по курсу иностранной валюты.

В определении о наложении ареста на денежные средства должника в размере, определяемом по курсу иностранной валюты, размер денежных средств, на которые налагается арест, указывается в этой иностранной валюте. Исполняя выданный на основании такого определения исполнительный лист путем прекращения расходных операций по банковскому счету клиента (должника) в иной валюте (в частности в рублях), банк применяет официальный курс соответствующей иностранной валюты, устанавливаемый ЦБ РФ, действующий в день прекращения расходных операций. При изменении данного курса иностранной валюты банк до исполнения исполнительного документа либо отмены обеспечительной меры осуществляет перерасчет размера денежных средств клиента, на которые наложен арест (см. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 12 февраля 2014 г. № 163).

2.11. Применение правил о валютной оговорке к обязательству по возврату денежных сумм в связи с расторжением договора

Спорный вопрос возникает в случае, когда должник исполнил обязательство с условием о валютной оговорке, а впоследствии в связи с расторжением договора данная сумма должна возвращаться на основании п. 4 ст. 453 ГК РФ. Должна ли возвращаться плательщику в этом случае та рублевая сумма, которая в итоге была им уплачена? Или валютная оговорка переносится на реверсивное обязательство по возврату уплаченной суммы, и получатель будет возвращать плательщику рублевый эквивалент по курсу на момент возврата?

На настоящий момент судебная практика по этому вопросу не устоялась. Например, если предоплата в размере 100 тыс. долл. по договору купли-продажи будущей недвижимости с валютной оговоркой уплачивалась в момент, когда курс доллара был равен 35 руб. (и, соответственно, фактически в виде предоплаты уплачивалось 3,5 млн руб.), а возвращается в связи с расторжением договора, когда курс доллара

равен 75 руб., должен ли продавец вернуть полученные 3,5 млн руб., либо 7,5 млн руб.? С учетом встречающихся в России значительных колебаний курса рубля, такая колоссальная разница может образоваться буквально за несколько лет. Так что вопрос крайне актуальный.

Как представляется, возвращаться должна полученная рублевая сумма, если перенос валютной оговорки на реверсивное обязательство не оговорен. Это абсолютно очевидно в случаях, когда расторжение договора происходит вне контекста его нарушения одной из сторон (например, по соглашению сторон, обоюдно потерявших интерес к договору, либо в результате реализации стороной, внесшей предоплату, своего права на немотивированный отказ от договора), либо тем более по причине нарушения, допущенного плательщиком предоплаты.

Если расторжение произошло по обстоятельствам, за которые отвечает получатель предоплаты, и при этом курс упал, очевидно, что должник должен вернуть также полученную рублевую сумму. Перенос валютной оговорки на возвратное притязание привел бы в таком сценарии к абсурдному выводу о том, что сторона, получившая предоплату и своим нарушением спровоцировавшая расторжение договора, выиграет от падения курса.

Но в ситуации, когда: а) расторжение договора спровоцировано нарушением, допущенным получателем предоплаты, и при этом б) курс вырос, вопрос становится менее очевиден. Может быть выдвинута идея, согласно которой перенос на возвратное обязательство валютной оговорки в такой ситуации уместен как способ переноса риска на нарушителя договора.

Но могут быть выдвинуты и серьезные возражения: не вполне понятно, почему кредитор должен получить выигрыш от девальвации валюты платежа по отношению к валюте долга, если иностранная валюта не использовалась в расчетах, а была выбрана просто как валюта долга (элемент формулы цены), кредитор не держал свободные средства в валюте и не выиграл бы от девальвации валюты долга, если бы договор не был заключен, и при этом сам нарушитель не конвертировал полученные рубли в иностранную валюту и также не заработал ничего на росте курса. Например, в вышеуказанном примере с продажей будущей недвижимости в силу каких политико-правовых соображений покупатель недвижимости должен иметь право требовать возврата не фактически уплаченных им в качестве предоплаты 3,5 млн, а 7,5 млн руб., если полученная оплата была израсходована продавцом-застройщиком на строительство дома? Да, он допустил просрочку и спровоцировал отказ покупателя от договора, но при отсутствии доказательств того, что продавец получил выгоду от роста курса дол-

лара, или того, что у покупателя возникла равная данной курсовой разнице упущенная выгода, подобный перенос валютной оговорки на реверсивное притязание выглядит как карательный инструмент, не опирающийся ни на идею защиты позитивного договорного интереса кредитора и компенсационную природу ответственности, ни на соображения пресечения обогащения нарушителя в результате нарушения. Назвать эту разницу убытками плательщика предоплаты сложно (стоимость квартир на рынке за этот период в рублях могла не вырасти), но и доходом, извлеченным нарушителем из факта нарушения по смыслу абзаца второго п. 2 ст. 15 ГК РФ, эта сумма не является, если нет доказательств того, что нарушитель полученный в рублях аванс конвертировал в иностранную валюту и держал на валютном счете или депозите.

В то же время, если будет доказано, что в сценарии расторжения договора по обстоятельствам, за которые отвечает получатель предоплаты, последний конвертировал полученные средства в валюту и держал эту сумму на валютном вкладе или счете и в результате выиграл от девальвации рубля, возможно взыскание этого выигрыша по правилам абзаца второго п. 2 ст. 15 ГК РФ. То же возможно в случае доказанности того, что, если бы договор не был заключен и предоплата не уплачивалась, уплаченные средства плательщик держал на валютных счетах или вкладе и получил бы доход от девальвации (например, если плательщик — это иностранная компания, которая держит все свободные средства в иностранной валюте). Возмещение негативного договорного интереса вместо позитивного в сценарии расторжения нарушенного договора в российской судебной практике признается.

Впрочем, данный вопрос спорен. Поэтому до прояснения этого вопроса на уровне практики ВС РФ, а равно и после его прояснения в форме того или иного диспозитивного правила ничто не мешает сторонам договора согласовать детальные правила на сей счет в договоре.

2.12. Перспективы применения ст. 451 ГК РФ

Значительные колебания курса валюты долга теоретически могут сформировать условия для изменения или расторжения договора на основании ст. 451 ГК РФ. Но на практике суды крайне редко применяют этот механизм в таком контексте для защиты стороны договора, которая заключала договор в рамках осуществления предпринимательской деятельности, считая, что колебания курса валюты — это тот эндогенный риск, который профессиональные коммерсанты, действующие на свой риск, должны учитывать. Причем суды нередко отказывают в применении ст. 451 ГК РФ даже тогда, когда курс валюты

долга возрастает за короткий промежуток времени в два – шесть раз (подробнее см. комментарий к ст. 451 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В связи с этим сторонам стоит рекомендовать использовать конструкцию валютной оговорки крайне осторожно, так как она таит в себе колоссальные риски и способна разорить одну из сторон в случае резких скачков курса. С учетом нестабильности курсовой динамики в российских реалиях этот риск особенно чувствителен. Если стороны все же останавливают свой выбор на валютной оговорке, им стоит воспользоваться теми или иными механизмами ограничения риска (например, оговорка о валютном коридоре, о праве на отказ от договора при росте курса выше определенного барьера и т.п.).

3. Иностранная валюта платежа

Иностранная валюта может использоваться не только в качестве валюты долга, но и как валюта платежа. Однако если к первому случаю закон относится достаточно лояльно (см. комментарий к п. 2 настоящей статьи), то в отношении второго закон в п. 3 ст. 317 ГК РФ устанавливает серьезные ограничения. Использование иностранной валюты в качестве валюты платежа допускается лишь в случаях, порядке и на условиях, определенных валютным законодательством (см. в том числе Закон о валютном регулировании и валютном контроле) или в установленном им порядке (п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

3.1. Толкование договорного условия о валюте платежа

Видимо, учитывая современные жизненные реалии, судебная практика пытается смягчить жесткость данной нормы и валютного законодательства.

Для случая, когда договором предусмотрено, что и валютой долга, и валютой платежа является иностранная валюта, однако в силу правил валютного законодательства данное обязательство не может быть исполнено в иностранной валюте, Президиум ВАС РФ рекомендовал рассматривать такое договорное условие как предусмотренное п. 2 ст. 317 ГК РФ условие о валютной оговорке, если только при толковании договора в соответствии с правилами ст. 431 ГК РФ Суд не придет к иному выводу (п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70).

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Это «перетолковывание» условий договора, видимо, оправдано тем, что буквальная интерпретация спорного условия приводила бы к абсурдному выводу, что стороны имели в виду то, что осуществить юридически, а в случае с безналичным переводом и фактически невозможно (такой способ толкования, который исключает абсурдное прочтение условия договора, прямо упомянут в п. 43 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Как минимум если нет указаний на то, что стороны действительно подразумевали проведение незаконной валютной операции, суд должен исходить из предположения, что они не вполне четко выразили свою волю и желали на самом деле установить лишь валютную оговорку (о применении «правила абсурдности» при толковании договора см. комментарий к ст. 431 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

3.2. Недействительность условия о валюте платежа

Если все же суд установил, что воля сторон действительно была направлена на установление незаконного платежа в иностранной валюте, признание недействительным условия договора, в котором денежное обязательство выражено и предполагается к исполнению в иностранной валюте, не влечет признания недействительным договора в целом, если можно предположить, что договор был бы заключен и без этого условия (ст. 180 ГК РФ). В этом случае, если денежное обязательство не было исполнено, валютой платежа считается рубль (см.: п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Таким образом, в рассматриваемой ситуации недействительное договорное условие о валюте платежа заменяется на условие о валютной оговорке: валютой долга остается указанная в договоре иностранная валюта, но валютой платежа считается рубль с применением в качестве критерия пересчета официального курса ЦБ РФ на момент платежа. Тем самым, по сути, достигается тот же эффект, что при применении «правила абсурдности», только не за счет толкования договорного условия (т.е. сохранения договоренности сторон), а за счет конверсии их договоренности либо признания ничтожным лишь условия о валюте платежа без ущерба для условия о валюте долга, что в данном конкретном случае ведет к единому результату. Подобная трансформация недействительного условия в максимально приближенный по содержа-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

нию действительный аналог в качестве общего (дефолтного) решения представляется вполне адекватным.

Аннулирование сделки в целом в такой ситуации вряд ли является пропорциональной реакцией, не соответствует идее *favor contractus*, а потому не должно презюмироваться; логичнее признавать ничтожным только пункт о платеже в иностранной валюте, если только не очевидно, что стороны не заключили бы договор с валютной оговоркой.

3.3. Исполнение обязательства в иностранной валюте

Если обязательство предусматривало в качестве валюты платежа иностранную валюту, и это возможно и законно с точки зрения валютного законодательства, надлежащее исполнение такого обязательства предполагает предоставление кредитору установленной суммы в иностранной валюте. Произвольная замена должником соответствующей суммы на рублевый эквивалент не допускается.

Равным образом, при принудительном взыскании соответствующих сумм, суд не вправе произвольно заменить предмет и взыскать эквивалент задолженности в рублях (Определение СКГД ВС РФ от 3 октября 2017 г. № 4-КГ17-50). В случае, когда в соответствии с валютным законодательством, действующим на момент вынесения решения, денежное обязательство может быть исполнено в иностранной валюте, взыскиваемые суммы указываются судом в резолютивной части решения в иностранной валюте без оговорки об исполнении решения в рублях (см.: п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 31 мая 2000 г. № 52; п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Исполнительный лист о взыскании денежных сумм в иностранной валюте может быть направлен непосредственно взыскателем в банк или иную кредитную организацию, где должник имеет счет в указанной иностранной валюте, либо судебному приставу-исполнителю для возбуждения исполнительного производства. В случае отсутствия у должника банковских счетов в указанной иностранной валюте или денежных средств на этих счетах исполнение соответствующего решения производится судебными приставами-исполнителями в рублях за счет любого иного имущества должника (включая денежные средства в рублях и иной иностранной валюте) исходя из официального курса взыскиваемой иностранной валюты на день фактического исполнения (платежа) (см.: п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 4 ноября 2002 г. № 70; п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

3.4. Последствия осуществления платежа в иностранной валюте в нарушение закона

Без сомнения, если стороны согласовали незаконное условие о платеже в иностранной валюте и такой платеж был фактически осуществлен, нарушение правил совершения валютных операций влечет публично-правовую ответственность участников этой операции.

Но каковы гражданско-правовые последствия платежа иностранной валюты в нарушение законодательного запрета? Как представляется, в подобной ситуации нет оснований присуждать реституцию уплаченного.

Такая реституция в натуре крайне сомнительна и вряд ли возможна. Ведь присуждая к возврату иностранной валюты, которая в нарушение валютного законодательства была фактически получена кредитором, суд присуждал бы последнего к совершению валютной операции, столь же противоречащей валютному законодательству, как и предыдущая, т.е. к совершению незаконных действий.

Если же в решении суда о реституции иностранная валюта будет обозначать только валюту реституционного долга, либо если соответствующая реституция будет в принципе производиться в «стоимостной форме» (т.е. путем изначального перерасчета незаконно полученной суммы иностранной валюты в рубли), при сохранении договорных отношений и обязанности должника к платежу в рублях, подобная реституция просто бессмысленна. Ее размер совпадет с размером долга обязанного к платежу должника.

Так что, видимо, перед нами тот случай, когда, несмотря на ничтожность условия о валюте платежа, в реституции нет необходимости. Этот вывод возможно обосновать ссылкой на п. 4 ст. 167 ГК РФ, согласно которому суд вправе не присуждать реституцию, если это будет противоречить основам правопорядка. Другой вариант состоит в том, чтобы дать плательщику, к которому обращено требование о реституции, право на зачет своего долга по возврату рублевого эквивалента полученной валюты к исходному договорному долгу плательщика по уплате того же рублевого эквивалента (который образуется в результате ретроактивного отпадения незаконного условия о валюте платежа и конвертации такого условия в классическую валютную оговорку).

Дополнительная литература

Актянов Д.Д. К вопросу о распределении правовых рисков колебания курсов валют при исполнении денежного обязательства в рамках исполнительного производства // Арбитражные споры. 2020. № 1.

Карапетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаи С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 87–183.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 244–248 (Geldrecht). Berlin, 2016. § 244–245.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 244–245.

Статья 317.1. Проценты по денежному обязательству

1. В случаях, когда законом или договором предусмотрено, что на сумму денежного обязательства за период пользования денежными средствами подлежат начислению проценты, размер процентов определяется действовавшей в соответствующие периоды ключевой ставкой Банка России (законные проценты), если иной размер процентов не установлен законом или договором.

2. Условие обязательства, предусматривающее начисление процентов на проценты, является ничтожным, за исключением условий обязательств, возникающих из договоров банковского вклада или из договоров, связанных с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности.

Комментарий

1. Проценты по денежному обязательству

Статья 317.1 ГК РФ, вступившая в силу с 1 июня 2015 г., в своей исходной редакции установила обязанность коммерческой организации по денежному обязательству по общему правилу уплачивать проценты в качестве платы за пользование денежными средствами, если сторонами такого обязательства являются коммерческие организации.

Толкование ст. 317.1 ГК РФ вызвало множество вопросов. В частности, не было понятно, как эти проценты соотносятся с процентами по ст. 395 ГК РФ, по каким денежным обязательствам начисляются эти проценты и с какого момента они подлежат начислению. Летом 2016 г. в связи с этим статья была концептуально изменена, и с 1 августа 2016 г. п. 1 данной статьи более не устанавливает *основания* для начисления процентов по денежным долгам коммерческих организаций, а фиксирует ставку, которая подлежит применению в случаях,

когда основания для начисления процентов за пользование деньгами любым должником предусмотрены в законе или договоре, но сама ставка в таких законе или договоре почему-то не определена. Таковой ставкой согласно комментируемой норме является ключевая ставка Банка России, действующая в соответствующие периоды времени¹.

Если ранее эта статья говорила о начислении процентов за пользование деньгами по умолчанию на любой денежный долг коммерческой организации, то теперь ст. 317.1 ГК РФ имеет целью восполнить гипотетический пробел в договоре или законе, устанавливающих начисление процентов, но не оговаривающих применимую ставку. Иначе говоря, законные проценты по смыслу действующей сейчас редакции ст. 317.1 ГК РФ — это не какой-то особый вид процентов, начисляемый по умолчанию за пользование деньгами, а ставка процента, применяемая по умолчанию в случаях, когда закон или договор предусматривают начисление процентов за пользование деньгами, но не оговаривают применимую ставку.

Но существуют ли ситуации, когда такой пробел в отношении размера процента действительно существует?

Норма п. 1 ст. 809 ГК РФ применительно к договорам займа и кредита устанавливает ту же, по сути, норму о начислении процентов по процентному займу на уровне ключевой ставки ЦБ РФ, так что потребность в применении п. 1 ст. 317.1 ГК РФ в контексте заемных и кредитных отношений отпадает. То же касается и процентов по вкладу, так как п. 1 ст. 838 ГК РФ отсылает в части определения процентов по вкладу к п. 1 ст. 809 ГК РФ, а также и процентов по договору банковского счета, ибо п. 2 ст. 852 ГК РФ в этом отношении отсылает к п. 1 ст. 838 ГК РФ о процентах по вкладу, которая, как было указано, в свою очередь отсылает ко все той же норме п. 1 ст. 809 ГК РФ. Наконец, если стороны договора купли-продажи, подряда,

¹ Реформа 2016 г. приблизила содержание ст. 317.1 ГК РФ о законных процентах к тому, каким образом выглядела статья о законных процентах в прежних российских гражданских кодификациях. Напомним, что ГК РСФСР 1922 г. устанавливал в ст. 110: «Если на долг согласно закону или договору должны начисляться проценты, размер коих не указан, таковые (узаконенные проценты) начисляются в размере 6% годовых с суммы долга, выраженной в золотых рублях по официальному курсу». В принципе, аналогичное решение было отражено и в проекте Гражданского уложения Российской империи. Согласно ст. 1632 указанного проекта проценты подлежали начислению на денежный долг, только если о том имеется указание в законе или договоре. При этом данная же норма устанавливала законную ставку процента (5%) для случаев, когда закон или договор, устанавливающие начисление процентов, не предусматривают размер применимой ставки. Аналогичная норма о применимой ставке процента в случаях, когда начисление процентов предписано специальными нормами закона или договором, но ставка не определена, содержится и сейчас во многих европейских гражданских кодексах.

оказания услуг, аренды или иного подобного возмездного договора договорились о том, что отсрочка платежа осуществляется на условиях коммерческого кредита и предусмотрели начисление процентов на период такой отсрочки, но не оговорили их ставку, применяется ключевая ставка ЦБ РФ. Но это также выводится не из п. 1 ст. 317.1 ГК РФ, а из специального правила ст. 823 ГК РФ, которая отсылает в отношении условий о коммерческом кредите к применению правил о займе, а значит, и той самой нормы п. 1 ст. 809 ГК РФ о действующем по умолчанию размере ставки процентов по договорам займа.

Что же касается просрочки в погашении денежного долга, то здесь размер процентов определяется в ст. 395 ГК РФ (и он тоже равен ключевой ставке ЦБ РФ). То же касается и процентов на сумму неосновательного обогащения, так как ст. 1107 ГК РФ отсылает при определении размера ставки процента к той же ст. 395 ГК РФ.

Итак, сфера применения ст. 317.1 ГК РФ в результате законодательных правок 2016 г. была сведена к случаям, когда закон или договор предусматривают начисление процентов по денежному долгу, и при этом по какой-то причине закон или договор не содержат указания на сам размер процентной ставки, но сложно представить ситуацию, когда такой пробел не будет заполнен специальными нормами.

В целом реформа 2016 г. — понятный шаг, так как изначальная редакция ст. 317.1 ГК РФ оказалась явно неудачной. Но если исходная редакция данной статьи была неудачной и вызвала бурный протест участников оборота, в массовом порядке включавших в свои договоры условия о неприменении ст. 317.1 ГК РФ, то новая редакция столь же безвредна, сколь и бессмысленна.

1.1. Действие во времени

Норма п. 1 ст. 317.1 ГК РФ в его первоначальной редакции, устанавливающей самостоятельное основание для начисления процентов по любому денежному долгу сугубо коммерческой природы, не может применяться к договорам, заключенным до 1 июня 2015 г., даже если речь идет о периоде пользования деньгами после даты вступления в силу изначальной редакции ст. 317.1 ГК РФ (п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; определения СКЭС ВС РФ от 24 ноября 2016 г. № 306-ЭС16-12964 и от 23 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-11179).

Естественно, старая редакция п. 1 ст. 317.1 ГК РФ не может применяться и к договорам, заключенным после 1 августа 2016 г., ибо в этот день первоначальная редакция утратила свою силу.

Но проблема возникает в отношении сугубо коммерческих договоров, заключенных в период с 1 июня 2015-го по 31 июля 2016 г. В силу

правил ст. 422 ГК РФ к обязательственным правоотношениям сторон таких договоров, даже если эти правоотношения будут развиваться в последующие периоды, подлежит применению исходная редакция п. 1 ст. 317.1 ГК РФ кроме случаев, когда стороны договора не исключили применение данной статьи в условиях договора. Получается, что начисление процентов по ст. 317.1 ГК РФ по долгу, вытекающему из договора, который был заключен в указанный отрезок времени и не исключил начисление таких процентов, имеет под собой правовое основание. Так, если по такому договору долг возник и проценты начали начисляться до 1 августа 2016 г., их начисление не прекращается с момента вступления в силу новой редакции данной статьи, отменившей начисление таких процентов «по умолчанию». Если же договорный долг по такому договору, заключенному в указанный период времени, возник (созрел) после 1 августа 2016 г., такие проценты начинают начисляться, несмотря на то что к этому моменту прежняя редакция данной статьи уже не действует. Это вытекает из положений п. 2 ст. 422 ГК РФ, а также п. 83 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Изменение диспозитивных правил не может касаться договоров, заключенных в период действия прежней редакции таких правил, так как это будет подрывать разумные ожидания сторон. Дело в том, что действовавшие на момент заключения договора диспозитивные правила восполняют программу договорных правоотношений, и стороны, заключая договор и не исключая такие правила, имеют основания исходить из содержания этой программы с учетом этих правил (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 422 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Соответственно, даже сейчас суды могут теоретически столкнуться со спором о толковании прежней редакции п. 1 ст. 317.1 ГК РФ.

К сожалению, основные вопросы начисления процентов по ст. 317.1 ГК РФ по коммерческому денежному долгу и соотношения таких процентов с процентами по ст. 395 ГК РФ в практике ВС РФ разъяснены так и не были. По сути, Суд ограничился указанием на то, что проценты, начисляемые за пользование денежными средствами по умолчанию в силу ст. 317.1 ГК РФ в исходной редакции, имеют отличную от процентов по ст. 395 ГК РФ за просрочку в оплате природу, не являются в отличие от последних мерой ответственности, и поэтому оба вида процентов могут начисляться одновременно (п. 53

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 422 ГК РФ – А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Но ключевой вопрос, всплывавший в свете исходной редакции п. 1 ст. 317.1 ГК РФ, касался того, с какого момента подлежат начислению такие законные проценты. В случае с займом, кредитом, вкладом или счетом специальные нормы (ст. 809, 838, 852 ГК РФ) решают этот вопрос, указывая на начисление процентов с момента предоставления долгового финансирования заемщику или банку. Эти же специальные нормы отвечают и на вопрос о соотношении процентов за пользование и процентами за просрочку. Согласно ст. 811 ГК РФ проценты за пользование начинают начисляться с момента предоставления финансирования и начисляются вплоть до его возврата, даже в период просрочки (в отличие от права ряда зарубежных стран), но с момента просрочки помимо этих процентов начинают начисляться еще и проценты по ст. 395 ГК РФ (или договорные / законные пени). Но в контексте возмездных договоров меновой природы, предусматривающих отсрочку или рассрочку платежа (купля-продажа, подряд, возмездное оказание услуг и т.п.), вопрос о том, с какого момента начисляются законные проценты по умолчанию на денежный долг, в рамках прежней редакции ст. 317.1 ГК РФ вставал в полный рост и не был разрешен. Некоторые комментаторы делали вывод о том, что такие проценты подлежат уплате с момента поставки товара, выполнения работ, оказания услуг и т.п., т.е. еще до начала просрочки в оплате, а с момента просрочки к этим процентам добавляются еще и проценты по ст. 395 ГК РФ за просрочку в оплате (или договорные / законные пени). Но другие, включая автора настоящего текста, возражали, ссылаясь на абсурдность идеи начисления по умолчанию процентов в период согласованной отсрочки платежа, так как такое решение грубо противоречило бы устоявшейся практике оборота (как в России, так и в зарубежных странах), состоящей во включении платы за отсрочку платежа в цену товаров, работ или услуг, и предлагали рассчитывать законные проценты с момента просрочки в оплате, т.е. с того же момента, с которого начисляются и проценты за просрочку, исходя из того, что в цену по умолчанию закладывается плата за пользование деньгами в период согласованной отсрочки платежа, но вряд ли за период возможной просрочки неизвестной продолжительности, а посему *de lege lata* было бы справедливо «включить» режим платности такого подразумеваемого коммерческого кредитования лишь с момента просрочки в оплате без ущерба для уплаты процентов по ст. 395 ГК РФ в качестве меры ответственности за тот же период.

ВС РФ в этом ключевом вопросе так и не определился. В итоге данной неопределенности огромное число компаний стало включать

в свои договоры оговорки о неприменении ст. 317.1 ГК РФ, «проголосовав ногами» против идеи начисления в таких меновых договорах, предусматривающих отсрочку платежа, процентов по умолчанию за период согласованной отсрочки, что в конечном итоге и привело к дискредитации и скорому «падению» исходной редакции п. 1 ст. 317.1 ГК РФ. Впрочем, «падение» исходной редакции п. 1 ст. 317.1 ГК РФ не снимает вышеописанный вопрос в контексте договоров, заключенных с 1 июня 2015 г. по 31 июля 2016 г.

О других проблемных вопросах интерпретации исходной редакции п. 1 ст. 317.1 ГК РФ здесь нет смысла подробно писать¹.

1.2. Ставка процента

Согласно комментируемой норме размер процентов определяется действовавшей в соответствующие периоды ключевой ставкой Банка России, если иной размер процентов не установлен законом или договором. Та же ставка указана сейчас и в ст. 809 ГК РФ и применяется к займам, банковским кредитам, коммерческим кредитам, счетам и вкладам. Она же в силу ст. 395 ГК РФ по общему правилу определяет и размер мораторных процентов при просрочке в оплате, и размер процентов, начисляемых на денежное неосновательное обогащение (п. 2 ст. 1107 ГК РФ).

При этом данная ставка в силу комментируемой нормы носит плавающий характер: весь период пользования разбивается на отрезки сообразно тому, какой размер ключевой ставки действовал в этот отрезок времени, соответствующая этому отрезку ставка применяется к количеству дней в пределах каждого из таких отрезков времени, и далее, таким образом, рассчитанные суммы процентов по всем этим отрезкам времени суммируются.

Если долг номинирован в иностранной валюте (как в случае валютной оговорки, так и при наличии условия о платеже иностранной валюты), правило о ключевой ставке ЦБ РФ неприменимо. В такой ситуации исполнение программы обязательственного правоотношения осуществляется таким же образом, как данный вопрос, согласно судебной практике, решается в контексте определения ставки мораторных процентов по валютным долгам: за основу следует брать среднюю ставку по валютным кредитам (подробнее см. комментарий к ст. 317 ГК РФ).

¹ Детальный разбор проблемных вопросов толкования исходной редакции п. 1 ст. 317.1 ГК РФ см. комментарий к ст. 317.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса: Договорное и обязательственное право (общая часть) постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 317.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

2. Сложные проценты

Из текста п. 2 ст. 317.1 ГК РФ следует, что начисление процентов, начисляемых в связи с использованием денежных средств, на ранее невыплаченные проценты той же природы по общему правилу не допускается. Эта норма, в отличие от нормы п. 1 данной статьи, имеет вполне понятную сферу применения. Она по умолчанию, если иное не оговорено, применяется ко всем регулятивным процентам, выплата которых представляет собой оплату пользования долговым финансированием (проценты по займу или кредиту, коммерческому кредиту, счету или вкладу). Например, проценты по займу не начисляются на ранее невыплаченные проценты по займу, а проценты за пользование коммерческим кредитом (если отсрочка платежа предоставлена на условиях платного коммерческого кредита) не начисляются на ранее невыплаченные проценты такого же рода.

По прямому указанию п. 2 ст. 317.1 ГК РФ условия договора, допускающие такие сложные проценты, по общему правилу являются ничтожными. Судя по всему, это касается как условий договора о начислении процентов на ранее невыплаченные проценты, сохраняющие такого рода природу, так и условий договора об автоматической капитализации начисленных ранее процентов по прошествии того или иного периода их начисления (т.е. автоматической новации начисленных процентов путем конвертации их суммы в тело основного долга, позволяющей в дальнейшем начислять новые проценты на увеличившуюся сумму основного долга). Но этот запрет знает два исключения.

2.1. Исключения

Законодатель делает два важных исключения.

Во-первых, такие сложные проценты могут быть согласованы сторонами в договоре банковского вклада. Здесь следует учитывать, что в силу п. 2 ст. 839 ГК РФ проценты по вкладу до востребования автоматически капитализируют тело вклада по окончании каждого квартала, если они не были востребованы вкладчиком. Но по срочным вкладам такая капитализация начисленных процентов, позволяющая начислять проценты на ранее начисленные проценты, прямо в законе не установлена, и п. 2 ст. 317.1 ГК РФ позволяет сделать вывод, что такое условие об автоматической капитализации или начислении процентов на ранее начисленные проценты может быть оговорено в договоре вклада.

В принципе, очевидно, что такие же условия должны допускаться и в договорах банковского счета. Здесь уместно расширительное толкование данного исключения.

Во-вторых, условие о сложных процентах (оговорки о начислении процентов на ранее начисленные проценты), а равно идентичное,

по сути, условие об автоматической капитализации начисленных процентов могут быть включены в любой договор, связанный с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности. Соответственно, например, в договоре кредита или займа, заключенном с заемщиком-предпринимателем, может быть предусмотрено, что на невыплаченные в срок проценты по кредиту / займу начисляются не только проценты по ст. 395 ГК РФ как мера ответственности за просрочку в погашении процентов по кредиту, но и новые проценты по кредиту / займу как плата за использование денег. Может быть в таком договоре установлено и условие об автоматической капитализации.

Впрочем, здесь также оправдано расширительное телеологическое толкование данного исключения. Указанное проявление договорной свободы должно допускаться и в тех случаях, когда обязательство было связано с осуществлением коммерческой деятельности должником, но не кредитором. Например, нет ни одной причины, в силу которой условие о капитализации процентов не может быть согласовано и в договоре займа, в рамках которого гражданин предоставил заемное финансирование знакомому предпринимателю или аффилированному юридическому лицу для решения возникшей у заемщика проблемы с дефицитом финансовых ресурсов.

Соответственно, единственным ограничением является недопустимость согласования условия о сложных процентах (или капитализации невыплаченных процентов) в договоре, где должником по денежному обязательству, в связи с которым начисляются проценты, является лицо, заключающее договор не в связи с осуществлением предпринимательской деятельности. В частности, потребителю такие условия договора о сложных процентах (или автоматической капитализации) навязаны быть не могут.

2.2. Начисление регулятивных процентов за пользование на сумму невыплаченных мораторных процентов

Указанный в комментируемом пункте запрет на начисление сложных процентов *a fortiori* и с учетом толкования комментируемого пункта в системном единстве с п. 5 ст. 395 ГК РФ должен применяться и в отношении вопроса о возможности начисления регулятивных процентов за пользование денежными средствами на мораторные (охранительные) проценты, начисляемые в связи с просрочкой по правилам ст. 395 ГК РФ (или законные или договорные пени), или проценты, начисляемые в связи с неосновательностью обогащения (п. 2 ст. 1107 ГК РФ), если таковые не были вовремя уплачены. Например, проценты по кредиту не начисляются на невыплаченные заемщиком пени за просрочку платежей.

Обратное может быть согласовано в договорах, в которых должником по денежному обязательству, в связи с которым проценты начисляются, является лицо, осуществляющее в рамках данного договора коммерческую деятельность. Теоретически в договоре кредита или займа может быть предусмотрена капитализация неустоек, позволяющая в будущем начислять проценты за пользование капиталом на выросшую сумму основного долга, если заемщиком является коммерсант. Впрочем, здесь могут возникать вопросы о перспективах *ex post* контроля справедливости таких условий с учетом конкретных обстоятельств их заключения и сопоставления переговорных возможностей сторон.

Дополнительная литература

Договорное и обязательственное право (общая часть) постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 317.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Статья 318. Увеличение сумм, выплачиваемых на содержание гражданина

Если иное не предусмотрено законом, сумма, выплачиваемая по денежному обязательству непосредственно на содержание гражданина, в том числе в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, либо по договору пожизненного содержания, увеличивается пропорционально повышению установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума.

Комментарий

1. Вводные замечания

Статья 318 ГК РФ предусматривает гарантию повышения размера выплат на содержание гражданина-кредитора – увеличение суммы денежного обязательства в связи с повышением стоимости жизни, оцениваемой по показателю прожиточного минимума. Индексация направлена на восстановление покупательной способности денежных сумм, причитающихся кредитору, которая постепенно утрачивается на фоне инфляции, которая может наблюдаться в период между воз-

никновением обязательства по содержанию с конкретным денежным размером и фактической выплатой причитающегося платежа.

Комментируемая статья с момента принятия ее исходной редакции в 1994 г. подвергалась многочисленным изменениям. Если в исходной редакции индексация для обязательств, направленных на доставление содержания гражданину, была установлена по общему правилу, то в результате поправок, принятых в 2002 г., индексация стала допускаться только в случаях, указанных в специальных законах, а с 2011 г. — еще и в договоре. И только в результате последней по времени реформы текста данной статьи в 2015 г. применение индексации для таких обязательств по доставлению содержания гражданину было опять восстановлено в качестве правила, действующего по умолчанию.

Если происходит просрочка в оплате, функцию компенсации инфляционных потерь и вызванной инфляцией частичной утраты покупательной способности денег выполняют мораторные (охранительные) проценты годовые по ст. 395 ГК РФ, начисляемые на невыплаченные в срок денежные средства, но нередко сам размер денежного долга определяется по соглашению или в судебном решении раньше, чем наступает срок выплаты. При этом разрыв во времени между моментом возникновения долга и определения его размера и моментом наступления срока платежа в ряде случаев может быть достаточно большой. За это время причитающаяся кредитору сумма может потерять в той или иной степени покупательную способность. При этом нарушения обязательства на данном регулятивном этапе обязательственного правоотношения нет, а значит, нет и оснований для покрытия инфляционных потерь за счет мораторных (охранительных) процентов и мораторных убытков. Принцип номинализма, повсеместно действующий в отношении денежных обязательств, игнорирует проблему инфляции на регулятивной стадии обязательственных отношений, и по общему правилу индексация в ситуациях, когда за период с момента возникновения долга и до наступления срока оплаты падает покупательная способность денег, не предусмотрена. Например, если стороны договорились о том, что в будущем при наступлении определенного условия должна быть выплачена определенная сумма (например, согласованная плата за отказ от договора на случай реализации соответствующей стороной права на отказ), падение покупательной способности данной суммы за период между заключением договора, содержащего конкретный размер денежного обязательства, и созреванием долга не компенсируется за счет индексации, если иное не оговорено в законе или договоре. То же и в случае заключения долгосрочного договора. Так, если договор аренды, рассчитанный на 30 лет, был заключен в 1992 г., содержал фикс-

сированную арендную плату и не предусматривал механизм индексации, оговоренный размер арендной платы должен вноситься и в 2021 г., несмотря на то что за эти 29 лет с учетом накопленной инфляции эта сумма может оказаться просто смехотворной.

Но ст. 318 ГК РФ устанавливает, что для ряда обязательств принцип номинализма отступает, и такая индексация размера денежного долга на регулятивном этапе обязательственного правоотношения в качестве исключения из общего правила происходит по умолчанию. Падение покупательной способности денег за период, прошедший с момента заключения договора ренты, соглашения об алиментах или о размере выплат в связи с потерей кормильца или утратой трудоспособности (либо с момента присуждения к будущим алиментным выплатам или выплатам в связи с возмещением вреда жизни или здоровью) и до наступления срока для очередной периодической выплаты, согласно комментируемой статье компенсируется за счет индексации тела основного долга.

Если индексируемое в силу ст. 318 ГК РФ обязательство установлено договором и сам договор об индексации молчит, программа обязательственных отношений восполняется правилом об индексации с целью учета повышения стоимости жизни. Так, например, представим, что в 2000 г. стороны договора пожизненной ренты договорились о выплате в качестве ренты 10 тыс. руб. в месяц, что в те времена было достаточно для обеспечения минимально приемлемого уровня жизни кредитора, но к 2021 г. на эту сумму в крупном городе прожить практически невозможно: в такой ситуации право отступает от идеи номинализма за счет правила индексации. То же и с теми индексируемыми в силу ст. 318 ГК РФ обязательствами, которые возникают не из договора, а из иных правовых оснований.

Итак, индексация по смыслу ст. 318 ГК РФ, будучи применяема на регулятивной стадии обязательственных отношений, не является особой мерой ответственности, а представляет собой отступающий от принципа номинализма механизм увеличения размера соответствующего денежного обязательства за период с момента возникновения долга и до наступления срока его уплаты на фоне инфляции.

О применении индексации на стадии просрочки см. п. 5 комментария к настоящей статье.

О порядке индексации в случаях, когда соответствующие выплаты осуществляются на основании вынесенного судебного решения о будущих периодических выплатах на содержание (суд устанавливает на будущее выплату алиментов или выплаты в счет возмещения утраты трудоспособности или в связи с утратой кормильца), см. п. 9 комментария к настоящей статье.

2. Обязательства, по которым осуществляется индексация

В качестве случаев применимости обязательной индексации ст. 318 ГК РФ называет денежные обязательства по содержанию гражданина, в частности: а) денежное обязательство причинителя вреда по возмещению вреда жизни или здоровью гражданина; б) денежное обязательство плательщика ренты по выплате периодических рентных платежей по договору пожизненного содержания. Но это лишь иллюстрации. По смыслу данной статьи индексации могут подлежать и иные денежные суммы, если их природа направлена на доставление гражданину содержания.

2.1. Возмещение вреда жизни или здоровью

Если речь идет о периодических выплатах на содержание потерпевшего в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца, индексации однозначно подлежат суммы данной упущенной выгоды с момента определения в соглашении сторон или судебном решении размера и графика таких периодических выплат, направленных на доставление содержания.

Спорным является вопрос о том, подвергаются ли индексации подлежащие погашению в связи с потерей кормильца или утраты трудоспособности убытки в виде уже упущенной выгоды за период до заключения соглашения об установлении выплат, направленных на обеспечение содержания, или до вынесения решения об установлении таких выплат на будущее. Например, если потерпевший потерял трудоспособность в результате деликта и упускает в связи с этим доходы, а затем через два года обращается в суд за получением компенсации, он может рассчитывать на возмещение за период с момента утраты трудоспособности и до подачи иска, а также при сохранении утраты трудоспособности он может требовать присуждения к периодическим выплатам в счет компенсации утраты трудоспособности на будущее. В данном случае суммы уже упущенной до подачи иска выгоды в случае удовлетворения иска подлежат по общему правилу немедленному погашению, но подлежат ли эти убытки индексации с учетом роста прожиточного минимума за период их фактического возникновения? Обязательство возмещать такую упущенную выгоду возникло сразу же в момент деликта, и цель этого обязательства состоит в том, чтобы покрыть убытки потерпевшего. Это обязательство возникает не на основании решения суда или соглашения сторон, а объективно в силу самого факта деликта. Стороны или суд по иску кредитора могут затем внести ясность в размер этого обязательства по возмещению за предшествующий период, а также при сохранении ситуации выпадения доходов устанавливают график таких выплат в отношении будущих

выпадающих доходов. Но является ли обязательство по возмещению уже утраченных на момент заключения соглашения или вынесения судебного решения доходов направленным на доставление содержания? Например, представим, что потерпевший был лишен возможности трудиться год и потерял ежемесячные доходы размером в 100 тыс. руб. на общую сумму 1,2 млн руб., а затем выздоровел и через два года обратился в суд за возмещением этих упущенных доходов. При этом предположим, что за эти два года сумма 1,2 млн руб. потеряла покупательную способность в связи с инфляцией на 10%. Будет ли применяться механизм индексации этой суммы за данные два года? Если оставаться исключительно в рамках текста ст. 318 ГК РФ, этот вопрос может вызывать сомнения. Ведь это созревшее к моменту заключения соглашения или вынесения судебного решения требование о возмещении ранее возникших убытков направлено не на предоставление потерпевшему содержания в будущем (эту задачу при сохранении нетрудоспособности будут выполнять новые начисления, к которым обязывается соглашением или присуждается судом делинквент), а на компенсацию уже возникших потерь.

Другой вопрос, распространяется ли индексация также и на возмещение понесенных расходов на лечение, приобретение лекарств, реабилитацию, погребение и иных затрат, которые понесены или будут понесены в связи с деликтным посягательством на жизнь или здоровье. Сама комментируемая норма говорит только о выплате *содержания*, исключая, казалось бы, тем самым возмещение уже понесенных затрат или иных выплат, не направленных на доставление потерпевшему содержание.

Но применительно к обоим поставленным вопросам следует обратить внимание на специальную ст. 1091 ГК РФ. Она устанавливает аналогичный механизм индексации для случаев возмещения ущерба жизни или здоровью, при этом сформулирована универсальным образом и по своей гипотезе распространяется на любые возмещения вреда в связи с причинением вреда жизни или здоровью гражданина. Если убытки связаны с устранением последствий вреда здоровью или представляют собой уже понесенные затраты или выпавшие доходы потерпевшего, необходимо увеличение суммы понесенных затрат или уже упущенных доходов с учетом пропорции повышения прожиточного минимума.

Иначе говоря, не на основании ст. 318 ГК РФ, а на основании ст. 1091 ГК РФ индексация может работать в отношении любых убытков, связанных с причинением вреда жизни или здоровью. Впрочем, может вставать вопрос о том, целесообразно ли такое буквальное тол-

кование ст. 1091 ГК РФ и не логичнее ли подвергнуть гипотезу соответствующей нормы этой статьи теологической редукции, ограничив сферу ее применения только выплатами, направленными на доставление содержания, устранив тем самым различие между ст. 318 и ст. 1091 ГК РФ.

На возмещение морального вреда при посягательстве на жизнь или здоровье тот механизм индексации, который предусмотрен в ст. 318 ГК РФ, не распространяется, так как возмещение морального вреда не направлено на доставление содержания на будущее. Но если мы вспомним, что возмещение морального вреда является одним из способов возмещения вреда жизни или здоровью, то индексация может оказаться применимой с момента присуждения возмещения морального вреда судом или определения размера компенсации морального вреда в соглашении на основании ст. 1091 ГК РФ (Определение СКГД ВС РФ от 18 января 2018 г. № 210-КГ17-21). Иначе говоря, здесь возникает все тот же вопрос соотношения правил ст. 318 и ст. 1091 ГК РФ, ответ на который пока не вполне очевиден.

2.2. Рента

В отношении упомянутого в норме примера в виде обязательства, вытекающего из договора пожизненного содержания, следует заметить, что выплаты или денежное выражение натуральных предоставлений по договору пожизненной ренты подлежат индексированию в силу прямого указания в п. 2 ст. 597 ГК РФ.

Что касается договора пожизненного содержания с иждивением, то он, согласно закону, должен содержать указание на стоимость всего объема содержания с иждивением (п. 2 ст. 602 ГК РФ). Специальные правила о данном договоре на индексацию этой величины не указывают, но п. 2 ст. 601 ГК РФ говорит о применении к такому договору правил о пожизненной ренте, которые правило об индексации, как было показано выше, содержат (п. 2 ст. 597 ГК РФ).

Наконец, аналогичный механизм индексации периодических денежных выплат применим и в отношении постоянной ренты, несмотря на то что о *пожизненном* содержании здесь говорить не приходится. Этот вывод предопределяется прямым указанием в п. 2 ст. 590 ГК РФ на индексацию периодических выплат плательщика постоянной ренты.

Получается, что в рамках правового режима всех трех указанных видов договоров суммы периодических выплат (или денежное выражение натуральных периодических предоставлений в контексте пожизненной ренты или пожизненного содержания с иждивением) подлежат индексации. При этом специальные правила п. 2 ст. 590 и п. 2 ст. 597 ГК РФ в ряде аспектов идут дальше общего правила ст. 318 ГК РФ.

Во-первых, по договорам постоянной ренты индексация в силу п. 2 ст. 590 ГК РФ в системном единстве с п. 1 ст. 589 ГК РФ как минимум при буквальном прочтении закона оказывается применимой и к тем случаям, когда получателем постоянной ренты является некоммерческая организация (в то время как ст. 318 ГК РФ говорит об индексации по обязательствам, кредитором по которым является гражданин).

Во-вторых, применительно к пожизненной ренте или пожизненно-му содержанию с иждивением индексация в силу специальных норм оказывается применимой не только в отношении размера периодических денежных выплат, но и в отношении оговоренного в договоре денежного размера натуральных периодических предоставлений (обеспечение продуктами, оказание услуг по уходу и т.п.).

При этом стоит обратить внимание на то, что и п. 2 ст. 590, и п. 2 ст. 597 ГК РФ изложены не вполне корректно. Обе нормы говорят о том, что подлежит индексированию размер выплат (или оговоренная в договоре стоимость натуральных периодических предоставлений), который определен в договоре «на уровне величины прожиточного минимума». Из буквального прочтения данных норм может быть выведен тезис о том, что согласно этим специальным правилам индексация не может применяться в тех случаях, когда в договоре размер выплат был изначально установлен на уровне выше прожиточного минимума. Но такое прочтение нелепо. Очевидно, что цель закона состоит в том, чтобы защитить получателя ренты от инфляционных потерь за период действия договора, независимо от того, на каком уровне изначально был определен размер рентных платежей. В этом плане выправить ситуацию помогает общее правило ст. 318 ГК РФ, в системном единстве с которым и следует толковать две указанные специальные нормы.

2.3. Алименты

Со всей очевидностью индексация уместна и в отношении денежного обязательства по выплате алиментов, начисляемых на основании соглашения сторон или судебного решения, так как такое обязательство направлено на доставление содержания. В то же время правила ст. 318 ГК РФ в этом вопросе уступают специальным нормам. Статья 117 СК РФ устанавливает порядок индексации алиментов, присужденных судом. Но этот порядок в силу ст. 105 СК РФ применяется и к индексации алиментов, подлежащих выплате на основании соглашения сторон.

2.4. Иные случаи

Достаточно распространены попытки работников, столкнувшихся с причинением вреда здоровью и утратой трудоспособности в ходе

исполнения своих служебных обязанностей и имеющих в силу специального закона право на получение ежемесячных компенсационных выплат за счет работодателя, потребовать индексации на основании правил ст. 318 и 1091 ГК РФ. В тех случаях, когда вины работодателя в причинении вреда нет, ВС РФ отказывается применять правила ст. 318 и 1091 ГК РФ по аналогии закона, ссылаясь на Постановление КС РФ от 15 июля 2009 г. № 13-П и публично-правовой, а не гражданско-правовой характер соответствующих выплат (определения СКГД ВС РФ от 8 августа 2016 г. № 23-КГ16-5, от 21 ноября 2016 г. № 26-КГ16-18, от 21 августа 2017 г. № 18-КГ17-114 и др.).

Что касается выплат по обязательному социальному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, согласно п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 10 марта 2011 г. № 2, «задержка выплаты назначенных страховых сумм в связи с инфляцией причиняет имущественный вред истцу, суд вправе удовлетворить его требование об индексации названных сумм с учетом индекса роста потребительских цен, рассчитанного государственными органами статистики Российской Федерации в субъекте Российской Федерации по месту проживания истца». Но это разъяснение касается случаев просрочки в выплате назначенных социальных выплат и, по сути, представляет аналог начисления процентов годовых за просрочку, способом упрощенной калькуляции инфляционных убытков, вызванных просрочкой в погашении долга. ВС РФ отказывается применять правила ст. 318 ГК РФ или вышеуказанные разъяснения к выплатам по социальному страхованию за период до впадения фонда социального страхования в просрочку по начисленным выплатам (определения СКГД ВС РФ от 25 апреля 2016 г. № 81-КГ16-3, от 23 января 2017 г. № 14-КГ16-30, от 30 мая 2016 г. № 41-КГ16-7).

2.5. Неприменимость к случаям натурального возмещения

Правила рассматриваемой статьи при их буквальном прочтении не применяются в случаях, когда возмещение вреда или предоставление содержания происходит в натуральной форме. Иное может следовать из специальных норм, которые в ряде случаев устанавливают индексацию в отношении оговоренной в договоре денежной стоимости подлежащего осуществлению неденежного предоставления (например, п. 2 ст. 597 ГК РФ).

Впрочем, вопрос об уместности расширительного толкования или применения по аналогии п. 2 ст. 597 ГК РФ может обсуждаться (например, когда соглашение о возмещении утраты трудоспособности содержит условие о натуральной форме таких периодических компенсирующих предоставлений).

3. Прожиточный минимум

В качестве варианта индексации законодателем избрана привязка к величине прожиточного минимума.

В исходной редакции текста данной статьи формула индексации отсылала к пропорциональному увеличению минимального размера оплаты труда (МРОТ). Затем в 2002 г. формула изменилась и стала использовать отсылку к росту уровня инфляции. В 2011 г. отсылка к уровню инфляции была исключена, и было указано на то, что индексация происходит по формуле, установленной в специальных нормах закона или договоре. Наконец, в 2015 г. утвердилась актуальная редакция, привязавшая индексацию к росту прожиточного минимума.

При этом в п. 35 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленум ВС РФ указывает, что для целей применения комментируемой статьи должна использоваться величина прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации, в котором проживает гражданин-кредитор. При этом по общему правилу принимается во внимание прожиточный минимум, установленный для населения в целом, а не для его отдельных социально-демографических групп, если иное не установлено законом (как пример такого исключения см. п. 1 ст. 117 СК РФ в отношении порядка расчета алиментов). В случае если в указанном субъекте Российской Федерации величина прожиточного минимума не установлена, сумма, выплачиваемая непосредственно на содержание гражданина, увеличивается пропорционально повышению величины прожиточного минимума, установленного в целом по Российской Федерации. Видимо, последний вариант должен также использоваться и в ситуации, когда соответствующий гражданин-кредитор не имеет постоянного места жительства на территории Российской Федерации.

По сути тот же механизм индексации указан и в ст. 1091 ГК РФ («суммы выплачиваемого гражданам возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью потерпевшего, подлежат изменению пропорционально росту установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума на душу населения в соответствующем субъекте Российской Федерации по месту жительства потерпевшего, а при отсутствии в соответствующем субъекте Российской Федерации указанной величины данные суммы должны быть не менее установленной в соответствии с законом величины прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации»), а также в п. 2 ст. 590 и п. 2 ст. 597 ГК РФ для индексации выплат по договорам постоянной и пожизненной ренты, а также пожизненного содержания с иждивением с тем уточнением, что за основу в этом случае берется

динамика изменения прожиточного минимума по месту нахождения соответствующего имущества, являющегося предметом договора аренды (пожизненного содержания с иждивением).

3.1. Критика формулы

Прожиточный минимум – минимальная необходимая для обеспечения жизнедеятельности сумма доходов гражданина. Величина прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации на очередной год устанавливается до 1 июля текущего года Правительством РФ. Величина прожиточного минимума на душу населения в субъекте Российской Федерации на очередной год устанавливается до 15 сентября текущего года субъектом Российской Федерации (ст. 1, п. 1 и 3 ст. 4 Федерального закона от 24 октября 1997 г. № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»).

Согласно ст. 4 указанного Федерального закона величина прожиточного минимума «исчисляется исходя из величины медианного среднедушевого дохода за предыдущий год»; при этом «соотношение величины прожиточного минимума на душу населения в целом по Российской Федерации и величины медианного среднедушевого дохода за предыдущий год с 2021 года устанавливается в размере 44,2 процента»; последний процент соотношения медианного дохода и уровня прожиточного минимума далее может регулярно, но не реже одного раза в пять лет пересматриваться. Медианный среднедушевой доход – это уровень, выше которого оказываются по данным статистики доходы у 50% населения, а у второй половины, наоборот, эти доходы ниже.

До 1 января 2021 г. согласно той же статье прожиточный минимум определялся с учетом данных об уровне инфляции («на основании потребительской корзины и данных федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по формированию официальной статистической информации о социальных, экономических, демографических, экологических и других общественных процессах в Российской Федерации, об уровне потребительских цен на продукты питания и индексах потребительских цен на продукты питания, непродовольственные товары и услуги и расходов по обязательным платежам и сборам»). Но сейчас, как мы видим, динамика изменения прожиточного минимума отвязана от уровня инфляции и привязана к изменению медианного среднедушевого дохода.

В этих условиях привязка в ст. 318, п. 2 ст. 590, п. 2 ст. 597, ст. 1091 ГК РФ и ст. 117 СК РФ коэффициента индексации к динамике изменения именно прожиточного минимума стала выглядеть нелогично. В соответствующий год медианный уровень доходов может упасть, несмотря на рост инфляции и падение покупательной способности

денег, либо динамика роста этих показателей может быть разной. Такая формула расходится с целью установления индексации и выглядит попросту абсурдной: нет никакого смысла индексировать денежные обязательства сообразно росту доходов населения, так как динамика этого показателя не коррелирует с динамикой инфляции и покупательной способности денег.

В этом плане может быть поставлен вопрос о конституционности положений этих норм ГК РФ и СК РФ. Законодателю же следует внести в них соответствующие изменения, привязав коэффициент индексации к росту уровня инфляции. Так что не стоит удивляться тому, что ст. 318 ГК РФ может быть подвергнута очередному изменению.

4. Механика индексации

Если иная формула не установлена соглашением или специальными нормами закона, для индексации необходимо для начала установить, каков был соответствующий применимый к отношениям прожиточный минимум (если этот элемент формулы индексации не будет далее пересмотрен, что было бы желательно) на момент возникновения обязательства по осуществлению соответствующих выплат, направленных на доставление содержания, или иных подлежащих индексированию денежных обязательств. Далее, если на момент осуществления выплаты прожиточный минимум вырос, размер индексируемого обязательства увеличивается пропорционально, т.е. на то количество процентов, на которое вырос за этот период прожиточный минимум. Например, если в заключенном между делинквентом и потерпевшим соглашении, определяющем порядок и размеры выплат в связи с утратой трудоспособности, установлена сумма ежемесячной выплаты в 20 тыс. руб. в месяц, и наступает срок для внесения очередного платежа, должник должен проверить, не вырос ли за период с момента заключения соглашения прожиточный минимум, и если вырос, он должен увеличить размер ежемесячного платежа пропорционально росту прожиточного минимума.

Эта индексация, увеличивающая размер обязательства, происходит автоматически в силу действия комментируемой или иных специальных норм закона (например, ст. 1091, п. 2 ст. 590, п. 2 ст. 597 ГК РФ, ст. 117 СК РФ). Подписания какого-либо отдельного соглашения об увеличении размера выплат не требуется. Если к соответствующим индексируемым выплатам должника присуждает суд (например, суд устанавливает выплату алиментов или периодических выплат в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца), было бы логично, чтобы суд указывал в решении автоматическую индексацию и ее фор-

му. Этого требуют соображения процессуальной экономии. В этом случае обращаться в суд с заявлением о вынесении определения об индексации долга было бы не нужно. Но пока такой подход не утвердился. На практике истец или даже теоретически должник обращаются в суд в соответствии со ст. 208 ГПК РФ или ст. 183 АПК РФ с заявлением об индексации, и тогда, удовлетворяя такое заявление, суд вносит изменение в вынесенный судебный акт и выдает новый исполнительный лист на соответствующую разницу. Это кажется крайне неудобным.

Если прожиточный минимум снизился, размер долга не уменьшается, так как комментируемая норма говорит лишь о повышении размера выплат.

5. Применение индексации на стадии просрочки

Индексация, происходящая на основании ст. 318 ГК РФ, влечет увеличение размера основного долга в период с момента возникновения обязательства. Как это работает на период с момента возникновения обязательства и до наступления срока очередной выплаты, было выше описано. Но далее возникает вопрос о том, что происходит в случае, если должник впадает в просрочку. Индексация по смыслу ст. 318 ГК РФ однозначно работает на регулятивной стадии, т.е. за период до просрочки, но происходит ли индексация после начала просрочки?

Дело в том, что цель восстановления покупательной способности денег и покрытия инфляционных потерь в период просрочки выполняет институт мораторных (охранительных) процентов, начисляемых на просроченный долг на основании ст. 395 ГК РФ, или законной (договорной) неустойки. Например, за просрочку в выплате алиментов начисляется законная неустойка. За просрочку во внесении рентных платежей договором может быть также оговорена неустойка, а при ее отсутствии в любом случае начисляются проценты по ст. 395 ГК РФ. Начисляются такие проценты и на суммы присужденных судом или определенных в соглашении сторон убытков, возникших в связи с причинением вреда жизни или здоровью (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Мыслимо ли начисление на сумму основного долга мораторных санкций наряду с индексацией просроченного долга, и будут ли в таком случае проценты (неустойка) начисляться на все увеличивающийся в связи с индексацией размер основного долга? Или на стадии просрочки в погашении начисленного долга индексация в принципе не применяется, раз этот институт и мораторные проценты (законные или договорные неустойки) направлены на реализацию одной и той же цели? Или речь идет о том,

что индексация и начисление процентов (неустойки) соотносятся в зачетном порядке?

В п. 64 Постановления от 26 декабря 2017 г. № 56 Пленум ВС РФ указывает, что при расчете базы для начисления законной неустойки за невыплату начисленных алиментов следует исходить из того, что «если индексация размера взысканных по решению суда алиментов не производилась, следует исходить из того размера алиментов, в каком должник должен был уплачивать алименты с учетом индексации, установленной статьей 117 СК РФ». Иначе говоря, неустойка начисляется на увеличивающийся в связи с индексацией на регулятивный размер долга по алиментам, что вполне логично. Но вопрос о том, как индексация соотносится с начислением неустойки в период просрочки во внесении очередного алиментного платежа, в полной мере на уровне практики ВС РФ не прояснен. Суд прямо не указал на то, что индексация продолжается в период просрочки наряду с начислением пени.

Вопрос в целом может вызывать споры. Представим, что за невыплату в срок очередного рентного платежа установлена неустойка в размере 0,1% в день (более 36% годовых), что почти в десять раз выше уровня роста прожиточного минимума в последние годы. Примерно таков же по умолчанию в силу п. 2 ст. 115 СК РФ уровень неустойки за просрочку в выплате алиментов. Да и уровень ключевой ставки ЦБ РФ обычно выше роста прожиточного минимума. Неужели в период просрочки в оплате рентных платежей или алиментов необходима еще и индексация самого просроченного долга с учетом того, что падение покупательной способности денег с лихвой покрывается неустойкой или мораторными процентами?

В целом можно было бы предположить, что за период, когда на сумму долга (в том числе проиндексированного на регулятивном этапе своего существования) после начала просрочки начинают начисляться охранительные проценты или неустойки, потребность в индексации просроченного основного долга отпадает. Но проблема связана с тем, что размер процентов по ст. 395 ГК РФ явно недостаточен для превенции просрочки, так как их размер принципиально ниже средних ставок по кредитам, а неустойка может быть не согласована или не установлена законом для соответствующего обязательства по доставлению содержания, либо быть согласованной на уровне намного ниже ключевой ставки ЦБ РФ. В этом плане индексация долга кумулятивно с начислением охранительных процентов может восприниматься как своеобразный способ решения этой проблемы. Впрочем, *de lege ferenda* эту задачу было бы проще и логичнее решать за счет либо

универсального повышения уровня применимой в связи с просрочкой в оплате ставки процента (о чем давно говорят многие юристы), либо как минимум начисления по более высокой ставке охранительных процентов годовых по обязательствам, направленным на доставление содержания гражданину, если законом или договором не установлена более высокая неустойка.

Но в целом данный вопрос может быть предметом дискуссий.

5.1. Возможна ли индексация дополнительных притязаний, связанных с неисполнением основных индексируемых обязательств?

Подлежат ли на основании ст. 318 ГК РФ индексации сами мораторные проценты или неустойки, начисленные за период просрочки в погашении индексируемого долга (а также вызванные такой просрочкой мораторные убытки)? Логично ответить на этот вопрос отрицательно. Такие санкции представляют собой отдельные охранительные обязательства, возникающие в связи с нарушением основного обязательства, они не названы в ст. 318 ГК РФ в качестве подлежащих индексированию, а целесообразность расширительного толкования не очевидна.

6. Пределы диспозитивности

Условиями обязательства может быть предусмотрен повышенный размер индексации выплат по сравнению с размером, определяемым в соответствии со ст. 318 ГК РФ. В самой норме не говорится прямо о возможности согласования иной формулы индексации, в отличие от редакции, действовавшей с 2011 по 2015 г. Но с учетом критериев телеологического толкования норм закона, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, эта норма со всей очевидностью носит асимметрично императивный характер: стороны не могут установить формулу индексирования, которая будет снижать гарантии кредитора по сравнению с той формулой, которая оговорена в ст. 318 ГК РФ, и тем более исключать индексирование, но могут повысить степень защищенности прав кредитора, установив более высокий уровень индексирования.

Это связано с тем, что кредитор по соответствующему обязательству, на защиту интересов которого направлены правила об индексации, является слабой стороной соответствующих отношений (потерпевший по деликтному обязательству, возникшему в связи с причинением вреда жизни или здоровью, получатель ренты по договору пожизненного содержания, кредитор по алиментному обязательству). Поэтому индексация выплат в меньшем размере или иное ухудшение положения гражданина, на содержание которого выплачиваются денежные суммы,

не допускается (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Эту асимметричную императивность следует учитывать и при толковании ст. 105 СК РФ, согласно которой в соглашении об установлении алиментов стороны могут согласовать механизм индексации, отличный от того, который определен в ст. 117 СК РФ. Есть основания понимать данную норму ограничительно — как допускающую усиление позиции кредитора в отношении формулы и порядка индексации, но не снижение уровня его защищенности.

7. Действие во времени

Согласно нормам, регламентирующим введение в действие новой редакции ст. 318 ГК РФ, порядок увеличения выплачиваемых на содержание гражданина сумм, предусмотренный комментируемой статьей ГК РФ в актуальной редакции, подлежит применению с 1 июня 2015 г. ко всем соответствующим обязательствам независимо от даты их возникновения (п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

8. *Lex specialis*

Предписания ст. 318 ГК РФ применяются, если иное не установлено специальным законодательством.

Так, в п. 36 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленума ВС РФ прямо указано на допустимость восприятия в качестве *lex specialis* закона о федеральном бюджете на соответствующий финансовый год в отношении индексации сумм, выплачиваемых в возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, на основании судебного акта, предусматривающего взыскание за счет средств федерального бюджета. Политико-правовой аспект этого решения не столь очевиден. Если данный закон повышает уровень индексации на очередной год по сравнению с тем, который следует из применения комментируемой нормы, проблем не возникает, но если он устанавливает пониженный коэффициент индексации по сравнению с тем, который следует из комментируемой нормы ГК РФ, возникают серьезные сомнения в конституционности такого законодательного решения. Государство как ответчик не может своей волей, выраженной в виде закона о бюджете на очередной год, снизить объем своих обязательств перед частными кредиторами (тем более такими, о которых идет речь в комментируемой норме) по сравнению с тем минимумом коэффициента индексации, который выводится из общих правил ст. 318 ГК РФ. Иное просто противоречило бы принципу формального равенства и было бы явно несправедливо.

9. Соотношение с правилами индексации, установленными в процессуальных законах

Помимо индексации размера денежного обязательства на регулятивной стадии (с момента возникновения обязательства, направленного на доставление кредитору-гражданину содержания, и до момента созревания этого обязательства) на основании ст. 318 ГК РФ, а также специальных норм п. 2 ст. 590, п. 2 ст. 597, ст. 1091 ГК РФ, ст. 117 СК РФ и т.п., российское законодательство знает еще один, сугубо процессуальный, институт индексации, согласно которому присужденные судом к взысканию денежные суммы индексируются за период неисполнения судебного решения.

В АПК РФ индексация присужденного долга за период неисполнения решения до 2021 г. не считалась применимой по умолчанию, она допускалась только в случаях, установленных в законе или договоре. Согласно п. 1 ст. 183 АПК РФ «арбитражный суд первой инстанции, рассмотревший дело, производит по заявлению взыскателя индексацию присужденных судом денежных сумм на день исполнения решения суда в случаях и в размерах, которые предусмотрены федеральным законом или договором».

Иная ситуация сложилась применительно к ГПК РФ. До 2018 г. в ст. 208 ГПК РФ индексация была установлена в качестве применяемой по умолчанию для любых случаев взыскания денежного долга судом, и сложилась обширная судебная практика индексации любых взысканных денежных сумм (никак не связанных с доставлением содержания) за период неисполнения судебного акта (см., например, определения СКГД ВС РФ от 20 января 2015 г. № 81-КГ14-15, от 9 декабря 2014 г. № 81-КГ14-17, от 14 июля 2015 г. № 34-КГ15-9). Но периодически возникали проблемы в силу того, что в самой ст. 208 ГПК РФ формула индексации не была предусмотрена. В определениях от 29 декабря 2009 г. № 80-Г09-9 и от 18 марта 2008 г. № 74-Г08-11 СКГД ВС РФ указала на применимость индекса потребительских цен, но из-за отсутствия ясности по данному вопросу на уровне закона вмешался КС РФ, который в Постановлении от 23 июля 2018 г. № 35-П предписал законодателю установить в ст. 208 ГПК РФ соответствующую формулу, а до приведения закона в соответствие с данным требованием указал на применимость индекса потребительских цен.

Но далее вместо того, чтобы реализовать требование КС РФ, законодатель с подачи ВС РФ, внесшего соответствующий законопроект на рассмотрение Госдумы РФ, решил ограничить применение индексации в отношении присуждаемых судами общей юрисдикции сумм вопреки позиции КС РФ, изложенной в Постановлении от 23 июля

2018 г. № 35-П, допустив индексацию только в случаях и в порядке, указанных в законе или договоре. Иначе говоря, закон решил отменить универсализм индексации, укоренившийся в практике судов общей юрисдикции, и урегулировать данный вопрос в ГПК РФ таким же образом, как и в АПК РФ. И в связи с этим в актуальной на момент написания настоящего текста редакции ст. 208 ГПК РФ мы читаем: «По заявлению взыскателя или должника суд, рассмотревший дело, может произвести индексацию взысканных судом денежных сумм на день исполнения решения суда в случаях и в размерах, которые предусмотрены федеральным законом или договором».

Таким образом, обе нормы (и АПК РФ, и ГПК РФ) сейчас говорят об индексации присужденных судом сумм на день исполнения решения суда при наличии оснований и указаний в отношении формулы индексации, указанных в законе или договоре. Получается, что при буквальном прочтении закона эти процессуальные нормы просто реализуют механизм индексации, установленный в ст. 318 ГК РФ и иных подобных нормах за период после вынесения решения суда, но не формируют самостоятельное основание для индексации присужденного долга за период неисполнения судебного акта. Когда не стороны в соглашении, а суд устанавливает на будущее график выплат алиментов, возмещения в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца или иных выплат, по которым индексация производится на основании ст. 318 ГК РФ и иных норм материального права и в соответствии с установленной в них формулой, правила ст. 318 ГК РФ и иных норм материального права об индексации восполняют положения ст. 208 ГПК РФ и ст. 183 АПК РФ, и мы получаем основания для индексации присужденных к выплате в будущем по определенному графику сумм. Если же правила ст. 318 ГК РФ или иные материально-правовые нормы об индексации неприменимы (например, речь идет о взыскании ущерба имуществу или договорного долга об оплате товара или возврата займа), индексация присужденных судом сумм на период неисполнения решения суда *по букве закона* не работает по общему правилу ни по АПК РФ, ни в рамках новой редакции ст. 208 ГПК РФ.

Иначе говоря, если до реформы ст. 208 ГПК РФ 2018 г. судебная практика судов общей юрисдикции допускала индексацию практически любых денежных долгов на период неисполнения судебного акта с учетом роста индекса потребительских цен, то актуальный текст ст. 208 ГПК РФ эту практику, казалось бы, пресекает. Арбитражные же суды в принципе всегда исходили из того, что индексация взысканных судом денег по общему правилу не производится.

Логика законодателя, видимо, была в следующем. Если суд взыскивает денежный просроченный долг, практически всегда на эту сумму за период после вынесения решения суда начисляются проценты годовые по ст. 395 ГК РФ или пени, которые и покрывают те самые инфляционные потери, которые должна компенсировать индексация. Дополнительная индексация взысканного просроченного долга законодателю показалась избыточной. В тех же случаях, когда суд присуждает к осуществлению в будущем периодических выплат (например, алименты, возмещение утраты трудоспособности), индексация возможна, но она будет опираться на соответствующие нормы материального права, которые на уровне норм ГПК РФ и АПК РФ просто получают свое процессуальное воплощение.

Но это не конец истории. Ситуация в корне изменилась в 2021 г. после вынесения КС РФ двух постановлений (от 12 января 2021 г. № 1-П и от 23 июля 2018 г. № 35-П).

В Постановлении от 12 января 2021 г. № 1-П КС РФ выразил недовольство той реформой, которую совершил законодатель. Суд посчитал, что законодатель сделал ровно обратное тому, что требовал КС РФ в своем [Постановлении](#) 2018 г. В итоге КС РФ еще раз предписал федеральному законодателю внести в действующее правовое регулирование, в том числе в ст. 208 ГПК РФ, изменения, позволяющие судам индексировать присужденные денежные суммы на основании заявлений взыскателей или должников и тем самым реально восстанавливать их право на правильное и своевременное исполнение решения суда. Впредь до внесения в действующее правовое регулирование изменений, вытекающих из данного постановления, КС РФ предписал судам в целях реализации ст. 208 ГПК РФ (в случаях, когда условия и размер индексации присужденных денежных сумм не установлены договором) использовать в качестве критерия осуществления предусмотренной ею индексации утверждаемый Федеральной службой государственной статистики индекс потребительских цен, являющийся официальной статистической информацией, характеризующей инфляционные процессы в стране и публикуемой на официальном сайте Федеральной службы государственной статистики в сети Интернет. При этом Суд настаивает на универсальной применимости механизма индексации, установленного в ст. 208 ГПК РФ, независимо от того, имеются ли специальные нормы на сей счет в законе или соглашении сторон. По сути, КС РФ предписал вернуться к прежней практике индексации за период неисполнения судебного акта любых взысканных денежных долгов.

Более того, в Постановлении от 23 июля 2018 г. № 35-П Суд распространил этот подход и на случаи присуждения денег к уплате арби-

тражным судом в контексте конституционной оценки ст. 183 АПК РФ. Универсальная индексация присуждаемых судом к погашению денежных долгов теперь должна, видимо, проникнуть и на уровень практики арбитражных судов. После вынесения данных постановлений СКГД ВС РФ в своей практике также стала подтверждать универсальность действия процессуальных правил об индексации взысканных средств и возвращение прежней практики по данному вопросу (например, Определение СКГД ВС РФ от 27 июля 2021 г. № 66-КГ21-10-К8). Но СКЭС ВС РФ на момент написания настоящего комментария по данному вопросу не высказалась.

Итак, КС РФ указал на необходимость универсального применения механизма индексирования к любым случаям взыскания денег судом. Как отмечает Суд в обоих постановлениях, институт индексации присужденных денежных сумм расценивается в качестве предусмотренного процессуальным законодательством упрощенного порядка возмещения взыскателю финансовых потерь, вызванных несвоевременным исполнением должником решения суда, когда взысканные суммы обесцениваются в результате экономических явлений. При этом индексация, по мнению КС РФ, не является мерой гражданско-правовой ответственности должника за ненадлежащее исполнение денежного обязательства, а представляет собой правовой механизм, позволяющий полностью возместить потери взыскателя от длительного неисполнения судебного решения в условиях инфляционных процессов.

Более того, в Постановлении от 12 января 2021 г. № 1-П Суд прямо пишет, что начисление на взысканный судом долг процентов по ст. 395 ГК РФ не исключает индексацию присужденного судом долга, так как индексация и начисление охранительных процентов имеют разную природу. Поэтому производимая судом индексация взысканных денежных сумм, «призванная компенсировать влияние инфляции на имущественные правоотношения между взыскателем и должником, своевременно не исполнившим обязательство, возложенное на него судебным решением, сама по себе не исключает возможности применения к должнику, незаконно удерживающему взысканные с него судом денежные средства, также и санкций, в том числе в виде необходимости уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами, как это предусмотрено статьей 395 ГК Российской Федерации».

На то, что индексация присужденных судом денежных сумм не является мерой ответственности и не зависит от вины должника в неисполнении судебного акта, судебная практика ВС РФ указывала и ранее (п. 8 разд. VII Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2015) (утв. Президиумом ВС РФ 4 марта 2015 г.), Определение СКГД ВС РФ

от 21 января 2020 г. № 18-КГ19-147). Но теперь, во-первых, окончательно признана универсальность этого механизма и его применимость в отношении взыскания долга как судом общей юрисдикции, так и арбитражным судом, а также указано на реализацию такого механизма, несмотря на отсутствие каких-либо специальных норм или соглашения об индексировании присужденных судом сумм, а во-вторых, подтверждена возможность применения механизма индексации параллельно с начислением мораторных процентов за период неисполнения судебного акта.

Но как тогда быть с тем, что практически на любой гражданско-правовой долг начисляются с момента просрочки проценты годовые по ст. 395 ГК РФ или пени? Как правило, эти проценты или пени начинают начисляться с момента, который предшествует вынесению решения, так как долг возникает ранее. Но иногда — как в случае с взысканием деликтных убытков — судебная практика допускает начисление таких процентов только с момента присуждения. Но в любом случае такие проценты текут с момента присуждения и вплоть до фактического исполнения судебного решения о взыскании долга (подробнее см. комментарий к ст. 395 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Но КС РФ не признал эту меру, которая направлена также на покрытие инфляционных потерь, достаточной и посчитал необходимым подвести любой взыскиваемый по суду денежный долг под режим индексации. Иначе говоря, для ответчика не платить взысканный долг оказывается дороже, чем находиться в просрочке до момента взыскания.

В целом действительно необходимо повысить уровень ответственности за просрочку в оплате, так как процентов по ключевой ставке ЦБ РФ явно недостаточно для обеспечения платежной дисциплины, и тем более за период после присуждения судом к оплате. Но вариант с индексацией не кажется оптимальным. Проще было бы признать, как в свое время делал ВАС РФ (см. Постановление Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 г. № 22), что с момента присуждения судом к уплате долга на сумму долга начисляется астрент в виде еще одной ключевой ставки ЦБ РФ в дополнение к тем процентам, которые начисляются на долг на основании материально-правовых отношений. ВС РФ в Постановлении Пленума от 24 марта 2016 г. № 7 идею начисления астрента на взыскиваемые денежные суммы отвергнул, и, как представ-

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 395 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

ляется, это было ошибкой. И вот теперь благодаря практике КС РФ эта идея, выставленная за дверь, возвращается через процессуальное окно.

Впрочем, судебной практике или законодателю еще предстоит осмыслить эту новацию. И прежде всего необходимо определить механику соотношения индексации и начисляемых за период неисполнения судебного акта о взыскании долга мораторных процентов (или неустойки): начисляются ли охранительные санкции на периодически возрастающую в связи с индексацией сумму основного долга, или неизменной базой для расчета таких санкций будет исходный размер присужденного долга? С формально-догматической точки зрения, так как речь идет об индексации основного долга, первый вариант корректен. Но с содержательной точки зрения мы получаем аналог сложных процентов. Вариант с астрентом приводил бы к тому, что и стандартные мораторные проценты (или неустойка), и добавляемый с момента вынесения решения суда астрент в виде ключевой ставки ЦБ РФ начислялись бы на единую сумму основного долга. Ранее этот вопрос оказывался на периферии внимания судов, так как арбитражные суды индексацию на основе ст. 183 АПК РФ не проводили, а в те времена, когда суды общей юрисдикции активно индексировали взыскиваемые долги по индексу потребительских цен на основании ст. 208 ГПК РФ, суды общей юрисдикции, как правило, не присуждали проценты годовые на будущее до исполнения решения суда о взыскании основного долга. Но в современных условиях, когда суды при взыскании долга все чаще удовлетворяют требование кредитора о присуждении процентов или неустойки как за период до подачи иска в суд, так и на будущее, вплоть до исполнения решения суда о взыскании основного долга, вопрос о соотношении мораторных санкций и индексации становится крайне актуальным. Ведь пени за просрочку могут быть весьма значительными и исчисляться десятками процентов годовых. Что уж говорить о законных неустойках, установленных нормами потребительского законодательства!

В общем и целом более подробно погружаться в анализ института процессуального индексирования присужденных судом сумм на период неисполнения судебного решения нет смысла. В этой области возникает и будет в свете последних постановлений КС РФ возникать множество процедурных вопросов. В то же время следует заметить, что механизм процессуальной индексации на основании ст. 208 ГПК РФ и ст. 183 АПК РФ и индексация по ст. 318 ГК РФ могут пересекаться в тех случаях, когда основанием для осуществления выплат, направленных на доставление кредитору содержания, является судебный акт. Очевидно, что двойная индексация невозможна. Но какая формула ин-

дексации должна применяться за период с момента установления судом размера будущих ежемесячных выплат на содержание и до наступления просрочки, либо за период просрочки в осуществлении предписанных ранее судом периодических выплат? Проблема не была бы острой, если бы ст. 318 ГК РФ и постановления КС РФ 2018 и 2021 гг. использовали единую формулу индексации, но на настоящий момент это не так. С точки зрения сухой формальной логики правила ст. 318 ГК РФ должны восприниматься в качестве специальных и действующих в приоритетном порядке в отношении обязательств по доставлению содержания. Но стоит учесть, что формула, указанная в ст. 318 ГК РФ, с учетом современного подхода к определению прожиточного минимума (см. п. 3, 3.1 комментария к настоящей статье), явно менее удачна, чем привязка к индексу потребительских цен, о которых говорит КС РФ. Не означает ли это, что как минимум до изменения ст. 318 ГК РФ логично в отношении сумм периодических выплат, направленных на доставку содержания и определенных в судебном решении, применять предлагаемую КС РФ «процессуальную» формулу расчета индексации с привязкой к индексу потребительских цен?

10. Делая мир проще...

В целом следует резюмировать, что в данной области наблюдается хаос. Нормы и практика судов меняются калейдоскопическим образом. Ситуация могла бы быть намного проще и понятнее, если реализовать следующие решения.

Во-первых, по смыслу ст. 318, п. 2 ст. 590, п. 2 ст. 597 и ст. 1091 ГК РФ, а также ст. 117 СК РФ индексация денежных сумм, подлежащих периодической выплате в будущем на основании соглашения или судебного решения в целях предоставления содержания гражданину-кредитору (рентные платежи, выплаты в связи с потерей кормильца или утратой трудоспособности, алименты и т.п.), работает только на регулятивном этапе отношений и направлена на компенсацию покупательной способности денег за период между определением размера предстоящих периодических выплат и наступления срока платежа по очередной выплате. При впадении должника в просрочку по таким обязательствам падение покупательной способности денег в период просрочки должно компенсироваться не за счет увеличения тела долга, а в традиционном для гражданского права формате – за счет начисления мораторных (охранительных) процентов по ст. 395 ГК РФ или законной / договорной неустойки. При этом логично установить на уровне закона или правотворческой практики ВС РФ повышенный уровень ответственности не только для алиментов, как это мы имеем

сейчас, но и для рентных платежей и иных выплат, направленных на доставление гражданину содержания. Уровень ответственности должен предельно подавлять стимулы к уклонению от своевременного удовлетворения таких особо чувствительных требований, просрочка в отношении которых может поставить кредитора-гражданина на грань выживания.

Во-вторых, при возмещении уже понесенных ранее в связи с посягательством на личность расходов (например, расходов на лечение, реабилитацию) или уже упущенных ранее доходов индексация не должна работать, так как не охватывается правилом ст. 318 ГК РФ, касающимся только обязательств по доставлению содержания, а норму ст. 1091 ГК РФ в этом плане следует толковать ограничительно. Вместо этого следует установить, что на сумму таких понесенных расходов или уже упущенных ранее доходов проценты годовые по ст. 395 ГК РФ (желательно в более значительном размере, чем это сейчас предусматривает данная статья) должны начисляться либо с момента возникновения таких убытков, либо с момента предъявления делинквенту обоснованной претензии по их возмещению. По суммам морального вреда, размер которых суд определяет с учетом стоимости денег на момент присуждения, достаточно начисления процентов годовых за период с момента вынесения судебного решения или заключения соглашения, определяющего размер возмещения.

В-третьих, механизм процессуальной индексации не должен применяться в тех случаях, когда суд присуждает к периодическим выплатам на содержание в будущем и задача индексации размера выплаты за период с момента вынесения решения и до момента наступления срока платежа решается за счет применения индексации по ст. 318 ГК РФ, а вопрос инфляции за период просрочки решается за счет применения мер ответственности, которые покрывают инфляционные потери. При этом в самом решении о присуждении к будущим периодическим выплатам алиментов или убытков в связи с потерей кормильца или утратой трудоспособности суду следует предусматривать: а) механизм автоматической индексации по правилам ст. 318 ГК РФ, который позволит избежать возвращения к этому вопросу в дальнейшем и не выносить время от времени определения об индексации ранее установленных сумм; б) по требованию кредитора размер мораторных санкций, которые подлежат применению к должнику в случае впадения в будущем в просрочку.

В-четвертых, процессуальная индексация также носит излишний характер в отношении любых обычных денежных долгов в той степени, в которой на присужденный судом и ранее просроченный денежный

долг начисляются мораторные санкции, которые покрывают инфляционные потери. В этом плане процессуальная индексация по смыслу ст. 183 АПК РФ или ст. 208 ГПК РФ может быть либо вовсе устранена из закона или сохранена как резервный механизм, применимый в тех случаях, когда речь о взыскании долга, образовавшегося не в связи с гражданско-правовыми правоотношениями, и иной механизм возмещения инфляционных потерь (например, в виде той или иной неустойки) отсутствует. И, более того, даже в этих ситуациях *de lege ferenda* более простым вариантом является не индексация долга, а применение ст. 395 ГК РФ по аналогии закона.

Впрочем, следует признать, что шансы на реализацию этой программы туманны с учетом той настойчивости, с которой КС РФ требует развития института процессуальной индексации.

Дополнительная литература

Каранетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаиш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаиш С.В. Исполнение обязательств. М., 2005.

Статья 319. Очередность погашения требований по денежному обязательству

Сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем — проценты, а в оставшейся части — основную сумму долга.

Комментарий

1. Общие положения

Статья 319 ГК РФ предусматривает специальные правила, посвященные исполнению основного денежного долга и производных от него обязательств по погашению процентов и издержек на получение исполнения в ситуации, когда сумма произведенного платежа недостаточна для полного погашения основного и дополнительных обязательств.

Данные правила направлены на сбалансирование интересов должника и кредитора и устанавливают традиционную для большинства современных кодификаций и международных актов унификации частного права (п. 1 ст. 6.1.12 Принципов УНИДРУА, п. 5 ст. III.-2:110 Модельных правил европейского частного права) очередность погашения требований: в первую очередь — издержки кредитора по получению исполнения, во вторую — проценты, а затем — сумму основного долга.

1.1. Издержки кредитора

Под «издержками кредитора по получению исполнения», которые погашаются ранее основного долга и процентов, в рассматриваемой статье понимаются, например, платежи, которые кредитор обязан был совершить в связи с принудительной реализацией своего требования к должнику, в частности, сумма уплаченной кредитором при подаче иска государственной пошлины (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141).

В связи с этим в случае принудительного взыскания долга по суду на основании решения, которое переносит на ответчика бремя возмещения судебных расходов истца, платеж должника, совершаемый во исполнение судебного акта (взысканное с должника силами судебных приставов, а также полученное при прямом списании долга со счета должника согласно процедуре, предусмотренной в ст. 8 Закона об исполнительном производстве), засчитывается в первую очередь в счет погашения судебных издержек истца.

1.2. Проценты

Под процентами, погашаемыми согласно комментируемой статье после покрытия издержек на получение исполнения, но до суммы основного долга, понимаются «регулятивные» проценты (как плата за пользование денежными средствами), в частности, проценты за пользование суммой займа, кредита (п. 1 ст. 809 ГК РФ), вклада, остатка на банковском счете, аванса или предоплаты при наличии в договоре условия о коммерческом кредите (ст. 823 ГК РФ) и т.д. (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

1.3. Основной долг

После того как платеж должника покрывает дополнительные требования кредитора о погашении издержек на получение исполнения и регулятивных процентов, остаток засчитывается в счет погашения основного денежного требования кредитора.

1.4. Пределы диспозитивности

Правила ст. 319 ГК РФ имеют явно выраженный атрибут диспозитивности и могут быть изменены соглашением сторон. Судебная практика допускает возможность договорного изменения порядка погашения требований, которые прямо названы в комментируемой статье. Так, например, договоренность о погашении суммы основного долга ранее «регулятивных» процентов не ставится под сомнение (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

1.5. Недопустимость одностороннего изменения

Установленная ст. 319 ГК РФ очередность погашения не может быть в одностороннем порядке изменена должником в свою пользу. Поэтому указание, например, заемщиком в платежном документе, что он оплачивает именно тело долга по кредитному договору, само по себе не имеет значения при определении порядка погашения его обязательств перед кредитором: платеж все равно пойдет в счет оплаты процентов по кредиту (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141).

Иная ситуация будет налицо, если стороны конклюдентно заключили соглашение об изменении очередности применительно к конкретному платежу. Но для вывода о наличии воли на такое изменение необходим анализ всех обстоятельств. Например, если заемщик под расписку уплачивает займодавцу наличными часть заемного долга, возникшего в связи с предоставлением процентного займа, и в расписке, подписанной займодавцем, прямо указано, что данный платеж идет в счет погашения основного долга по телу займа, можно говорить о том, что стороны применительно к данному платежу осуществили инверсию очередности и субординировали регулятивные проценты. Но если заемщик в похожей ситуации осуществляет безналичный перевод и просто указывает в назначении платежа, что погашает основной долг, сам по себе факт молчания займодавца не может рассматриваться как конклюдентное согласие совершить указанную инверсию (п. 3 ст. 158, п. 2 ст. 438 ГК РФ).

2. Очередность погашения охранительных процентов и неустоек, а также убытков

Проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ за неисполнение или просрочку исполнения (охранительные / мораторные проценты), а также начисленные в связи с просрочкой в оплате неустойки, погашаются после суммы основного долга. То же касается и долга по возмещению

вызванных просрочкой платежа мораторных убытков (за исключением издержек на получение исполнения, которые погашаются в силу комментируемой нормы в первую очередь). Это прямо не указано в законе, так как комментируемая норма не затрагивает данные меры ответственности в принципе. В то же время такое решение устоялось в судебной практике (см.: п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7; п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54; определения СКГД ВС РФ от 16 февраля 2021 г. № 5-КГ20-108-К2, от 17 декабря 2019 г. № 18-КГ19-144, от 16 декабря 2019 г. № 19-КГ19-23, от 16 апреля 2019 г. № 49-КГ19-14, от 27 ноября 2018 г. № 16-КГ18-39, от 3 апреля 2018 г. № 5-КГ17-255; п. 12 Обзора судебной практики по делам о защите прав потребителей (утв. Президиумом ВС РФ 14 октября 2020 г.)).

Из указанной позиции *a fortiori* вытекает, что требование об уплате охранительных процентов, пеней или мораторных убытков (за исключением издержек на получение исполнения) должно удовлетворяться после погашения издержек на исполнение и регулятивных процентов. Подобная коллизия может возникнуть, в частности, в случае, когда стороны договора займа договорились о том, что основной заемный долг будет погашен ранее начисленных регулятивных процентов, однако по факту основной долг погашается после некоторого периода просрочки, и в итоге у должника остаются непогашенными регулятивные проценты и пени за просрочку.

2.1. Односторонняя инверсия очередности

Тем не менее сказанное не исключает возможности должника добровольно удовлетворить требования кредитора об уплате охранительных процентов на основании ст. 395 ГК РФ, неустойки, а также о возмещении мораторных убытков ранее суммы основного долга (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141). Интерес кредитора в такой ситуации ни в коей мере не страдает, и должник действует себе во вред, на что он имеет, безусловно, полное право.

Сам же кредитор полученный платеж, совершенный должником без назначения или тем более с указанием того, что он направлен на погашение основного долга, в одностороннем порядке своим волеизъявлением переатрибутировать на погашение неустойки, охранительных процентов или мораторных убытков не может. В то же время судебная практика признает, что в ситуации, когда долг еще не погашен, кредитор вправе предъявить иск о взыскании с должника «охранительных» процентов (неустойки) (см. п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября

2010 г. № 141). Высшие суды в этих разъяснениях, видимо, имеют в виду, что кредитор может заявить сепаратный иск о взыскании начисленных пеней или охранительных процентов (а также, вероятно, и мораторных убытков) за период просрочки, имеющейся до подачи иска в суд, до поры не требуя в судебном порядке погашения самого основного долга, и в таком случае взысканное пойдет в счет погашения именно охранительных процентов, неустойки или мораторных убытков, погашения которых кредитор и потребовал в суде.

По сути, это разъяснение позволяет кредитору в одностороннем порядке изменить общее правило и посредством обращения в суд добиться приоритетного погашения штрафных санкций. В чем логика такого разъяснения? Одна возможная причина, подвигнувшая ВАС РФ и ВС РФ на принятие такого разъяснения, могла состоять в том, что иногда кредитор готов предоставить должнику отсрочку в погашении основного долга, но не желает рисковать пропуском срока давности по начисленным ранее пеням или мораторным процентам, и тогда он имеет легитимный интерес обратиться в суд с иском о взыскании таких пеней или процентов, не требуя погашения основного долга, при этом интересом должника в данном случае можно пренебречь, поскольку он допустил просрочку и сам спровоцировал такую ситуацию. Впрочем, на практике примеры обращения в суд за взысканием лишь охранительных процентов или неустойки и тем более мораторных убытков на фоне непогашенного долга без заявления требования о взыскании последнего встречаются крайне редко.

Другая причина, вероятно, состояла в том, что нередко в результате правопреемства требование о взыскании основного долга и требование о взыскании охранительных процентов, неустойки или мораторных убытков оказываются принадлежащими разным кредиторам, и запрет на взыскание, скажем, начисленных пеней до погашения основного долга просто препятствовал бы обладателю первого требования осуществить свое право принудительно (подробнее см. п. 4 комментария к настоящей статье).

2.2. Императивность или диспозитивность?

Суды крайне негативно относятся к соглашениям сторон, устанавливающим погашение охранительных (мораторных) процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (а равно неустойки или мораторных убытков), в первоочередном по отношению к сумме основного долга порядке, признавая такие соглашения недействительными на основании ст. 168 ГК РФ (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141; Постановление Президиума ВАС РФ от 21 июня 2011 г. № 17859/10; п. 37 Постановления Пле-

нума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54; определения СКГД ВС РФ от 16 апреля 2019 г. № 49-КГ19-14, от 27 ноября 2018 г. № 16-КГ18-39; п. 12 **Обзора** судебной практики по делам о защите прав потребителей (утв. Президиумом ВС РФ 14 октября 2020 г.)).

Подобный подход достаточно сомнителен. Вопрос об очередности погашения неустойки и охранительных процентов не регулируется комментируемой статьей. Сама же ст. 319 ГК РФ является прямо диспозитивной. Это в сочетании с общим конституционным по своему значению принципом свободы договора должно приводить к прямо противоположному выводу. Ссылка в обоснование позиции судов на «существо законодательного регулирования гражданско-правовой ответственности» крайне спекулятивна и совершенно не проясняет, почему стороны не могут договариваться о добровольном погашении штрафных санкций ранее суммы основного долга. Апеллирование к тому, что ст. 319 ГК РФ «не регулирует отношения, связанные с привлечением должника к ответственности за нарушение обязательства... а определяет порядок исполнения денежного обязательства, которое должник принял на себя при заключении договора» (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141), также неубедительно. Ни «издержки по исполнению» (представляющие собой часть убытков), ни «проценты» (выступающие в качестве цены пользования деньгами), прямо упомянутые в рассматриваемой статье, не являются составной частью основного денежного долга, они признаются самостоятельными денежными обязательствами. Термин «денежное обязательство» используется в ст. 319 ГК РФ со всей очевидностью в широком смысле и включает все связанные с ним платежи, в число которых могут входить и охранительные проценты (неустойка).

С точки зрения политики права негативное отношение к соглашению, устанавливающему погашение процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ (а равно неустойки или мораторных убытков), ранее суммы основного долга, оправдано лишь в целях защиты интересов слабой стороны. Так, подобные соглашения, в которых в качестве должника по денежному обязательству выступает гражданин-потребитель, должны признаваться ничтожными на основании п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей (см.: определения СКГД ВС РФ от 16 декабря 2019 г. № 19-КГ19-23, от 27 ноября 2018 г. № 16-КГ18-39; п. 12 **Обзора** судебной практики по делам о защите прав потребителей (утв. Президиумом ВС РФ 14 октября 2020 г.)). При ином явном неравенстве в переговорных возможностях включенное в договор условие о погашении охранительных процентов (неустойки) ранее основного долга может «корректироваться» судом на основании ст. 10 или п. 2, 3

ст. 428 ГК РФ (см. п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). В остальных же ситуациях (например, когда такое условие включено в договор, заключенный между равноправными коммерсантами) не существует каких-либо серьезных политико-правовых причин для ограничения свободы договора.

Более того, сомнительность такого подхода можно подтвердить и тем, что сам ВС РФ, как было показано выше, допустил право кредитора требовать взыскания охранительных процентов или пеней без взыскания основного долга, признав тем самым право кредитора произвести инверсию очередности атрибуции платежей. Это *a fortiori* подчеркивает, что ничего априорно неприемлемого в согласовании сторонами такой инверсии нет.

3. Сфера применения

Предписания ст. 319 ГК РФ, а также выводимые в их развитие *praeter legem* правила о субординации охранительных притязаний по отношению к требованиям, указанным в ст. 319 ГК РФ, при распределении полученного платежа универсальны. Установленная ими очередность применяется при погашении любых денежных требований, в частности, при удовлетворении кредитора по обязательству, обеспеченному залогом, из стоимости заложенного имущества (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141, Определение СКЭС ВС РФ от 10 октября 2019 г. № 304-ЭС19-9053), а также в случае оставления заложенного имущества кредитором за собой (см. Определение СКЭС ВС РФ от 16 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-927 (2–5)); при прекращении денежных требований зачетом, в том числе при частичном зачете (см. п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Более того, есть основания исходить из того, что правила ст. 319 ГК РФ должны применяться и при погашении долга должника третьим лицом по правилам ст. 313 ГК РФ, а также при погашении третьим лицом своего собственного параллельного обеспечительного долга, влекущем синхронное погашение долга основного должника. Например, когда гарант, выдавший независимую гарантию, удовлетворяет притязание кредитора, это освобождает основного должника, чей долг был обеспечен гарантией, от долга перед кредитором сообразно правилам, которые закреплены в ст. 319 ГК РФ и выведены в судебной практике в развитие этой статьи: например, регулятивные проценты будут погашены ранее основного долга, а охранительные — после того, как был погашен основной долг.

То же и с поручительством. В п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 Суд указывал на применение правил ст. 319 ГК РФ при уплате обеспеченного долга поручителем, ограничившим свою ответственность твердой суммой. В настоящее время разд. I этого Постановления (в том числе п. 10), утратил силу, а в заменившем его Постановлении Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 отсутствует какое-либо разъяснение на сей счет, полагаем, что правовая позиция ВАС РФ по данному вопросу заслуживает поддержки в судебной практике. Когда поручитель погашает свой параллельный обеспечительный долг, это сказывается на прекращении долга основного должника сообразно алгоритму, указанному в ст. 319 ГК РФ и выводимому в развитие этих правил в судебной практике. Причем не имеет значения, выдавалось ли поручительство с ограничением ответственности поручителя в твердой сумме или нет. Соответственно, погашение поручителем притязания кредитора будет приводить к суброгации к поручителю того требования должника, которое было погашено согласно правилам очередности, указанным в ст. 319 ГК РФ и выводимым в их развитие в судебной практике. Так, если у должника есть основной долг в сумме 100 тыс. руб., дополнительные долги по регулятивным процентам в сумме 10 тыс. руб. и по пеням в сумме 5 тыс. руб., и поручитель заплатил 20 тыс. руб., а далее впал в банкротство и был ликвидирован, должник освобождается перед кредитором от погашения начисленных ранее процентов (10 тыс. руб.) и части основного долга (10 тыс. руб.), а долг в сумме 90 тыс. руб. остается на основном должнике, и на него продолжают начисляться регулятивные проценты и пени на будущее. Более того, начисленные до платежа поручителя пени в сумме 10 тыс. руб. также остаются подлежащими уплате основным должником. В конкурсную же массу поручителя переходит требование исходного кредитора о погашении основного долга в сумме 10 тыс. руб., на который будут начисляться регулятивные проценты уже в пользу поручителя, а также погашенное поручителем требование об уплате начисленных ранее регулятивных процентов в сумме 10 тыс. руб.

Аналогичные подходы применяются тогда, когда параллельный денежный долг погашает новый должник, принявший на себя долг должника в результате кумулятивного перевода долга, долг должника погашает третье лицо, предоставившее залог в обеспечение данного долга, а также к иным подобным ситуациям.

Наконец, эти же правила подлежат применению и в случае платежа третьего лица, погашающего долг должника, по правилам ст. 313 ГК РФ.

4. Последствия изолированного перехода права на проценты и иные дополнительные требования

Интересный вопрос возникает в ситуации, когда требование в отношении основного долга принадлежит одному лицу, а дополнительные требования в отношении регулятивных или охранительных процентов, неустоек, издержек на получение исполнения и иных мораторных убытков оказываются принадлежащими иному лицу. Такое возможно, прежде всего, в ситуации, когда либо было уступлено основное требование с оговоркой о непереходе к цессионарию дополнительных притязаний вопреки общему правилу п. 1 ст. 384 ГК РФ, либо, наоборот, произошла изолированная уступка дополнительных требований.

Представим, что в результате уступки требование о погашении займа перешло к одному цессионарию, а требование о погашении начисленных до момента перехода права регулятивных процентов осталось за исходным займодавцем либо было уступлено другому цессионарию. Может ли в такой ситуации должник погасить требование одного из кредиторов о возврате займа до погашения требования другого кредитора о возврате процентов вопреки очередности, указанной в ст. 319 ГК РФ? Видимо, на этот вопрос следует ответить утвердительно. Правила ст. 319 ГК РФ работают только в ситуации, когда требования в отношении указанных в статье основного и дополнительных предоставлений принадлежат одному кредитору. По этой же причине кредитор, к которому перешло требование о взыскании основного долга, может заявить соответствующий иск и добиться принудительного исполнения решения суда или осуществить свое право во внесудебном порядке (например, заявив зачет или осуществив удержание и реализовав удержанную вещь по правилам о залоге), несмотря на то что требование другого кредитора о погашении процентов еще не погашено.

То же, видимо, касается и ситуации, когда в результате сингулярного преювентива (прежде всего уступки) требование в отношении основного долга, с одной стороны, и требования в отношении пеней, охранительных процентов или мораторных убытков (за исключением издержек на получение исполнения) — с другой, оказались принадлежащими разным кредиторам. Если, например, кредитор уступил требование о взыскании начисленных пеней цессионарию, цессионарий может добиваться взыскания пеней в свою пользу без оглядки на то, что должник еще не удовлетворил требование, принадлежащее другому кредитору. В этом плане кредитору, решившему потребовать присуждения к погашению охранительных процентов (пеней, мораторных убытков), права в отношении которых ему принадлежат, несмотря на то что принадлежащее другому кредитору требование в отношении основного

долга еще не погашено, может помочь правовая позиция, закрепленная в п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 и п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 20 октября 2010 г. № 141. Напомним, что согласно этой позиции субординация охранительных притязаний по отношению к требованию основного долга при получении платежа не препятствует взысканию долга по охранительным притязаниям в судебном порядке отдельным иском.

5. *Lex specialis*

Правила комментируемой статьи представляют собой *lex generalis*. Иная очередность погашения требований по денежному обязательству может быть предусмотрена специальным законом. Примером подобного особого установления, имеющего приоритет перед предписаниями ст. 319 ГК РФ, могут выступать, в частности, положения ч. 20 ст. 5 Федерального закона от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54), которые предусматривают следующую очередность погашения задолженности заемщика по договору потребительского кредита (займа): задолженность по процентам; задолженность по основному долгу; неустойка (штраф, пеня); проценты, начисленные за текущий период платежей; сумма основного долга за текущий период платежей; иные платежи, предусмотренные законодательством РФ о потребительском кредите (займе) или договором потребительского кредита (займа).

Дополнительная литература

Каранетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаши С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаши С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020. С. 110–113.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1052–1060.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 367.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 367.

Статья 319.1. Погашение требований по однородным обязательствам

1. В случае, если исполненного должником недостаточно для погашения всех однородных обязательств должника перед кредитором, исполненное засчитывается в счет обязательства, указанного должником при исполнении или без промедления после исполнения.

2. Если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон, в случаях, когда должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, и среди таких обязательств имеются те, по которым кредитор имеет обеспечение, исполнение засчитывается в пользу обязательств, по которым кредитор не имеет обеспечения.

3. Если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон, в случаях, когда должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, преимущество имеет то обязательство, срок исполнения которого наступил или наступит раньше, либо, когда обязательство не имеет срока исполнения, то обязательство, которое возникло раньше. Если сроки исполнения обязательств наступили одновременно, исполненное засчитывается пропорционально в погашение всех однородных требований.

Комментарий

1. Вводные положения

До 1 июня 2015 г. отечественное законодательство предусматривало правила, касающиеся зачисления исполнения в счет нескольких однородных долгов, только в отношении обязательств, вытекающих из договоров поставки (ст. 522 ГК РФ). В иных случаях вопрос об отнесении исполнения решался судебной практикой за счет применения предписаний ст. 522 ГК РФ по аналогии закона (см., например, п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

В ходе реформы гражданского законодательства правила о зачислении исполнения были перенесены в «общую часть» и закреплены ст. 319.1 ГК РФ. Таким образом, в настоящее время регулирование данного вопроса атрибуции или импутации осуществленного предоставления носит универсальный характер, что соответствует подходам, принятым в зарубежном законодательстве и международных актах (ст. 6.1.12 и 6.1.13 Принципов УНИДРУА, ст. III.–2:110 Модельных правил европейского частного права).

1.1. Сфера применения

Универсальность правил о зачислении исполнения позволяет использовать их независимо от того, возникли несколько однородных требований из одного или различных оснований — единого договора, нескольких договоров одного или различных видов (см. п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54) либо вообще из юридических фактов различной правовой природы.

Единственным обязательным условием применения соответствующих правил является однородность обязательств (требований). Однородными являются требования, обязывающие к предоставлению однородных предметов (например, денег или иных заменимых вещей одного рода, бездокументарных эмиссионных ценных бумаг).

При этом правила комментируемой статьи касаются ситуаций, которые не охватываются правилами ст. 319 ГК РФ. Иначе говоря, если у должника перед кредитором имеется основной долг и дополнительные по отношению к нему долги (проценты, неустойки, покрытие издержек кредитора на получение исполнения), распределение уплаченного происходит согласно правилам ст. 319 ГК РФ. Во всех остальных случаях применяются правила ст. 319.1 ГК РФ. Так, если у должника перед кредитором несколько основных долгов, вытекающих из единого или разных правовых оснований, распределение уплаченного происходит по правилам комментируемой статьи. То же касается и тех случаев, когда у должника несколько обязательств по уплате неустойки, убытков или процентов, вытекающих из единого или разных правовых оснований.

Спорным может быть выбор между правилами, выводимыми из ст. 319 ГК РФ, о том, что основной долг погашается прежде дополнительных охранительных притязаний, а регулятивные проценты прежде основного долга, с одной стороны, и комментируемыми правилами ст. 319.1 ГК РФ, с другой стороны, в тех случаях, когда у должника перед кредитором имеется основной долг и долг по регулятивным или охранительным процентам, мораторным убыткам или неустойкам (штрафам), являющийся дополнительным к некоему совсем иному основному долгу. Например, если покупатель, оплатил одну из партий товара с просрочкой, в связи с чем на него был начислен штраф, а также имеет непогашенный основной долг по оплате другой партии, а затем совершает платеж, какая из двух статей для определения атрибуции платежа в такой ситуации будет применяться? С одной стороны, правила ст. 319 ГК РФ и выводимые из них *praeter legem* правила о субординации дополнительных охранительных притязаний при распределении полученного платежа при буквальном их восприятии

ориентированы лишь на разрешение коллизии при атрибутировании платежей в счет основного долга и связанных именно с данным долгом дополнительных обязательств. С этих позиций в приведенном примере правила, выводимые из ст. 319 ГК РФ, применению не подлежат, а импутация произведенного должником (покупателем) платежа, недостаточного для погашения всей задолженности, будет производиться по правилам ст. 319.1 ГК РФ. С другой стороны, предписания ст. 319 ГК РФ могут восприниматься как отражение продебиторской концепции регулирования, как воплощение общей законодательной идеи погашения сумм основного долга ранее дополнительных платежей (санкций), что способствует уменьшению тела долга (а следовательно, и базиса для начисления новых санкций) и позволяет должнику быстрее и с наименьшими имущественными потерями освободиться от долга. При таком подходе в рассматриваемом примере также должны применяться правила ст. 319 ГК РФ, и, исходя из ее предписаний, основной долг по оплате одной партии товара погашается ранее сумм штрафа за просрочку другой партии.

Хотя нам ближе первый из указанных вариантов, следует констатировать, что полной ясности по этому вопросу пока нет, а в практике высшей судебной инстанции подобный сюжет еще не возникал.

1.2. Применение к зачету

Предписания ст. 319.1 ГК РФ носят универсальный характер. Поэтому судебная практика прямо указывает на необходимость учета соответствующих правил не только при исполнении, но и при зачете, когда суммы требования недостаточно для прекращения всех встречных однородных обязательств (п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6) (подробнее см. комментарий к ст. 410 ГК РФ).

1.3. Указание должника как главный критерий атрибутирования исполнения

В отсутствие согласованной сторонами очередности п. 1 ст. 319.1 ГК РФ закрепляет право выбора обязательства, в счет исполнения которого будет засчитываться предоставление, за должником (см. п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 22, Определение СКГД ВС РФ от 17 марта 2020 г. № 53-КГ20-2).

Аналогичные правила содержатся и в международных актах (см. п. 1 ст. 6.1.12 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—2:110 Модельных правил европейского частного права). При этом, в отличие от последних, п. 1 ст. 319.1 ГК РФ допускает возможность должника осуществить такой выбор не только непосредственно в момент исполнения, но и без промедления (т.е. в минимально короткий с учетом всех обстоятельств срок) после исполнения.

Должник обязан довести свое волеизъявление о совершенном выборе до кредитора. Поскольку закон не выдвигает каких-либо требований в отношении его формы, оно может быть сделано как устно, так и письменно. Самая типичная форма доведения до кредитора этого волеизъявления применительно к денежным обязательствам — указание соответствующего назначения платежа в платежном поручении при безналичном переводе. Судебная практика признает значение волеизъявления на атрибутирование не только за прямым указанием должником обязательства, в счет погашения которого должно быть зачислено исполнение, но и иным путем, например, посредством ссылки должника на счет, который кредитор предъявляет должнику к оплате (см. Определение СКГД ВС РФ от 17 марта 2020 г. № 53-КГ20-2).

1.4. Допустимость атрибутирования исполнения кредитором

В случае, когда должник не воспользовался своим правом зачислить предоставление в счет исполнения определенного обязательства, международные акты унификации (п. 2 ст. 6.1.12 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА, п. 2 ст. III.—2:110 Модельных правил европейского частного права) предусматривают возможность возникновения права выбора у кредитора. Однако отечественное законодательство (и ст. 522, и ст. 319.1 ГК РФ), к сожалению, не содержит подобного указания. При отсутствии соответствующего волеизъявления должника отнесение исполнения к тому или иному обязательству определяется объективно очередностью, установленной п. 2 и 3 ст. 319.1 ГК РФ.

Впрочем, реализация в российском праве идеи предоставления права атрибуции кредитору *de lege lata* не исключена и была бы желательна. В этом случае применение указанного в ст. 319.1 ГК РФ объективного механизма распределения полученного происходило бы, только если ни должник, ни кредитор в разумный срок после получения платежа не выразили свою волю на распределение. Данное крайне разумное правило о возникновении права выбора отнесения платежей у кредитора вполне может выводиться судами из общих начал гражданского права и принципа добросовестности. Если должник не указал назначение платежа и при этом кредитор в разумный срок сообщил должнику свой выбор в отношении атрибуции произведенного платежа, было бы крайне странно игнорировать этот выбор и определять назначение платежа в соответствии с крайне неопределенными и далеко не всегда отвечающими интересам кредитора, но направленными вроде бы на защиту его интересов правилами п. 2 комментируемой статьи.

В любом случае стороны могут закрепить такое правило в договоре и не дожидаться того, когда судебная практика реализует эту идею.

1.5. Диспозитивность

Правила ст. 319.1 ГК РФ носят диспозитивный характер. Это вытекает из существа регулируемого вопроса, прямо отражено в [проекте Концепции](#) реформирования общей части обязательственного права (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.)) (п. 3.5 разд. II) и подтверждается предписаниями п. 2 и 3 рассматриваемой статьи. Вывод о диспозитивности установленных законом правил об отнесении исполнения не вызывал сомнений в правоприменительной практике и ранее (см., например, п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147).

Соответственно, очередность зачисления исполнения в счет однородных требований может быть определена соглашением сторон, которое обладает приоритетом перед правилами ст. 319.1 ГК РФ и исключает их применение. Подобное соглашение может являться составной частью договора (договоров), порождающего соответствующее обязательство, или заключаться сторонами позднее.

При этом важно, что стороны могут отступить в своем соглашении не только от правил п. 2 и 3 данной статьи, определяющих объективные правила атрибуции платежей (на что прямо указано в данных пунктах), но и от правила п. 1 комментируемой статьи о праве должника произвольно атрибутировать платеж. В договоре может быть указано: несмотря на то, что укажет сам должник в назначении платежа, такой платеж засчитывается в счет долга, возникшего, скажем, из более ранней поставки. Равным образом соглашением сторон может быть предусмотрено возникновение права на атрибуцию у кредитора, например, при пассивности должника.

2. Резервные правила атрибутирования исполнения: учет существа самих обязательств

В соответствии с п. 2 ст. 319.1 ГК РФ, если должник не указал, в счет какого из однородных обязательств осуществлено исполнение, исполнение засчитывается в пользу обязательства, по которому кредитор не имеет обеспечения, преимущественно перед обязательством, имеющим обеспечение. Комментируемая норма направлена на максимальную защиту интересов кредитора через предположение, каков обычно будет в такой ситуации этот интерес. Это правило имеет ограниченную сферу применения, работая лишь тогда, когда среди обязательств должника имеются обязательства как обеспеченные, так и не обеспеченные.

Важно также отметить, что положения п. 2 ст. 319.1 ГК РФ о приоритете необеспеченного обязательства при атрибуции подлежат применению в тех случаях, когда по всем однородным обязательствам срок исполнения наступил, либо когда по всем однородным обязательствам срок исполнения не наступил (см. п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Если по одному из обязательств уже наступил срок исполнения, а по другому – нет, приоритет имеет первое требование, пусть даже оно обеспечено (подробнее о правиле приоритета созревшего обязательства при атрибуции см. комментарий к п. 3 настоящей статьи).

2.1. Может ли учитываться степень обеспеченности?

Соответствующие правила, впервые закрепленные в российском законодательстве, сформулированы под явным влиянием регулирования, содержащегося в п. 3 ст. 6.1.12 Принципов УНИДРУА и п. 4 ст. III.–2:110 Модельных правил европейского частного права. При этом в указанных международных актах предложены более «тонкие» настройки: приоритетом в определении очередности зачисления обладают «обязательства, по которым кредитор имеет наименьшее обеспечение». Тем самым указанные международные источники учитывают принципиально разную степень уверенности и гарантии, предоставляемые кредитору различными способами обеспечения. Например, при таком подходе преимуществом в зачислении исполнения пользуются не только необеспеченные требования перед обеспеченными, но и внутри обеспеченных – имеющие личное обеспечение (например, поручительство) перед требованиями, имеющими реальное обеспечение (например, залог). Кроме того, некоторая абстрактность формулировки «имеет наименьшее обеспечение» позволяет распространить данный критерий за пределы института обеспечения обязательств как такового и признать, например, преимущество в зачислении исполнения в счет единоличного долга перед долгом солидарных должников, долга, по которому ранее истекает исковая давность, и т.д.

К сожалению, п. 2 ст. 319.1 ГК РФ все эти различия игнорирует. В связи с этим попытку уточнения правил п. 2 ст. 319.1 ГК РФ вполне можно было ожидать от судебной практики. В Постановлении Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд разрешил ряд вопросов толкования комментируемой статьи, сделав шаги в направлении более «тонкой» настройки. Однако, к сожалению, предлагаемые ВС РФ решения не снимают всех возникающих вопросов.

2.2. Неустойка – не обеспечение

В п. 40 этого Постановления указано, что не считается обеспеченным по смыслу п. 2 ст. 319.1 ГК РФ обязательство, за ненадлежащее

исполнение которого предусмотрена только лишь неустойка. Соответственно, то обстоятельство, что по одному обязательству начислялась неустойка, а по другому – нет, при атрибуции платежа иметь значения не будет. Это разъяснение представляется логичным.

2.3. Учет истечения исковой давности

Правило, отраженное в комментируемом пункте, учитывает наличие или отсутствие обеспечений и пытается угадать наиболее вероятный интерес самого кредитора, а именно то, какую атрибуцию платежей он сам выбрал бы, если бы ему приходилось решать данный вопрос. Но есть один аспект, в котором обязательно необходимо учитывать интерес должника. Если у должника перед кредитором имеется два долга, один из которых не подлежит судебной защите в принципе (носит натуральный характер в связи с тем, что вытекает из игры или пари, или в связи с тем, что ранее по требованию кредитора было отказано в иске по причине отказа от иска или истечения давности), крайне маловероятно, что, уплачивая некую сумму, должник мог иметь в виду погашение такого натурального долга. Поэтому следует исходить из того, что такой платеж погашает долг, подлежащий судебной защите. Более того, если в российском праве будет реализована в качестве дефолтного решения модель возникновения у кредитора права атрибуции платежей при молчании должника, либо такая модель будет оговорена в договоре между сторонами, попытка кредитора отнести полученный платеж при молчании должника в счет погашения требования, не подлежащего судебной защите, при наличии другого созревшего требования, такой защите подлежащего, должна, видимо, блокироваться с опорой на запрет злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ).

Это правило атрибуции должно применяться независимо от момента возникновения таких обязательств, наступления срока исполнения и степени их обеспеченности. Единственное, что может опровергнуть применение данного правила, – это прямо выраженная воля должника.

То же в принципе можно сказать и о ситуации, когда по одному из двух требований истекла исковая давность (пусть даже такое требование не стало полноценно натуральным и теоретически может быть принудительно реализовано в суде при невыдвижении должником возражения об истечении давности). В п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на этот счет разъяснено, что в случае, когда среди однородных требований имеются за давностью, «исполненное засчитывается в пользу требований, по которым срок исковой давности не истек». Данное правило активно используется правоприменительной практикой (см., например, п. 32 Постановления Пленума ВС РФ

от 27 июня 2017 г. № 22, Определение СКГД ВС РФ от 17 сентября 2019 г. № 4-КГ19-40), хотя имеются и обратные примеры. Впрочем, последние (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 4 мая 2021 г. № 16-КГ21-1-К4) свидетельствуют о том, что Суд, скорее, просто забыл о данном правиле атрибуции, а не пытался обосновать подход, прямо противоположный разъяснениям, содержащимся в п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54.

2.4. И еще раз о желательности введения правила о возникновении права выбора у кредитора

Основная проблема применения комментируемой нормы заключается в том, что указанное в п. 2 ст. 319.1 ГК РФ правило далеко не всегда способно предсказуемо и справедливо разрешить проблему отнесения платежей должника и очень часто может привести к выбору варианта, который абсолютно невыгоден кредитору. В итоге в контексте применения п. 2 комментируемой статьи в российском праве могут возникнуть несправедливые ситуации. Например, представим, что необходимо импутировать платеж, если по одному из долгов имеется залог, но срок давности почти истек, а другой долг не обеспечен, но до истечения давностного срока еще далеко. Логично ли относить платеж должника в счет нового необеспеченного долга, когда у кредитора имеется обеспеченное залогом требование к должнику, по которому вот-вот истечет давность?

В связи с этим, как уже отмечалось, серьезной ошибкой российского законодателя было то, что он проигнорировал закрепленную во всех вышеуказанных актах международной унификации частного права возможность минимизировать востребованность этих правил об отнесении платежей при отсутствии указания должника на сей счет, а именно возникновение права отнесения поступивших платежей у кредитора. Это решение позволило бы кредитору выбрать тот вариант, который мог бы отразить его интерес намного точнее, чем то, как пытается ухватить этот интерес норма п. 2 ст. 319.1 ГК РФ.

3. Резервные правила атрибутирования: наступление срока или момент возникновения обязательства

Очень часто применение правил п. 2 ст. 319.1 ГК РФ, основанных на сопоставлении обязательств по критерию обеспеченности, а также по критерию способности к судебной защите, не позволяет определить обязательство, в счет которого должно засчитываться исполнение.

Во-первых, часто все обязательства сторон являются обеспеченными, либо, напротив, необеспеченными, либо оба требования носят натуральный характер или просто задавнены.

Во-вторых, как указал ВС РФ в п. 40 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54, критерий обеспеченности подлежит применению в тех случаях, когда по всем однородным обязательствам срок исполнения наступил, либо когда по всем однородным обязательствам срок исполнения не наступил. Если два обязательства различаются в аспекте обеспеченности, но при этом по одному из двух требований уже наступил срок исполнения, а по другому такой срок еще не наступил, правила п. 2 ст. 319.1 ГК РФ о приоритете необеспеченного требования не могут применяться, уступая место правилу о приоритете обязательства, срок исполнения которого фактически наступил.

Соответственно, если два обязательства одинаковы по степени своей обеспеченности (например, оба требования обеспечены залогом или вовсе не обеспечены), либо по одному из них наступил срок исполнения, а по другому нет, определение очередности зачисления исполнения производится в соответствии с предписаниями п. 3 рассматриваемой статьи (см. п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Согласно указанным правилам и п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 при наличии нескольких обязательств с различными сроками исполнения осуществленное исполнение засчитывается в счет того обязательства, срок исполнения которого уже наступил раньше или наступит раньше в будущем (Определение СКГД ВС РФ от 25 февраля 2020 г. № 48-КГ19-21).

Например, если оба долга просрочены, приоритет имеет тот, по которому просрочка началась раньше; если один долг уже просрочен, а другой нет, платеж засчитывается в счет первого; если по обоим обязательствам еще не наступила просрочка, но начал течь срок на исполнение и этот срок истечет первым по одному из двух долгов, платеж засчитывается именно в счет этого долга.

3.1. Наступление срока исполнения как критерий атрибутирования

Определенные сложности могут возникать при использовании такого критерия атрибуции, как «наступление срока исполнения» применительно к ситуациям, когда такой срок определен периодом времени (см. п. 1 ст. 314 ГК РФ и комментарий к нему). Что в подобных случаях должно приниматься во внимание для целей применения ст. 319.1 ГК РФ – начало соответствующего периода или его окончание (начало просрочки)? Воспринимая текст закона буквально, мы должны были бы отдать предпочтение первому варианту – срок исполнения наступает с началом соответствующего периода.

Однако поскольку в основе соответствующего правила лежит идея защиты кредитора, более предпочтительным является второй вариант толкования. Риск кредитора в получении исполнения связан именно

с просрочкой и возрастает с увеличением периода такой просрочки, поэтому предполагаемым намерением кредитора будет зачисление исполнения в счет просроченного обязательства. Следовательно, при наличии двух обязательств, одно из которых должно быть исполнено в первом квартале 2022 г., а второе – с 1 января по 15 февраля 2022 г., исполненное должником, в отсутствие его указаний об атрибуции платежа, должно зачисляться в счет второго обязательства, поскольку срок исполнения по нему истечет раньше (соответственно, и просрочка за неисполнение по второму обязательству наступит раньше).

Подобное понимание «наступления срока исполнения» как «момента начала просрочки» не является чем-то экзотическим для отечественного правопорядка. Именно таким образом истолковывается соответствующая категория, например, для вопроса наличия созревания активного требования для зачета (ст. 410 ГК РФ) (см. п. 4.2 комментария к ст. 410 ГК РФ) или срока действия поручительства (п. 6 ст. 367 ГК РФ) (см. комментарий к данной норме в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Впрочем, полной ясности по данному вопросу в практике пока нет.

3.2. Момент возникновения как критерий атрибутирования

Указанные правила внешне напоминают регулирование, содержащееся в международных актах (п. 3 ст. 6.1.12 Принципов УНИДРУА и п. 4 ст. III.–2:110 Модельных правил европейского частного права), очевидно, выступавших их прообразом.

Однако в международных актах «срок исполнения» и «момент возникновения обязательства» являются отдельными критериями отнесения исполнения, которые применяются последовательно: критерий более раннего возникновения долга применяется, если не может быть применен критерий более раннего наступления срока платежа. В российском варианте ситуация менее очевидна. Согласно комментируемому пункту в случаях, когда обязательство не имеет срока исполнения, приоритетно погашается обязательство, которое возникло раньше. Как следует понимать данное правило с учетом того, что согласно п. 2 ст. 314 ГК РФ при отсутствии срока исполнения обязательство считается установленным до востребования, и должник должен исполнить обязательство в течение определенного льготного срока после востребования, и только после истечения данного срока впадет в просрочку?

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 367 ГК РФ – *Р.С. Бевзенко*).

ВС РФ в подробные разъяснения на счет ситуации, когда по одному из обязательств-конкурентов или по обоим таким обязательствам не был установлен срок, погружаться не стал. Но логично исходить из следующего.

Во-первых, если по двум обязательствам не установлен срок исполнения, но по обоим состоялось востребование, приоритет имеет то, льготный срок исполнения которого истек или истекает раньше. Здесь действует общее правило о приоритете требования, в отношении которого просрочка наступит ранее. Так как востребование состоялось, пробел в отношении срока восполнен по обоим обязательствам, и должникам отводится определенный льготный срок, а следовательно, к такой ситуации следует относиться так же, как и к случаю, когда по обоим обязательствам установлены сроки. То же и в случае, когда по одному из обязательств был установлен срок исполнения и он начал исчисляться, хотя и не истек, а по другому он не установлен, но состоялось востребование. Здесь работает общее правило о приоритете обязательства, по которому просрочка наступила или наступит раньше.

Во-вторых, если по одному из двух бессрочных обязательств состоялось востребование и начал течь льготный срок, либо он даже истек, а по другому — востребования еще не произошло, приоритет имеет первое обязательство. То же и в случае, если по одному обязательству установлен срок, который начал исчисляться (независимо от того, истек он или нет), а по другому — срок в принципе не установлен и востребования не произошло: платеж засчитывается в счет первого обязательства. В обеих ситуациях рассматриваемое правило объяснимо тем, что крайне маловероятно желание должника осуществить досрочное исполнение требования, по которому даже не начал течь срок на исполнение, при наличии обязательства, срок исполнения по которому уже исчисляется, и у должника есть основания для платежа. Также маловероятно, что на такую атрибуцию могла бы быть направлена воля кредитора. Иначе говоря, досрочное исполнение не презюмируется.

Когда же может применяться правило о приоритете обязательства, возникшего ранее?

Речь идет о случаях, когда по обоим обязательствам не оговорен срок и к моменту платежа не произошло востребования. В такой ситуации исполнение является досрочным, но если оно принимается, атрибуция исполнения осуществляется в пользу того обязательства, которое возникло раньше. Чем раньше возникло обязательство, тем больше рисков того, что кредитор может столкнуться со слож-

ностями при принудительном взыскании долга по причине утраты доказательств. И поэтому если должник не осуществляет атрибуцию сам, логично использовать критерий более раннего возникновения долга.

Этот случай, видимо, и имеется в виду в законе. В ситуации, когда срок изначально не был установлен, но востребование произошло, по сути, пробел в отношении срока уже восполнен, так как начинает применяться льготный срок (по общему правилу семь дней после востребования, если иной срок не следует из закона, иного правового акта, условий обязательства, обычаев или существа обязательства).

3.3. Совпадение моментов наступления срока исполнения

Что делать, если сроки исполнения по обоим обязательствам наступили или наступают в будущем одновременно? В международных актах унификации указывается, что в такой ситуации приоритет имеет то обязательство, существование которого наиболее обременительно для должника (например, предполагает более высокую неустойку), а если и этот критерий не применим, погашается то обязательство, которое возникло ранее.

Российский закон эти критерии в такой ситуации не применяет и предлагает переходить к пропорциональному распределению (самому последнему в иерархии методу определения атрибуции).

Соответственно, при наличии двух необеспеченных денежных обязательств в сумме 100 руб. каждое, имеющих разные моменты возникновения, но один и тот же срок исполнения, в случае совершения должником предоставления в размере 100 руб., при применении российского законодательства исполненное распределится пропорционально. Это значит, что платеж погасит оба требования частично в размере 50 руб. каждое. Использование предписаний международных актов в том же примере приведет к зачислению исполненного полностью в счет того обязательства, которое более обременительно для должника, а при одинаковой степени обременительности – того, которое возникло ранее.

3.4. Пропорциональное распределение

Если ни один из вышеуказанных критериев не позволяет распределить полученное, платеж согласно комментируемой норме импутируется в отношении всех конкурирующих платежей пропорционально (*pro rata*).

Аналогичное решение закреплено и в международных унификациях частного права (ст. 6.1.12 Принципов УНИДРУА и ст. III.–2:110 Модельных правил европейского частного права).

4. Итоговая реконструкция системы правил атрибуции

Следует обратить внимание на некоторые отличия в установлении общей последовательности критериев зачисления исполнения (при отсутствии указания на сей счет должника) в ст. 319.1 ГК РФ от той последовательности, которая отражена в ряде международных актов унификации частного права.

Принципы УНИДРУА (п. 3 ст. 6.1.12) и Модельные правила европейского частного права (п. 4 ст. III.—2:110) предлагают следующую очередность на случай, если должник не определил назначения исполнения: 1) обязательство, срок исполнения которого наступил или наступит первым; 2) обязательство, по которому кредитор имеет наименьшее обеспечение; 3) обязательство, которое является наиболее обременительным для должника; 4) обязательство, которое возникло первым. В крайнем случае, если эти правила атрибуции не срабатывают, в международных актах предлагается производить пропорциональную атрибуцию платежа.

В регулировании, предложенном в п. 2 и 3 ст. 319.1 ГК РФ, с учетом обсуждавшихся выше разъяснений ВС РФ последовательность критериев зачисления выглядит сейчас несколько хаотичной. Но попытаемся представить набор этих критериев, изложив их системно.

Если придерживаться наиболее разумного прочтения закона *de lege lata* и разъяснений ВС РФ, система резервных критериев атрибуции исполнения согласно российскому праву может быть представлена следующим образом.

Если договор не содержит иных правил атрибуции и должник не отнес исполнение к определенному обязательству (и из договора не следует возникновение у кредитора права на атрибуцию), то исполнение относится к обязательству, которое удовлетворяет одному из следующих критериев, учитываемых в указанной последовательности:

1) обязательство, подлежащее судебной защите, или обязательство, по которому не истек срок давности, погашается всегда прежде, чем натуральное или заданное обязательство, независимо от наступления срока их исполнения, момента возникновения таких обязательств и степени их обеспеченности;

2) если оба обязательства теоретически могут быть принудительно осуществлены и по ним не пропущена давность, обязательство, срок исполнения которого уже фактически наступил (просрочка началась), погашается приоритетно перед обязательством, срок исполнения которого еще не наступил, независимо от соотношения обеспеченности обязательств и момента их возникновения;

3) если по обоим обязательствам срок исполнения наступил или по обоим обязательствам он еще не наступил к моменту исполнения,

но при этом одно из них обеспечено, а другое – нет, приоритет имеет обязательство, не имеющее обеспечения;

4) если оба обязательства подлежат судебной защите, не задвинуты и при этом эквивалентны в аспекте обеспеченности, обязательство, срок исполнения которого уже наступил (началась просрочка) к моменту исполнения или наступит раньше, имеет приоритет при атрибуции перед обязательством, срок исполнения которого еще не наступил (не началась просрочка) или наступит позже; это правило распространяется и на те случаи, когда у обязательства не было изначально срока или срок был установлен до востребования, но данный пробел был восполнен путем востребования исполнения, запустившего расчет льготного срока;

5) если оба обязательства подлежат судебной защите, не задвинуты, эквивалентны в аспекте обеспеченности, и при этом по обоим не наступила просрочка, но по одному из них кредитором состоялось востребование исполнения по п. 2 ст. 314 ГК РФ и начал течь льготный срок или указанный в договоре, законе или ином правовом акте период, отведенный должнику на исполнение, а по другому установленный или льготный срок, применимый в ситуации бессрочности обязательства, еще не начал течь, платеж считается погашающим первое обязательство (так как не предполагается, что должник имел в виду осуществить досрочное исполнение);

6) если оба обязательства подлежат судебной защите, не задвинуты, эквивалентны в аспекте обеспеченности, и при этом по обоим обязательствам не только не наступила просрочка, но и не начал течь срок на осуществление исполнения (включая льготный срок по п. 2 ст. 314 ГК РФ), и платеж представляет собой досрочное исполнение, которое кредитор принимает (независимо от того, был ли он обязан к принятию досрочного исполнения или нет), погашенным должен считаться долг, возникший ранее;

7) если ни одно из вышеуказанных правил не может быть применено, уплаченное распределяется среди обоих конкурирующих долгов пропорционально.

Такая интерпретация придает предписаниям рассматриваемой статьи некоторую системность регулирования.

Дополнительная литература

Каранетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаш С.В., Сулейманов Р.У. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений ГК РФ

об обязательствах и их исполнении» // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 3. С. 87–183.

Сарбаи С.В. Исполнение обязательств. М., 2005. С. 443–461.

Сарбаи С.В. Элементарная догматика обязательств. 3-е изд. М., 2020. С. 113–118.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1052–1060.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 366.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 366.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1549–1553.

Статья 320. Исполнение альтернативного обязательства

1. Если должник по альтернативному обязательству (статья 308.1), имеющий право выбора, не сделал выбор в пределах установленного для этого срока, в том числе путем исполнения обязательства, кредитор по своему выбору вправе потребовать от должника совершения соответствующего действия или воздержаться от совершения действия.

2. Если право выбора по альтернативному обязательству (статья 308.1) предоставлено кредитору или третьему лицу и такой кредитор или третье лицо не сделали выбор в пределах установленного для этого срока, должник исполняет обязательство по своему выбору.

Комментарий

1. Просрочка должника в осуществлении права выбора

Понятие альтернативного обязательства раскрыто в ст. 308.1 ГК РФ.

Напомним, что по общему правилу право выбора в альтернативном обязательстве принадлежит должнику. Пункт 1 ст. 320 ГК РФ регламентирует последствия просрочки в осуществлении должником права выбора. Данное последствие наступает, если должник не осуществил принадлежащее ему право выбора в пределах установленного для этого срока, а если таковой не установлен, – в пределах срока исполнения обязательства (см. п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Это правило воспроизводит положение, ранее выведенное судебной практикой (см. п. 17 Информационного пись-

ма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69): при просрочке должника право выбора предмета исполнения возникает у кредитора и может быть им осуществлено. Такой выбор кредитора может происходить в любой форме, в том числе и посредством предъявления иска об исполнении в отношении одного из альтернативных предметов обязательства.

1.1. Наделение кредитора правом выбора

Важно отметить, что в силу п. 1 ст. 320 ГК РФ последствием просрочки осуществления выбора должником является не *переход* этого права к кредитору (в буквальном смысле этого слова – с лишением этого права должника), а именно *наделение* кредитора правом выбора. При просрочке должника возможность выбора предмета исполнения возникает у кредитора, но не исчезает у должника. Не осуществивший в положенный срок свое право выбора должник сохраняет за собой это секундарное право и вправе его осуществить (даже если он ранее впал в просрочку по самому обязательству), но до того, как правом выбора воспользуется кредитор. Получается, что после того, как должник не осуществил право выбора в положенный срок, этот выбор может осуществить как должник, так и кредитор.

Такое решение выглядит достаточно гибким и удачным. Оно позволяет, с одной стороны, защитить интерес кредитора, предоставив ему возможность в случае пропуска должником срока на реализацию права выбора кристаллизовать предмет обязательства и в конечном итоге предмет иска, с которым он будет обращаться в суд, ведь иначе кредитору приходилось бы предъявлять альтернативный иск, а суду выносить альтернативное судебное решение, что крайне неудобно, а согласно одной из точек зрения, негативно относящейся к возможности заявления альтернативного иска, – и невозможно. С другой же стороны, просрочка в реализации права выбора должником не лишает и последнего права выбора до тех пор, пока этот выбор не осуществит кредитор. Кто из них первым осуществит свое секундарное (преобразовательное) право выбора, тот и конкретизирует предмет обязательства.

1.2. Международный опыт

Предписания п. 1 ст. 320 ГК РФ в целом соответствуют зарубежному опыту и международным актам унификации (см. п. 2 ст. III.–2:105 Модельных правил европейского частного права). Однако очевидное различие заключается в том, что международные унификации дифференцируют порядок наделения кредитора правом выбора в зависимости от характера просрочки должника. Если таковая имеет характер существенного нарушения – кредитор наделяется правом выбора незамедлительно. При несущественном же характере просрочки основанием

наделения соответствующим правом кредитора является предварительное предоставление должнику дополнительного разумного срока для осуществления выбора.

В п. 1 ст. 320 ГК РФ подобное дифференцированное регулирование отсутствует, однако оно вполне может быть установлено соглашением сторон.

1.3. Диспозитивность регулирования

Несмотря на отсутствие в п. 1 ст. 320 ГК РФ прямого указания на право сторон согласовать иное, данные правила следует рассматривать в качестве диспозитивных исходя из критериев телеологического толкования, закрепленных в п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16.

Соответственно, стороны на случай просрочки вправе предусмотреть, например, следующее: «автоматическое» осуществление выбора в пользу определенной альтернативы при наступлении определенных условий; «льготный период», в течение которого, несмотря на просрочку должника, кредитору право выбора не предоставляется; необходимость предъявления кредитором должнику требования осуществить выбор в дополнительный разумный срок, прежде чем право выбора возникнет у самого кредитора, и т.п. Определенные вопросы вызывает допустимость соглашения, исключающего вовсе возникновение у кредитора права выбора при просрочке должника и, соответственно, фактически лишаящего кредитора возможности обращения в суд за принудительным исполнением обязательства должника (если придерживаться небесспорной идеи о недопустимости альтернативных исков). Само блокирование права на подобное принудительное исполнение обязательства в натуре соглашением сторон принципиально допускается современным отечественным законодательством (см., например, п. 1 ст. 308.3 ГК РФ и комментариев к нему). Поэтому вряд ли есть основания для запрета подобного соглашения в рассматриваемом случае. Кредитор, не имея права выбора и, соответственно, права на понуждение должника к исполнению обязательства, не остается без защиты. Поскольку должник находится в просрочке, у кредитора есть право на взыскание мораторных убытков (убытков в связи с просрочкой), а также отказ от договора и взыскание убытков, вызванных вынужденным расторжением договора (п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 405, п. 5 ст. 453, ст. 393.1 ГК РФ). Однако возникает крайне интересный вопрос о способах исчисления убытков, вызванных вынужденным расторжением договора, и соответствующей адаптации для рассматриваемой ситуации предписаний ст. 393.1 ГК РФ. Ведь буквально получается, что поскольку выбор в альтернативном обязательстве не был осуществлен

(должник не реализовал право выбора, а у кредитора в силу договоренности такое право и не возникло), кредитор не может воспользоваться для исчисления убытков актуальной стоимостью ни одного из альтернативных предметов. Однако подобный юридический пуризм представляется неприемлемым. Для защиты интересов кредитора кажется необходимым в данном сюжете допустить фингирование «права выбора предмета» кредитором для целей исчисления убытков, взыскиваемых взамен реального исполнения. Тем самым, отказавшись от договора ввиду просрочки должника в выборе, кредитор получит возможность доказывать размер причиненных ему убытков, используя текущую цену любого из предметов альтернативного обязательства по своему усмотрению.

2. Просрочка кредитора в осуществлении права выбора

В случае, когда правом выбора по альтернативному обязательству в силу закона или условий сделки и в отступление от общего правила изначально наделен кредитор, последствием его просрочки в осуществлении права также является наделение соответствующим правом противоположной стороны (т.е. должника). Как мы видим, закон реализует симметричное решение этой проблемы.

Так как регулирование соответствующих вопросов в п. 2 ст. 320 ГК РФ идентично предписаниям п. 1, сказанное выше в комментарии к п. 1 настоящей статьи *mutatis mutandis* должно было бы применяться и здесь. Но, как мы увидим далее, судебная практика начинает обнаруживать некоторые исключения.

2.1. Механизм наделения должника правом выбора в случае неосуществления права выбора кредитором

В абзаце втором п. 44 и п. 45 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленум ВС РФ закрепляет дифференцированное регулирование вопроса просрочки в осуществлении права выбора должником, с одной стороны, и кредитором — с другой.

Различия начинают проявляться уже в вопросах срока. Если таковой специально не установлен, то, по мнению ВС РФ, должник может осуществить выбор в пределах «срока, установленного для исполнения обязательства», а управомоченный на выбор кредитор — «в пределах разумного срока».

Другое отличие состоит в том, что согласно п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 наделение правом выбора должника при неосуществлении права выбора, исходно предоставленного кредитору, происходит не сразу, а только после того, как должник запросит у кредитора указания насчет предмета исполнения

(т.е., по сути, потребует все-таки этот выбор осуществить), а тот в ответ промолчит.

Подобная система регулирования известна некоторым зарубежным правовым порядкам (в частности, она закреплена в абз. 2 § 264 ГГУ), предписания которых, видимо, и послужили прообразом для данных разъяснений ВС РФ.

Однако в отечественном позитивном праве обнаружить необходимость такой «претензионной» процедуры не просто. В обоснование своего подхода ВС РФ ссылается на правила, установленные п. 2 ст. 314 ГК РФ для обязательств до востребования. В ситуации, когда правом выбора в альтернативном обязательстве исходно наделяется кредитор, должник не может исполнить обязательство до тех пор, пока кредитор не осуществит выбор. Подобная ситуация действительно оказывается схожа с возникающей в обязательствах с исполнением до востребования. Однако п. 2 ст. 314 ГК РФ, регулирующий последние, предусматривает вовсе не необходимость запроса должником инструкций кредитора относительно исполнения (на чем настаивает ВС РФ), а право должника потребовать принятия исполнения, т.е. право приступить к исполнению обязательства. Аналогом подобного регулирования в рассматриваемом сюжете с альтернативным обязательством являлось бы непосредственное наделение должника возможностью осуществить выбор. Возможно, в каких-то отдельных случаях предварительное обращение должника за инструкциями относительно кристаллизации предмета исполнения, предоставление просрочившему кредитору «второго шанса» осуществить выбор может быть оправдано с позиций принципов добросовестности и сотрудничества (п. 3 ст. 307 ГК РФ). Однако оснований к универсальному утверждению о необходимости в рассматриваемой ситуации предварительного запроса должником указаний кредитора относительно предмета исполнения в действующем отечественном законодательстве не установлено и из его предписаний буквально не следует. Если бы такое решение было воспринято российской судебной практикой в сценарии пропуска должником срока на осуществление изначально предоставленного ему права выбора, можно было бы говорить о симметричном решении. Но ВС РФ применительно к сценарию, когда право выбора изначально принадлежит должнику, правило о предоставлении должнику дополнительного разумного срока в качестве условия для возникновения права выбора у кредитора не установил. В чем логика реализации иного решения в сценарии, когда пропускает срок на осуществление права выбора кредитор, не вполне понятно. Так что здесь налицо творческое развитие Судом положений позитивного права.

2.2. Последствия отсутствия выбора со стороны кредитора после запроса должника

В п. 45 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленум ВС РФ указывает, что в случае неосуществления выбора кредитором должник вправе потребовать от кредитора указаний на предмет исполнения обязательства, а в случае их непоступления — исполнить обязательство по своему выбору. При этом должник, не получивший указаний от кредитора в отношении предмета исполнения обязательства, не считается просрочившим, в том числе в случае, если он не обратился к кредитору.

Хотя это не следует из текста Постановления прямо и безусловно, это разъяснение следует распространять только на ситуацию, когда право выбора изначально принадлежит кредитору. В противном случае, если понимать п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 как охватывающий и случай последующего наделения кредитора правом выбора ввиду просрочки в реализации этого права исходно управомоченным должником, мы получаем крайне сомнительное и бессмысленное регулирование. Не осуществив принадлежащий ему исходно выбор в пределах срока исполнения, должник допускает просрочку исполнения обязательства. При этом правом выбора наделяется кредитор, и если последним оно не будет реализовано, применяя данные разъяснения ВС РФ к такой ситуации, должник уже не будет считаться в просрочке, что, конечно же, нелепо. В результате оказывается, что должник одновременно находится в двух противоположных и взаимоисключающих статусах: в просрочке (по причине пропуска срока исполнения) и не в просрочке (ввиду нереализации кредитором возникшего у него на фоне такой просрочки права выбора). Ввиду своей абсурдности соответствующая интерпретация п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 должна быть отвергнута, а сфера применения данных разъяснений должна быть редуцирована только до ситуации, когда право выбора исходно принадлежит кредитору и им своевременно не осуществляется.

ВС РФ в п. 45 Постановления Пленума от 22 ноября 2016 г. № 54 говорит о том, что неосуществление кредитором принадлежащего ему изначально права выбора является просрочкой кредитора по смыслу ст. 406 ГК РФ. Соответственно, в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ должник не несет ответственности за просрочку в период, пока кредитор задерживает осуществление права на выбор.

В то же время следует иметь в виду, что согласно комментируемому пункту настоящей статьи право выбора при его нереализации кредитором в такой ситуации возникает и у должника, если тот за-

просил кредитора осуществить свое право выбора, а кредитор даже после такого напоминания выбор не осуществил. Соответственно, начавшаяся в момент истечения срока на выбор просрочка кредитора прекращается в момент, когда право на выбор из-за бездействия кредитора и после такого запроса возникает у должника. Как только должник в результате соблюдения данной процедуры получает право на выбор, ничто не мешает ему самому осуществить выбор и разрешить ситуацию. Соответственно, логично предположить, что в такой ситуации уклонение должника от выбора в альтернативном обязательстве и от осуществления предоставления уже будет караться как просрочка должника.

Но в том же разъяснении ВС РФ указывается на то, что просрочка кредитора может иметь место и тогда, когда должник не направляет запрос кредитору в отношении выбора в альтернативном обязательстве. Следовательно, должник в такой ситуации, по мысли ВС РФ, не направляя такой запрос и не получая право на выбор по прошествии разумного срока на ответ кредитора, вправе спокойно ничего не делать, не рискуя быть обвиненным в просрочке.

2.3. Просрочка третьего лица в осуществлении права выбора

Определенным своеобразием обладает решение вопроса о просрочке в осуществлении права выбора, предоставленного третьему лицу. В подобном случае правом выбора наделяется должник (п. 2 ст. 320 ГК РФ). Выбор законодателем соответствующего решения вполне логичен и предопределен общим правилом п. 1 ст. 308.1 ГК РФ, согласно которому право выбора по общему правилу принадлежит именно должнику.

В п. 45 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54 Пленума ВС РФ предлагается унифицированное решение вопросов просрочки осуществления права выбора кредитором и третьим лицом, поэтому сказанное выше в п. 2.1 и 2.2 настоящего комментария относительно срока и последствий своевременного неосуществления права выбора кредитором релевантно и для случая просрочки в осуществлении права выбора, исходяно предоставленного третьему лицу.

Если должник, наделенный вследствие просрочки третьего лица правом выбора, в свою очередь в разумный срок такой выбор не осуществляет, правом выбора наделяется также и кредитор (п. 1 ст. 320 ГК РФ).

Дополнительная литература

См. список источников к комментарию к ст. 308.1 ГК РФ.

Статья 320.1. Исполнение факультативного обязательства

1. Если должник по факультативному обязательству (статья 308.2) к установленному сроку не приступил к основному исполнению, кредитор вправе потребовать основного исполнения обязательства.

2. К обязательству, предусматривающему совершение должником одного из двух или нескольких действий, применяются правила об исполнении альтернативного обязательства (статья 320), если оно не может быть признано факультативным обязательством.

Комментарий

1. Последствия нереализации должником права на замену

Ключевой характеристикой факультативного обязательства является право на замену основного предоставления суррогатом. Такая замена происходит не в форме волеизъявления должника о готовности осуществить факультативное предоставление, а посредством фактического осуществления факультативного предоставления.

Данное право на замену принадлежит всегда и исключительно должнику (см. ст. 308.2 ГК РФ и комментарий к ней). Не меняет решения и допущенная должником просрочка исполнения. В случае таковой право требовать факультативного предоставления у кредитора не возникает (см. п. 48 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Последний имеет право требования лишь в отношении основного предмета обязательства (п. 1 ст. 320.1 ГК РФ). Кредитор может в принудительном порядке требовать осуществления лишь основного предоставления, которое входит в предмет обязательства должника.

Вместе с тем нельзя не заметить, что применительно к отступному (подробнее см. ст. 409 ГК РФ и комментарий к ней), которое рассматривается в п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 в качестве частного случая факультативного обязательства, ВС РФ совершенно неожиданно отходит от указанной выше общей установки, когда речь заходит об отчуждении в качестве отступного недвижимости. Согласно п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, если по соглашению сторон в качестве отступного передано недвижимое имущество, однако должник уклоняется от регистрации перехода права собственности на этот объект, вступивший во владение кредитор вправе потребовать принудительного осуществления такой регистрации в судебном порядке. Тем самым ВС РФ для данной ситуации, по сути, допускает понуждение должника к осуществлению

факультативного предоставления, несколько искажая существо факультативного обязательства. Очевидно, что предоставление должника состоит не только в передаче владения, но и в регистрации перехода права собственности. Но Суд посчитал необходимым сделать исключение и признать, что, несмотря на то что предоставление в полном объеме не осуществлено (владение передано, а заявление о регистрации перехода права собственности не подано), реализацию права на замену можно считать завершенной. Тем самым Суд отступил от ранее устоявшейся по данному вопросу судебной практики (см. комментарий к ст. 409 ГК РФ).

1.1. Реализация права на замену в рамках судебного разбирательства и исполнительного производства

Судебный акт о принуждении к осуществлению основного предоставления лишь подтверждает наличие обязательства и правомерность соответствующего требования, присуждая к его принудительному исполнению, но не влияет на характер и существо такого обязательства. Принадлежащее должнику право на замену не прекращается с подачей кредитором иска об исполнении основного обязательства. Должник может реализовать свое право, предоставив кредитору факультативное предоставление, и в рамках судебного разбирательства о принуждении должника к исполнению.

Если такое предоставление осуществляется в ходе судебного разбирательства, суд должен отказать истцу в иске, так как долг должника прекращен.

Если такое факультативное предоставление осуществляется в ходе исполнительного производства, ситуация оказывается более сложной, так как российское законодательство не предусматривает такого основания прекращения исполнительного производства, как предоставление истцу факультативного предоставления. На наш взгляд, к таким ситуациям можно применять по аналогии правила об исполнении решения как основании прекращения исполнительного производства. При реализации обратного подхода следовало бы исходить из того, что до момента появления в законодательстве каких-либо процессуальных норм на сей счет с момента вынесения судебного решения право должника прекратить обязательство путем осуществления факультативного предоставления должно считаться прекращенным.

2. Презумпция альтернативности

Несмотря на существенные различия (см. ст. 308 и 308.1 ГК РФ соответственно), альтернативные и факультативные обязательства близки. Это делает актуальным вопрос квалификации обязательства, который

в каждом отдельном случае должен решаться путем толкования воли сторон (ст. 431 ГК РФ).

Для упрощения разбирательства по соответствующему вопросу п. 2 ст. 320.1 ГК РФ вводит интерпретационную презумпцию альтернативного характера обязательства при неясности содержания волеизъявления и истинной воли сторон. Таким образом, если применение стандартных правил толкования договора (ст. 431 ГК РФ) не позволяет определить, что стороны имели в виду установить факультативный характер обязательства, предусматривающего совершение должником одного из двух или нескольких действий, последнее должно рассматриваться как альтернативное и к нему должны применяться правила ст. 308.1 и 320 ГК РФ.

2.1. Изменение презумпции в случае соглашения об отступном

Общая презумпция, установленная п. 2 ст. 320.1 ГК РФ, не действует применительно к соглашению, которое сами стороны квалифицировали как соглашение о предоставлении отступного. Так, согласно п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 воля сторон на выбор факультативного или альтернативного обязательства в данном случае устанавливается путем толкования условий соответствующего соглашения, но при наличии сомнений толкование осуществляется в пользу выбора сторонами факультативного обязательства.

Такое изменение презумпции объясняется, видимо, тем, что именно факультативный характер обязательства, возникающего вследствие заключения соглашения об отступном, рассматривается ВС РФ в качестве общего правила для конструкции отступного (п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Соответственно, если речь идет о соглашении сторон, которое квалифицировано как соглашение об отступном, следует согласиться с ВС РФ и презюмировать именно факультативный характер возникающих из него обязательств.

Однако такая предварительная классификация возможна далеко не всегда, и в ситуации, когда мы не можем признать заключенное сторонами соглашение в качестве соглашения об отступном, нет никаких оснований отходить от общего правила п. 2 ст. 320.1 ГК РФ и установленной им презумпции альтернативности.

При этом необходимо признать, что в настоящее время отечественная догматика не выработала критериев, позволяющих четко отграничить соглашение об отступном от иных случаев договорного установления факультативных обязательств (см. комментарий к ст. 308.2 ГК РФ), а в судебной практике практически не встречаются сюжеты использования конструкции факультативного обязательства за пределами феномена предоставления отступного. В связи с этим следование ука-

занной выше логике рассуждений оказывается крайне затруднительным, а провозглашенная п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 презумпция факультативности оказывается носящей характер *contra legem* по отношению к предписаниям п. 2 ст. 320.1 ГК РФ и, по сути, исключает применение последних.

Дополнительная литература

См. список источников к комментарию к ст. 308.2 ГК РФ.

Статья 321. Исполнение обязательства, в котором участвуют несколько кредиторов или несколько должников

Если в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников, то каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими постольку, поскольку из закона, иных правовых актов или условий обязательства не вытекает иное.

Комментарий

1. «Множественность лиц»: долевая, солидарная и совместная множественность

Статья 321 ГК РФ устанавливает общие правила определения правового режима обязательств с множественностью лиц на стороне кредитора и (или) должника.

В праве выделяется несколько вариантов множественности лиц в обязательственных правоотношениях.

При *активной* долевой множественности (множественности кредиторов) каждый кредитор имеет право требования от должника осуществления предоставлений в размере, соответствующем его доле. Право каждого кредитора существует самостоятельно, обособленно и независимо от прав других кредиторов, а также самостоятельно осуществляется. При *пассивной* долевой множественности (множественности должников) на каждом из должников лежит отдельный, самостоятельный и обособленный долг в размере приходящейся на него доли.

При *смешанной* (активно-пассивной) долевой множественности одновременно существуют оба указанных выше варианта. Например, если заемный долг был обеспечен двумя поручительствами, при этом

каждый из поручителей обеспечивал долг в соответствующей части, налицо пассивная долевая множественность лиц в обеспечении, но если займодавец умирает — и его право требования, а значит, в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ и требование к поручителям переходит нескольким наследникам, — образуется еще и активная долевая множественность в обеспечительных требованиях.

Последующие статьи ГК РФ (ст. 322–326) посвящены другому виду множественности, который на практике оказывается более актуальным, — *солидарной* активной или пассивной множественности лиц. При пассивной солидарной множественности несколько должников должны осуществить предоставление в адрес кредитора, кредитор может требовать осуществления предоставления от любого из них, и при этом добровольное или принудительное осуществление одним из солидарных должников приводит к погашению требования кредитора к другим солидарным должникам (единство погашающего эффекта). Одной из разновидностей пассивной солидарной множественности является *пассивная субсидиарная* множественность, отличие которой от солидарной множественности лиц состоит лишь в том, что потребовать исполнения от субсидиарного должника кредитор может только при неисполнении обязательства неким основным должником: при наступлении такого условия два содолжника начинают отвечать солидарно (подробнее см. комментарий к ст. 399 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). При активной солидарной множественности несколько кредиторов могут требовать от одного, общего для них должника осуществления предоставления, и при этом осуществление предоставления в адрес одного из них приводит к прекращению требования другого солидарного кредитора (подробнее об этих вариантах солидарной множественности см. комментарии к ст. 322–326 ГК РФ).

Возможны комбинации солидарной и долевой множественности. Например, если два сопричинителя вреда солидарно отвечают за ущерб, причиненный потерпевшему, но далее потерпевший умирает и его солидарные требования к сопричинителям переходят по наследству к двум наследникам в соответствующих долях, получается, что на активной стороне наблюдается долевая множественность, а на пассивной — солидарная.

Наконец, существует и еще один вид множественности — *совместная множественность*, которая в принципе в ГК РФ не регулируется

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 399 ГК РФ — В.В. Байбак).

в общем виде, но, судя по всему, должна также выделяться. Такая множественность характеризуется тем, что все должники обязаны произвести исполнение вместе, и кредитор вправе требовать исполнения только от всех вместе (при пассивной множественности), либо все кредиторы имеют право требования только сообща (при активной множественности). Совместная множественность не поименована специально и не получает развернутой регламентации в рамках гл. 22 ГК РФ, однако признается отечественным правопорядком. Она прежде всего возможна в тех случаях, когда предмет обязательства неделим и при этом немислимо исполнение обязательства любым из нескольких содолжников (при пассивной множественности) или в пользу лишь одного из нескольких сокредиторов (при активной множественности). Так, например, п. 5 ст. 185 ГК РФ упоминает о совместном представительстве, при котором представители осуществляют предоставленные им полномочия сообща. В рамках внутренних отношений такого добровольного представительства (отношений, возникающих в рамках заключенного между совместными представителями и представляемым договора поручения, агентского договора и т.п.) мы с очевидностью будем иметь пассивную совместную множественность. Равным образом в качестве совместного будет характеризоваться обязательство нескольких авторов создать по договору авторского заказа единое произведение, образующее неразрывное целое, и передать заказчику права на него (п. 3 ст. 1229 ГК РФ). Активная совместная множественность будет, например, иметь место в ситуации, когда пара фигуристов, выступающих на соревнованиях по парному фигурному катанию, нанимает тренера. В такой ситуации обязательство тренера по оказанию услуг предполагает, что тренировать он должен именно обоих заказчиков, и исполнить свое обязательство в адрес лишь одного из заказчиков, тренируя лишь одного из них, при отсутствии соглашения между заказчиками на сей счет, тренер не может, что как раз и отличает активную совместную множественность от ситуации с активной солидарной множественностью лиц, в рамках которой должник может по своему усмотрению исполнить обязательство в адрес любого из солидарных кредиторов (п. 1 ст. 326 ГК РФ).

Впрочем, следует иметь в виду, что в случае нарушения или расторжения договора и возникновения денежных обязательств по возмещению убытков, уплате неустойки или охранительных процентов, по возврату уплаченной цены и т.п. это обязательство будет носить делимый характер и логично его воспринимать в качестве солидарного. Например, если в нашем примере заказчики-фигуристы откажутся от договора на основании ст. 782 ГК РФ, возникающее их

обязательство по возмещению фактически понесенных расходов или по внесению согласованной платы за отказ от договора будет возникать пассивная солидарная или долевая множественность лиц, а если договор нарушает тренер, будет возникать активная солидарная или долевая множественность в отношении обязательства тренера возместить убытки заказчиком.

2. Презумпция долевого характера множественности

Комментируемая норма может быть истолкована так, что при наличии оснований для констатации множественности лиц презюмируется долевой характер множественности; иное может выводиться из закона, иных правовых актов или условий обязательства. Солидарность же, как это указано в п. 1 ст. 322 ГК РФ, возникает только в случаях, указанных в законе или договоре. В частности, в силу п. 2 ст. 322 ГК РФ в контексте обязательств, связанных с коммерческой деятельностью, презюмируется солидарность, если иное не следует из закона, иного правового акта, условий договора и (хотя это прямо и не указано) существа обязательства.

Как мы видим, комментируемая норма устанавливает относительно ясную презумпцию долевого характера множественности только для случаев, когда речь идет об обязательстве, возникшем вне связи с коммерческой деятельностью, в котором на одной из сторон участвует несколько лиц: в этом случае презюмируется долевой характер множественности, если иное не вытекает из условий сделки, закона, иных правовых актов или существа обязательства.

Презумпция долевого характера множественности для обязательств, не связанных с коммерческой деятельностью, расходится с современными международными тенденциями регулирования. Новейшие акты унификации в вопросе установления общего правила придерживаются дифференцированного подхода. Так, для случаев пассивной множественности используется презумпция солидарного характера обязательства (см. ст. 11.1.2 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.—4:103 Модельных правил европейского частного права). Применительно же к множественности активной п. 2 ст. III.—4:203 Модельных правил европейского частного права закрепляет в качестве общего правила долевой характер множественности, в то время как Принципы УНИДРУА отказались от установления для подобной ситуации какой-либо презумпции. По большому счету судебная практика во всех правовых порядках подбирает для разных ситуаций наиболее подходящий тип множественности лиц, не сильно оглядываясь на ту или иную презумпцию.

В этой области требуется учет специфики конкретных правоотношений. Поэтому в комментируемой норме и ст. 322 ГК РФ установлены мягкие презумпции, которые могут опровергнуть не только нормы права или условия сделки, но и существо обязательства. Так, даже в контексте множественности лиц на одной из сторон некоммерческого договора суды могут отступить от установленной в комментируемой норме презумпции долевого характера множественности и вывести солидарность или даже совместный характер множественности из существования обязательства и иных обстоятельств. И действительно, часто в пользу солидарной или совместной множественности говорит само существо обязательства и политико-правовые соображения. Анализ судебной практики показывает, что российские суды часто выводят солидарный характер множественности из существования отношений.

3. Сущность долевого множественности

Долевая множественность характеризуется множественностью правовых связей кредиторов и должников. Эти связи носят автономный и самостоятельный характер. В частности, обособленным является объем требований, которые причитаются каждому сокредитору с каждого содолжника. В рамках долевого множественности не используется механизм регрессного (обратного) требования, поскольку долевым должник погашает только свой долг, а долевым кредитор получает причитающееся только ему.

Каждое из требований в рамках долевого множественности может обладать собственной спецификой. Например, одно из требований может быть условным, другое — срочным, при этом вполне возможно установление разных условий (сроков) в отношении разных долевого требований. Применительно к каждому из требований могут быть согласованы собственные способы обеспечения, не распространяющиеся на другие требования. Каждый из долевого должников обладает собственными возражениями, реализация которых не влияет на других содолжников. Так, недействительность требований кредитора к одному из должников (например, по причине недееспособности или порока воли последнего) не затрагивает требований кредитора к остальным должникам (п. 1 ст. 308 ГК РФ). Автономным является исчисление (определение начала, динамики, истечения) и применение исковой давности для каждого из требований к долевым должнику (должникам). Задавненность требований к одному из содолжников не влияет на требования к остальным содолжникам (п. 1 ст. 308 ГК РФ).

Сказанное позволяет признать, что термин «долевое обязательство» является в значительной степени условным. В действительности

в рамках долевого множественности наличествует столько отдельных обязательств, сколько есть должников (при пассивной множественности) либо кредиторов (при множественности активной).

Таким образом, несмотря на то что в норме говорится о множественности лиц в обязательстве, следует иметь в виду, что здесь налицо не одно, а несколько обязательств по числу элементарных относительных связей между должником и несколькими долевыми кредиторами, или несколькими долевыми должниками и кредитором. Так, при пассивной долевого множественности с участием двух должников, имеющих общего кредитора, мы имеем два в целом самостоятельных обязательства. То же, если у двух кредиторов имеется требование к одному должнику в соответствующих долях: здесь должника с каждым из двух кредиторов связывает свое обязательство.

Сама идея долевого множественности сформировалась в условиях, когда большинство юристов исходили из того, что при множественности лиц в обязательстве действительно имеется одно обязательственное правоотношение с участием нескольких должников или кредиторов. Но данная идея давно оставлена, и восторжествовала концепция разных обязательств, потому и в настоящем тексте множественность лиц в обязательстве часто берется в кавычки. На фоне новой концепции сам смысл идеи долевого множественности растворяется.

Впрочем, есть один аспект, который характерен для долевого множественности, — это единство правового основания возникновения. Долевая множественность — это несколько обязательств по числу должников или кредиторов, возникающих из единого договора, реже — деликта. Иначе говоря, если у заемщика есть долги перед двумя банками, возникшие в результате получения двух разных кредитов, налицо два разных обязательства и при этом ни о какой долевого множественности говорить не приходится. Если же заемщик привлек синдицированный кредит, в рамках которого на основании одного договора заемщик получил некую сумму в долг под процент в долях от двух разных банков, мы будем также говорить не об одном, а о двух обязательствах по числу кредиторов, но также имеем основания квалифицировать ситуацию в качестве долевого множественности.

Единство правового основания может накладывать определенный отпечаток на правоотношения сторон, позволяя прийти к правовым решениям, которые сложно было бы обосновать при отсутствии такого единства. Так, в случае долевого множественности, вытекающей из единого договора, когда один из двух долевого кредиторов обратится к должнику с требованием исполнить его обязательство по отношению к данному кредитору (потребуется свою долю положенного предостав-

ления), должник сохраняет право противопоставить такому требованию возражение о неосуществлении встречного предоставления, даже если встречное предоставление не осуществил другой из кредиторов. Множественность вплетается в структуру синаллагмы и не должна блокировать право на приостановление исполнения, так как это право имманентно свойственно синаллагме как структуре обмена. Например, если два наследника, к одному из которых по завещанию перешел дом, а другому – прилегающая ферма, заключают с покупателем единый договор, в рамках которого каждый обязуется произвести отчуждение соответствующего унаследованного им по завещанию объекта недвижимости, а покупатель обязан уплатить каждому из них соответствующую долю общей цены сделки, но далее один из наследников не исполнил свое обязательство по передаче дома, а другой передумал отдавать ферму, покупатель вправе приостановить оплату всей цены, предоставив нарушителю разумный срок на исполнение своего обязательства, а в случае упорства вправе отказаться от договора в целом и вернуть дом. Если бы стороны оформили два разных договора в отношении фермы и дома, покупатель не смог бы использовать механизм приостановления исполнения или расторжения по одному договору при нарушении другим продавцом другого договора. Объединение двух этих синаллагм под зонтиком одной сделки дает нам одну большую синаллагму.

В основном долевая множественность лиц возникает:

а) при заключении договора с участием на одной стороне договора нескольких лиц, в котором оговариваются доли участия каждого из лиц в соответствующих предоставлениях, или при совершении односторонней сделки (например, завещательного отказа), устанавливающей такие доли;

б) при заключении договора с участием на одной стороне договора нескольких лиц, в котором не оговариваются доли участия каждого из лиц в соответствующих предоставлениях, но воля на долевую множественность прямо выражена (тогда в силу комментируемой нормы доли будут презюмироваться равными), или при совершении односторонней сделки, выражающей такую волю;

в) при совершении односторонней сделки или заключении сугубо некоммерческого договора с участием на одной стороне договора нескольких лиц, в котором не указаны не только размер долей, но и сам долевой характер множественности, но также не указана и солидарность и нет оснований видеть совместную множественность (в силу спорной презумпции долевой множественности, выводимой из системного толкования комментируемой нормы и правил ст. 322 ГК РФ);

г) в случае наследственного или сингулярного преемства в едином обязательственном праве в случаях, когда в результате такого преемства часть обязательственного притязания с делимым предметом оказывается принадлежащей одному лицу, а другая часть — другому;

е) в редких случаях деликтной ответственности, когда политико-правовые соображения толкают судебную практику признать долевую, а не солидарную ответственность нескольких делинквентов за возникшие негативные имущественные последствия (см. подп. «в» п. 16 и п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1, п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53). Впрочем, здесь стоит иметь в виду, что вопрос о том, в каких случаях следует предпочесть долевую ответственность вместо солидарной, в деликтном праве крайне спорный.

4. Равенство долей как общее (дефолтное) решение и его альтернативы

Одним из общих правил, предусмотренных ст. 321 ГК РФ, является также презумпция *равенства долей* всех долевых сокредиторов и (или) содолжников. Аналогичные правила установлены в ст. III.—4:104, III.—4:204 Модельных правил европейского частного права.

Предписания ст. 321 ГК РФ являют собой *lex generalis* и применяются в той мере, в которой не скорректированы специальными нормами.

Законом или иными правовыми актами может быть предусмотрено иное определение размера долей сокредиторов и (или) содолжников. Так, например, п. 1 ст. 1047 ГК РФ устанавливает долевую ответственность участников «некоммерческого» простого товарищества по общим договорным обязательствам — пропорционально стоимости вклада каждого из участников в общее дело. Соразмерно степени своей вины будет определяться размер ответственности законных представителей и соответствующей образовательной (медицинской или иной) организации за вред, причиненный малолетним, если такой вред явился следствием как недостатков воспитания, так и неосуществления должного надзора со стороны организации (см. подп. «в» п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1).

Согласно п. 24 того же [Постановления](#) Пленума ВС РФ ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности при его неправомерном завладении третьим лицом, будет определяться в зависимости от степени вины владельца источника повышенной опасности в противоправном изъятии этого источника из его обладания и лица, противоправно завладевшего источником повышенной опасности.

Согласно п. 22 [Постановления](#) Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 53, «если несколько контролирующих должника лиц действовали

независимо и действий каждого из них, существенно повлиявших на положение должника, было недостаточно для наступления объективного банкротства, но в совокупности их действия привели к такому банкротству, данные лица подлежат привлечению к субсидиарной ответственности в долях...» При этом в такой ситуации «суд распределяет между ними совокупный размер ответственности... определяя долю, приходящуюся на каждое контролирующее лицо, пропорционально размеру причиненного им вреда. При невозможности определения размера причиненного вреда исходя из конкретных операций, совершенных под влиянием того или иного лица, размер доли, приходящейся на каждое контролирующее лицо, может быть определен пропорционально периодам осуществления ими фактического контроля над должником».

5. Диспозитивность правил

Установленные ст. 321 ГК РФ предписания диспозитивны. Они могут быть изменены односторонней сделкой, лежащей в основании возникновения обязательств (например, завещательным отказом), или соглашением сторон. С помощью указанных сделок участники оборота могут, сохраняя долевого характер множественности, изменить размер долей содолжников / сокредиторов.

Кроме того, не стоит забывать, что имеются и иные варианты множественности, и стороны в условиях своего договора или участник оборота своей односторонней сделкой, порождающей обязательства (например, завещательным отказом), могут остановить свой выбор на них. При этом свобода участников оборота не ограничена исключительно конструкциями солидарной или долевого множественности: сторонами может быть установлена совместная множественность (см. п. 1 комментария к настоящей статье).

Статья 322. Солидарные обязательства

1. Солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникает, если солидарность обязанности или требования предусмотрена договором или установлена законом, в частности при неделимости предмета обязательства.

2. Обязанности нескольких должников по обязательству, связанному с предпринимательской деятельностью, равно как и требования нескольких кредиторов в таком обязательстве, являются солидарными, если законом, иными правовыми актами или условиями обязательства не предусмотрено иное.

Комментарий

1. «Солидарность не предполагается»?

В рамках активной вариации солидарной множественности каждый из нескольких сокредиторов может требовать от должника всего причитающегося с него предоставления в свою пользу, и исполнение, осуществленное одному из солидарных кредиторов, освобождает должника от долга в отношении других сокредиторов. В контексте же более распространенной пассивной солидарной множественности кредитор может требовать осуществления предоставления от любого из нескольких солидарных содолжников, и исполнение, предоставленное одним из них в адрес кредитора, освобождает от долга остальных содолжников (единство погашающего эффекта) (подробнее о самой природе солидарной множественности см. комментарий к ст. 323 ГК РФ).

В ст. 322 ГК РФ определяется сфера применения солидарной множественности. В норме реализован принцип «солидарность не предполагается»: согласно данной норме, солидарный характер не связанных с предпринимательской деятельностью обязательств с множественностью лиц возникает лишь в случаях, предусмотренных законом или договором.

Вместе с тем общей тенденцией регулирования является в настоящее время увеличение в национальных правовых системах востребованности конструкции солидаритета (особенно пассивного). По этой причине современные акты международной унификации отказываются от такой презумпции, как минимум для случаев пассивной множественности, устанавливая общую презумпцию солидарного характера множественности на стороне содолжников (см. п. 2 ст. III.–4:103 Модельных правил европейского частного права).

Не отстает и российское право. Применительно к договорам, связанным с коммерческими отношениями, в п. 2 ст. 322 ГК РФ сам законодатель эту презумпцию инвертировал. Что же касается остальных случаев, то среди выносимых ВС РФ по конкретным делам определений и абстрактных разъяснений мы в последние годы наблюдаем интенсивную практику обнаружения солидарной множественности везде и повсюду без оглядки на какие-то презумпции, закрепленные в ГК РФ. Там, где справедливо и разумно связать обязательственные требования к одному должнику за счет солидарного «морского узла» для обеспечения единства погашающего эффекта, российские суды это делают достаточно легко.

1.1. Солидаритет, установленный законом

Случаи солидарности, предусмотренные действующим российским законодательством, достаточно многочисленны. К ним относятся,

в частности: а) обязанность cedentа и цессионария возместить должнику – физическому лицу необходимые расходы, вызванные уступкой права, совершенной без согласия должника (п. 4 ст. 382 ГК РФ); б) ответственность владельцев источников повышенной опасности за вред, причиненный в результате их взаимодействия третьему лицу (п. 3 ст. 1079 ГК РФ); в) ответственность лиц, совместно причинивших вред (ст. 1080 ГК РФ), и др.

Большое количество примеров возникновения солидаритета в силу закона предусмотрены корпоративным законодательством (см., например, п. 4 ст. 53.1, п. 4 ст. 60.1, п. 2 ст. 60.2, п. 5 ст. 61, п. 2 ст. 62 ГК РФ) и законодательством о банкротстве (см., например, п. 8 ст. 61.11, п. 1 ст. 61.12, п. 1 и 2 ст. 189.6, п. 8 ст. 189.12 Закона о банкротстве).

Обращает на себя внимание, что во всех перечисленных случаях речь идет о возникновении в силу закона отношений пассивной солидарной множественности (солидарности должников). Соответствующий механизм направлен на защиту интересов кредитора и призван: а) обеспечить бóльшие гарантии получения им предоставления за счет увеличения количества должников (ответственных перед кредитором имущественных масс); б) исключить для кредитора актуальность внутренних споров между содолжниками о приходящейся на каждого из них доле участия в причитающемся кредитору предоставлении. С учетом того, что в подобных случаях возникновение обязательств перед кредитором в силу закона является вынужденным (недобровольным), выбор законодателя в пользу солидаритета видится вполне разумным и соответствует общим тенденциям международного регулирования (см. п. 2 ст. III.–4:103, п. 2 ст. IV.–6:105 Модельных правил европейского частного права).

В отдельных случаях солидарный характер обязательства устанавливается диспозитивной нормой. Например, ответственность первоначального и нового должника перед кредитором при переводе долга по модели интерцессии (принятия третьим лицом на себя долга по соглашению такого третьего лица с кредитором), предусмотренной в абзаце втором п. 1 ст. 391 ГК РФ, является солидарной (так называемая адпромиссия), если соглашением о переводе долга не предусмотрено освобождение первоначального должника от долга (так называемая экспромиссия). В отличие от предыдущих ситуаций, появление множественности происходит здесь по воле кредитора.

1.2. Расширение сферы применения солидаритета правоприменительной практикой

Общую идею рассматривать в качестве солидарных должников лиц, чьими совместными действиями нарушаются права и интересы другого

лица, российская судебная практика сейчас активно использует в тех ситуациях, когда солидаритет не опирается на какую-то конкретную норму закона.

Так, Постановлением Президиума ВАС РФ от 1 октября 2013 г. № 3914/13 признано, что в случае, когда основной целью перевода прав и обязанностей на нового арендатора было избежать договорной ответственности или иных неблагоприятных последствий, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора аренды предыдущим арендатором, а равно предоставить необоснованные преимущества новому арендатору, такие действия необходимо квалифицировать как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ), а нового и старого арендаторов следует считать солидарными должниками арендодателя.

В п. 12 Постановления Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 г. № 73 констатирован солидарный характер обязанности недобросовестного арендодателя и недобросовестного арендатора по возмещению собственнику доходов, которые данные лица извлекли или должны были извлечь из договора аренды, на заключение которого арендодатель не был управомочен.

Пункт 18 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54 предусматривает солидарное возмещение цедентом и цессионарием расходов должника, вызванных переходом права на основании сделки, совершенной без согласия должника. Законодатель, установив в п. 4 ст. 382 ГК РФ необходимость такого возмещения только в ситуации, когда должником является гражданин, забыл о должнике-организации, но ВС РФ исправил законодателя, распространив солидаритет и на такие случаи.

Согласно п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 кредитор и поручитель обязаны солидарно возместить должнику необходимые расходы, вызванные переходом права к поручителю, если договор поручительства был заключен без согласия должника. А в п. 25 этого же Постановления Пленум ВС РФ предусматривает солидарное возмещение поручителю дополнительных издержек кредитором и должником в связи с согласованием последними оговорки о выборе суда, арбитражного соглашения или соглашения о применимом праве.

Хотя в некоторых из перечисленных случаев ВС РФ в обоснование своего подхода ссылается на п. 2 ст. 322 ГК РФ, эта аргументация выглядит крайне искусственно, поскольку соответствующие разъяснения имеют универсальный характер и не завязаны на особый (предпринимательский) субъектный состав и характер обязательства. В действительности идея всех подобных разъяснений заключается в возникновении обязанности именно по солидарному возмещению

негативных последствий, явившихся следствием согласованных действий нескольких лиц (нового и старого арендаторов перед арендодателем, цедента и цессионария перед должником, кредитора и поручителя перед должником, кредитора и должника перед поручителем и т.д.). Сама по себе эта идея заслуживает поддержки. Она не только являет собой наиболее справедливое решение и соответствует логике пассивного солидаритета как механизма защиты интересов кредитора (потерпевшего), но и синхронизируется с установлениями современного российского законодательства, прямо предусматривающего аналогичное регулирование (пассивный солидаритет) в сходных ситуациях (см., например, п. 4 ст. 53.1, п. 4 ст. 60.1, п. 1 ст. 1080, п. 6.1 ст. 1252 ГК РФ).

В некоторых из приведенных выше примеров корректным обоснованием практики ВС РФ могла бы выступать ссылка на п. 1 ст. 1080 ГК РФ. Так, в ситуации, когда, зная о неуправомоченности арендодателя на заключение договора, недобросовестный арендодатель и недобросовестный арендатор тем не менее заключают договор аренды, нет препятствий для квалификации согласованного умышленного поведения указанных лиц как деликта и применения предписаний п. 1 ст. 1080 ГК РФ.

Однако далеко не все из приведенных и иных подобных примеров легко укладываются в гипотезу п. 1 ст. 1080 ГК РФ.

Сказанное делает актуальной необходимость не только расширительного толкования предписаний ст. 1080 ГК РФ, но и перенесения на уровень общих правил о солидаритете идеи солидарного возмещения потерь, независимо от того, можно ли охарактеризовать ответственность каждого из них как деликтную.

Справедливости ради стоит отметить, что в судебной практике встречаются и противоположные примеры, где суды полагают недостаточным для возникновения солидарной ответственности нескольких лиц в отсутствие указаний на то закона или договора только лишь совместности их поведения, причинившего убытки (в частности, см. Определение СКГД ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 5-КГ20-63-К2). Однако подобные случаи единичны и зачастую основаны на крайне сомнительной оценке судами обстоятельств дела (так, в приведенном деле ключевым доводом СКГД ВС РФ была констатация раздельности полномочий представителей, в то время как поводом для иска были отнюдь не действия по реализации полномочий, по представительству в истинном смысле, а фактическое снятие денежных средств со счета представляемого одним из представителей и помещение этих средств (совместно с другим представителем) в банковскую ячейку, открытую на имя последнего). Несмотря на подобные девиации, нельзя не заме-

тить общей тенденции практики, в рамках которой суды сознательно игнорируют буквальный текст ст. 1080 ГК РФ и ее место в системе гражданско-правового регулирования и применяют правила о солидарной ответственности не только для деликтных содолжников, но и вообще к любым случаям возмещения убытков (издержек) или восстановлению нарушенного имущественного баланса за счет реституционного или кондикционного притязаний, если возникновение оснований для защиты кредитора связано с совместными действиями нескольких лиц.

1.3. Направленность на удовлетворение одного интереса как основание возникновения пассивного солидаритета

Обозначенная выше ситуация являет собой частный случай более общей проблемы — допустимости признания солидарными нескольких требований к разным лицам, хотя и возникающих из разных правовых оснований, но направленных на удовлетворение одного интереса кредитора. Практика ВС РФ не испытывает затруднений при облечении в солидарный формат обязательств разных должников, вытекающих из абсолютно разных правовых оснований (деликт, нарушение договора, кондикция и т.п.), если они направлены на удовлетворение одного и того же интереса кредитора в получении возмещения. Разные правовые основания долга иррелевантны, если сами обязательства разных должником направлены на удовлетворение единого экономического интереса кредитора таким образом, что платеж одного из должников прекратит основания для удовлетворения требования кредитору к другим должникам. Ключевое значение имеет лишь единство погашающего действия. Даже единая направленность воли должников не требуется.

Классическим примером подобного является ситуация уничтожения застрахованного имущества третьим лицом, которая влечет одновременно созревание требования собственника (страхователя) к страховщику о выплате страхового возмещения ввиду наступления страхового случая, а также возникновение требования собственника о возмещении причиненного вреда непосредственно к третьему лицу-делинквенту. Еще более усложненным примером является уничтожение застрахованного имущества третьим лицом в процессе его перевозки, когда у собственника (грузоотправителя) возникает еще и договорное требование к перевозчику.

Схожая ситуация возникает при повреждении (уничтожении) третьим лицом имущества, находящегося у профессионального хранителя или подрядчика, — потерпевший одновременно имеет деликтное притязание к третьему лицу-делинквенту и договорное требование к хранителю (подрядчику).

Другой пример: если вещь собственника была украдена со склада вором и далее продана недобросовестному приобретателю, который ее потребил и уже не может вернуть в натуре, у собственника возникает притязание на возмещение как минимум стоимости вещи, и он может адресовать это притязание хранителю в режиме договорной ответственности, вору — в режиме ответственности деликтной, конечному недобросовестному приобретателю — в режиме кондикционного иска.

То же и в случае с недобросовестной интервенцией в чужие обязательственные отношения: исходный должник по обязательству продолжает отвечать перед кредитором за исполнение своего обязательства исходя из его природы, а интервент, который помог должнику нарушить свое обязательство или затруднить принудительное осуществление требований кредитора, или недобросовестно «соблазнил» должника на нарушение обязательства, совершает свой собственный деликт.

Наконец, подобный сюжет возникает при причинении вреда лицом, чья деликтная ответственность застрахована: потерпевший одновременно имеет требования к делинквенту и в качестве выгодоприобретателя — к страховщику.

Во всех перечисленных (или подобных) случаях возникает вопрос: можно ли признать различные по своей природе требования к нескольким лицам в качестве солидарных и *mutatis mutandis* применять к вопросам их координации предписания ст. 322–325 ГК РФ?

Долгое время отечественная доктрина склонялась, а судебная практика (см., например, определения СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 83-КГ15-9, от 16 марта 2021 г. № 81-КГ20-8-К8) и сейчас иногда склоняется к отрицательному ответу на поставленный вопрос, обосновывая это следующими аргументами. Во-первых, данные требования имеют различную правовую природу. Во-вторых, закон не квалифицирует их в качестве солидарных. В-третьих, применение к ним правил о регрессе исполнившего должника (п. 2 ст. 325 ГК РФ) приводит к очевидно абсурдным результатам и полностью противоречит идее права как *ars boni et aequi* (например, удовлетворивший потерпевшего вор-делинквент за счет регресса к хранителю / перевозчику / страховщику сможет переложить на последнего (последних) часть своей ответственности, или исполнивший кредитор у хранителя / перевозчика сможет за счет регресса взыскать с непосредственного делинквента только часть уплаченного им кредитором).

Однако на поверку каждый из приведенных аргументов сомнителен. Прежде всего, признание самостоятельными требований кредитора к каждому из солидарных должников в рамках пассивного солидаритета (подробнее см. п. 1.1 комментария к ст. 323 ГК РФ)

очевидно предопределяет возможность возникновения этих требований из разных правовых оснований, в том числе различной правовой природы. Таким образом, различная природа требований к разным содолжникам не только не противоречит идее пассивного солидаритета, но и является естественным логическим продолжением этой идеи, следствием понимания пассивного солидаритета как «множественности обязательств».

Утверждение о возникновении солидаритета лишь в случаях, прямо указанных в законе, также не выдерживает критики. Предписания ст. 321, п. 1 ст. 322 ГК РФ, используемые для подтверждения этого тезиса, в действительности направлены лишь на разрешение вопроса о квалификации возникающей множественности (т.е. на решение вопроса «солидарная в. долевая»). В связи с этим, будучи не предназначенными для определения возможной сферы возникновения пассивного солидаритета (т.е. для решения вопроса «солидарный в. независимый»), указанные нормы не могут выступать и не выступают подобным ограничителем.

Наконец, возможная абсурдность последствий применения к подобным ситуациям регресса исполнившего солидарного должника свидетельствует вовсе не о невозможности (абсурдности) объявления соответствующих требований солидарными, а о неправильном понимании места регресса в конструкции пассивного солидаритета. Регресс вовсе не является обязательным признаком пассивного солидаритета. В градации же последствий исполнения, произведенного одним из солидарных должников, регресс *pari passu* занимает последнее место, будучи вытесняем договорным регулированием, специальными предписаниями закона и существом складывающихся отношений (подробнее см. п. 2.3–2.5 комментария к ст. 325 ГК РФ). В связи с этим в приведенных примерах из существа отношений следует, что после удовлетворения требования кредитора одним из солидарных должников и определении необходимости осуществления регрессной раскладки следует добиться результата, в рамках которого убытки, понесенные расплатившимся лицом, будут переноситься на других солидарных должников в рамках регрессных притязаний так, чтобы это соответствовало справедливости. Равное распределение часто просто несправедливо. Например, в сюжете с кражей вещи с вклада именно непосредственный вор-делинквент, а не хранитель, с чьего склада вещь была похищена, в конечном итоге должен оказаться единственным «центром убытков», лицом, несущим негативные последствия своего противоправного поведения / принятых на себя рисков. Поэтому, если с кредитором расплатился вор, никакого регрессного притяза-

ния к хранителю у него нет, а если кредитора удовлетворил склад, выплатив стоимость украденной вещи в рамках своей договорной ответственности, он в регрессном порядке будет требовать с вора всю сумму уплаченного, а не ту или иную ее часть.

Таким образом, в рамках современного отечественного правопорядка принципиально возможно признание в качестве солидарных требований к разным лицам, при этом возникающих из разных оснований, в том числе разной правовой природы.

Эта верная идея постепенно находит отражение в актуальной правоприменительной практике ВС РФ. Так, п. 49 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 признает солидарными требования к различным страховщикам, застраховавшим ответственность каждого из солидарных должников по отношению к потерпевшему.

Согласно п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 26 июня 2018 г. № 26, если клиент является грузоотправителем по договору перевозки груза, т.е. договор заключен клиентом самостоятельно либо экспедитором от имени клиента, клиент вправе требовать от перевозчика возмещения реального ущерба, причиненного утратой, недостачей или повреждением (порчей) груза. Право клиента на предъявление иска к перевозчику не исключает возможности предъявления иска о возмещении реального ущерба, причиненного утратой, недостачей или повреждением (порчей) груза, к экспедитору, если по условиям договора он также обязался обеспечить сохранную транспортировку груза перед клиентом. В целях исключения неосновательного обогащения клиента к обязательствам перевозчика и экспедитора подлежат применению нормы о солидарных обязательствах.

В другом деле Суд признал солидаритет в сценарии наличия у кредитора деликтного требования о привлечении к субсидиарной ответственности лица, контролирующего впавшего в банкротство должника, и деликтного требования к интервенту, способствовавшему выводу активов из имущественной массы такого контролирующего лица, несмотря на то что их требования вытекают из разных деликтов (Определение СКЭС ВС РФ от 23 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-13326).

В Определении от 19 июня 2020 г. № 301-ЭС17-19678 СКЭС ВС РФ обосновала солидарность реституционного требования к конечному бенефициару и деликтных требований ко всем лицам, участвовавшим в заведомо незаконной схеме вывода актива.

Еще одним примером подобной практики является Определение от 24 декабря 2020 г. № 307-ЭС20-11311, в котором СКЭС ВС РФ со ссылкой на ст. 1080 ГК РФ допустила привлечение к солидарной ответственности договорного и деликтного должников, поскольку

согласованные действия ответчиков по заключению договора энергоснабжения с лицом, не намеревавшимся пользоваться спорным имуществом, были направлены на создание видимости исполнения договора купли-продажи, освобождение фактического пользователя от несения расходов по оплате электрической энергии и заключение договора энергоснабжения с фиктивным собственником, являющимся неплатежеспособным.

Подобная экспансия солидарности сейчас становится доминирующей на уровне практики ВС РФ. В рамках такого подхода в примере с кражей вещи со склада и ее потребления последующим недобросовестным приобретателем с учетом очевидно вытекающего из существа отношений единства погашающего эффекта требований собственника ко всем трем должникам (складу, вору и недобросовестному приобретателю), собственник может воспринимать всех трех должников в качестве солидарных, заявив, например, иск ко всем трем должникам как солидарным соотчетчикам. И то, что склад, с одной стороны, и вор и недобросовестный приобретатель, с другой, не действовали согласованно, и у каждого своя «вина» перед собственником, солидарность как решение является необходимым и разумным шагом. Она позволяет избежать неосновательного обогащения собственника при двойном или тройном взыскании, а также позволить содолжникам распределить между собой последствия удовлетворения кредитора одним из них по справедливости за счет последующей раскладки.

1.4. Неделимость предмета обязательства

Пункт 1 ст. 322 ГК РФ устанавливает специальный случай солидарной множественности — *неделимый предмет* обязательства (о понятии неделимого обязательства см. комментарий к ст. 311 ГК РФ).

Данное правило достаточно традиционно как для отечественного, так и для многих зарубежных правовых порядков, в которых существует презумпция долевого характера множественности. Но при всей традиционности указанное предписание ГК РФ несколько некорректно. На самом деле неделимый характер предмета обязательства предопределяет характер возникающей множественности не как солидарной, а как *совместной*. Так, в классическом примере обязательства передать в собственность неделимую вещь сособственники (содолжники) обладают правом собственности на вещь лишь сообща и могут перенести это право на кредитора только совместным волеизъявлением. Предъявление иска об исполнении в натуре лишь к одному или некоторым из них (характерное для классического солидаритета (п. 1 ст. 323 ГК РФ)) не способно привести к желаемым кредитору последствиям.

Другое дело, что ответственность за неисполнение такого совместного обязательства в виде возмещения убытков или уплаты неустойки должна строиться по правилам ответственности солидарной (см. ст. III.—4:105 Модельных правил европейского частного права). Комментируемую норму следует понимать именно в этом ключе: когда предмет обязательства неделим и множественность носит совместный характер, применительно к производным денежным обязательствам, вытекающим из факта нарушения основного обязательства совместными содолжниками, по умолчанию признается пассивный солидаритет.

Иногда идею совместной множественности отвергают со ссылкой на то, что отвечать за убытки все равно содолжники будут солидарно, но этот вывод неверен в той степени, в которой в данном правовом порядке признается возможность принуждения к исполнению обязательства в натуре. То, что на этапе возникновения производных охранительных денежных обязательств возникает солидаритет, не должно нам мешать увидеть на регулятивной стадии не солидарную, а совместную множественность.

Характер множественности лиц применительно к обязательству с неделимым предметом предопределен существом складывающихся отношений (у совместного характера множественности просто нет альтернатив), а потому не может быть изменен соглашением сторон. Однако ответ на вопрос о допустимости изменения на уровне соглашения с участием всех сторон того характера множественности, который проявляет себя в рамках ответственности за неисполнение неделимого обязательства (убытки, неустойка, возврат предоплаты и т.п.), уже не является столь однозначным. Возможность установления долевой множественности в отношении таких охранительных обязательств, по сути, вполне может быть допущена. Такое переложение рисков не нарушает существенным образом баланса интересов сторон, а потому является допустимым (тем более что кредитор может минимизировать соответствующие риски, например, посредством требования предоставить обеспечение).

1.5. Автономия воли как основание солидарности

Ввиду диспозитивности правил ст. 321 ГК РФ солидарный характер может быть достаточно свободно согласован всеми участвующими в этих отношениях сторонами (за исключением тех, предмет которых неделим).

Солидарность обязательства может быть установлена и односторонней сделкой, например, в случаях, предусмотренных п. 2 ст. 1138 ГК РФ (завещательный отказ).

2. Солидаритет, установленный законом: предпринимательские обязательства

Пункт 2 ст. 321 ГК РФ закрепляет правило о презумпции солидарности договорных обязательств, связанных с предпринимательской деятельностью, в ситуации, когда как минимум на одной стороне договора выступают несколько лиц. Эта презумпция опровергается, если законом, иными правовыми актами или условиями обязательства предусмотрено иное. Например, если в таком договоре указано на то, что стороны отвечают или кредиторы имеют к должнику требования в соответствующих долях, презумпция солидарности считается опровергнутой.

Стоит также добавить, что иная природа множественности может вытекать также из существа обязательства (например, в ситуации неделимости предмета обязательства образуется не солидарная, а совместная множественность).

Данный подход соответствует тенденциям зарубежного национального и наднационального регулирования коммерческих обязательств (см. ст. 11.1.2 Принципов УНИДРУА).

В качестве основания солидарности п. 2 ст. 322 ГК РФ использует именно цель деятельности, которую преследуют все стороны обязательства при заключении договора, а не сам по себе субъектный состав конкретного правоотношения. Соответственно, участниками такой множественности могут быть не только предприниматели, но и некоммерческие организации при осуществлении ими приносящей доход деятельности (см. п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) или граждане, не зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей или самозанятых, если цель договора носила по существу предпринимательский характер (например, продажа или покупка контрольного пакета акций).

При квалификации обязательств как коммерческих для целей определения характера множественности судебная практика исходит из необходимости осуществления предпринимательской деятельности всеми сокредиторами (или содолжниками) (см. п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11).

Статья 323. Права кредитора при солидарной обязанности

1. При солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга.

2. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, имеет право требовать недополученное от остальных солидарных должников.

Солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено полностью.

Комментарий

1. Пассивный солидаритет

Статьи 323–325 ГК РФ определяют порядок исполнения для случаев пассивного солидаритета (солидарной множественности лиц на стороне должника). В подобной ситуации на каждом из содолжников лежит обязанность погашения долга в целом (как будто бы каждый должник является должником единственным), но данные обязанности объединены единством погашающего эффекта.

1.1. Сущность пассивного солидаритета

Вопрос о сущности отношений при пассивном солидаритете является достаточно сложным и дискуссионным. С одной стороны, закон говорит о «солидарном обязательстве» (п. 2 ст. 323, п. 2 ст. 325 ГК РФ), создавая видимость единства возникающего при пассивном солидаритете обязательственного правоотношения. С другой стороны, целый ряд существенных особенностей пассивного солидаритета вступает в противоречие с подобным выводом. Так, обязанности солидарных должников могут возникать в силу различных правовых оснований (см. п. 1.2 и 1.3 комментария к ст. 322 ГК РФ). В частности, при поручительстве (ст. 361 ГК РФ) или переводе долга по модели «адпромиссии» (п. 3 ст. 391 ГК РФ) обязанности солидарных должников возникают из отдельных договоров, заключенных в разное время.

Обязательство каждого из солидарных должников может иметь свои особенности (сроки, условия, проценты и пр.), не присущие обязательствам остальных содолжников. Это встречается не так часто, но само по себе не является невозможным. При этом многие европейские законодательства, а также международные акты унификации прямо подчеркивают, что соответствующие различия не исключают солидаритета (см. п. 3 ст. III.—4:103 Модельных правил европейского частного права).

Например, кредитор может заключить с одним из солидарных содолжников соглашение о предоставлении отсрочки платежа; в такой ситуации сроки исполнения обязательства разными содолжниками начнут различаться.

Обязательства каждого из солидарных должников могут иметь собственное обеспечение (неустойку, залог, поручительство), которое не распространяется автоматически на обязательства остальных. Например, долг одного из солидарных должников может быть обеспечен поручителем. В таком случае при исполнении обязательства поручителем одного из солидарных должников последствием будет переход к такому поручителю (п. 1 ст. 365 ГК РФ) требования только к должнику, за которого он поручился, но не ко всем содолжникам.

Наконец, каждый из солидарных должников имеет собственные возражения (ст. 324 ГК РФ), в том числе о недействительности и истечении давности, реализация которых не затрагивает обязанностей других содолжников (п. 1 ст. 308 ГК РФ, п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43).

В связи с этим более адекватным является подход, признающий за пассивным солидаритетом значение множественности самостоятельных обязательств (по числу должников). Этот подход сейчас стал доминирующим в российском частном праве.

Отличается ситуация, когда налицо совместная множественность лиц в обязательстве (например, обязательство совместных представителей или соавторов). Здесь больше оснований говорить о едином обязательстве с множественностью лиц на стороне должника. При этом стоит оговориться, что вопрос о сущности отношений при совместной множественности — предполагает ли она существование единого обязательства, в котором участвует несколько совместных содолжников, либо несколько самостоятельных обязательств (по числу совместных содолжников), — мало исследован в отечественной доктрине и является достаточно дискуссионным. В любом случае правила ГК РФ о солидарных обязательствах и выявленные подходы к толкованию данных правил и определению природы солидарных обязательств как минимум напрямую к случаям совместной множественности неприменимы.

1.2. Пассивный солидаритет как гарантия интересов кредитора

Режим пассивной солидарной множественности призван гарантировать интересы кредитора, поскольку пока хотя бы один из солидарных должников продолжает оставаться платежеспособным, кредитор может рассчитывать на получение удовлетворения.

В полном соответствии с этой основной идеей п. 1 ст. 323 ГК РФ предоставляет кредитору возможность использовать один из двух вариантов: заявить требование одновременно ко всем должникам либо к любому из них, причем как в полной сумме, так и в меньшем размере, определенном самим кредитором.

Подобный выбор принадлежит кредитору до момента, пока обязательство не исполнено полностью. Предъявление требования к одному из солидарных должников не прекращает обязательства других солидарных должников, а следовательно, не освобождает от исполнения других содолжников. Аналогично и вынесенное против одного из солидарных должников судебное решение само по себе не прекращает обязанностей остальных содолжников и не исключает предъявления кредитором требований к ним. Наличие решения суда, которым удовлетворены требования кредитора против одного из солидарных должников, не является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника, если кредитором не было получено исполнение в полном объеме. В этом случае в решении суда должно быть указано на солидарный характер долга и на известные суду судебные акты, которыми удовлетворены те же требования к другим солидарным должникам. До получения полного удовлетворения кредитор вправе требовать возбуждения дела о банкротстве каждого из солидарных должников, например, основного должника и поручителя (см. п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

2. Пассивный солидаритет: возможности кредитора

Логическим продолжением указанных выше правил является предписание п. 2 ст. 323 ГК РФ. Кредитор, заявивший требование к одному из должников, но не получивший полного удовлетворения, вправе требовать недополученное от остальных солидарных должников. Ни один из содолжников, даже исполнивший свое обязательство частично, не выбывает из правоотношения до полного погашения требований кредитора, так как остается должным в отношении оставшейся части своего долга.

Ключевая особенность пассивного солидаритета состоит в том, что, несмотря на множественность требований, которые кредитор имеет к содолжникам, его интерес состоит в получении однократного полного удовлетворения. Реализация этой идеи обеспечивается так называемым единством погашающего действия солидарных обязательств. Надлежащее исполнение, произведенное одним из содолжников, прекращает обязательства остальных. Аналогичным эффектом обладает и использование для целей удовлетворения кредитора «суррогатов» исполнения (например, зачета, предоставления отступного, новации, внесения долга в депозит нотариуса).

О последствиях подобного прекращения обязательства см. комментарий к ст. 325 ГК РФ.

Статья 324. Возражения против требований кредитора при солидарной обязанности

В случае солидарной обязанности должник не вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует.

Комментарий

1. «Общие» и личные» возражения солидарных должников

Должник, к которому кредитор обратился с требованием об исполнении, может иметь против этого требования возражения, т.е. право отклонить притязание вследствие присущего последнему недостатка.

Имеющиеся у солидарного должника возражения могут являться «общими» для всех содолжников. К их числу относятся *возражения, проистекающие из общего основания возникновения обязательства* (в частности, о недействительности договора, порождающего обязанности всех содолжников, вследствие несоблюдения формы или незаконности содержания, о незаключенности такого договора ввиду несогласования всех существенных условий и т.п.), *или из самого содержания солидарного обязательства* (например, о состоявшемся погашении долга одним из содолжников, о неисполнении либо ненадлежащем исполнении своего встречного обязательства кредитором).

Помимо «общих» у содолжника могут существовать и «личные» *возражения, основанные на взаимоотношениях кредитора с данным должником*. Примерами таких возражений могут служить, в частности, ссылка на недееспособность этого должника при совершении им сделки, по которой он оказался содолжником, на пороки его воли, на пороки формы или содержания договора, порождающего обязанность данного конкретного должника, указание на предоставленную этому должнику отсрочку и т.п.

2. Возражение о давности

Одним из личных возражений, которое принадлежит солидарному должнику, является возражение об истечении исковой давности.

Срок исковой давности исчисляется отдельно в отношении каждого из солидарных должников, так как в некоторых случаях (например, при предоставлении кредитором одному из содолжников отсрочки) срок давности по требованию кредитора к каждому из содолжников может начинаться в разные даты. Если течение давности для одного

из должников начинается не с того времени, что и для прочих, то, очевидно, не может быть и речи об ее одновременном истечении для всех. Но и в том случае, когда начало давности для всех солидарных должников приходится на одно и то же время, давность может не наступить одновременно для всех должников. Если один из содолжников признает долг, то тем самым в силу ст. 203 ГК РФ он прервет течение срока исковой давности только против себя, но не против содолжников. Кроме того, предъявление иска к одному из содолжников оставливает исчисление исковой давности по п. 1 ст. 204 ГК РФ только в отношении адресованного ему требования.

3. Доступные солидарному должнику возражения

Статья 324 ГК РФ допускает право солидарного должника использовать против предъявленного к нему кредитором требования как «общие», так и «личные» возражения данного должника. Выдвигать же возражения, являющиеся личными возражениями другого должника, солидарный должник по общему правилу не может. Указанный подход является традиционным и полностью соответствует международным актам унификации (см. ст. 11.1.4 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—4:112 Модельных правил европейского частного права).

Но возможны исключения из данного правила. Например, в силу п. 1 ст. 364 ГК РФ поручитель, отвечающий солидарно с должником по обеспеченному обязательству, может выдвигать против требования кредитора личные возражения, доступные должнику.

4. Последствия использования возражения солидарным должником

Использование одним из солидарных должников доступных ему с точки зрения ст. 324 ГК РФ возражений (как «личных» для данного должника, так и «общих») не имеет правовых последствий для других содолжников. В частности, заявление о применении исковой давности, сделанное одним из соответчиков, являющихся солидарными должниками, не распространяется на других соответчиков.

Для контраста отметим, что в случае совместного обязательства ситуация может быть принципиально иной. Так, суд вправе отказать в удовлетворении иска при наличии заявления о применении исковой давности только от одного из соответчиков при условии, что в силу закона или договора либо исходя из характера спорного правоотношения требования истца не могут быть удовлетворены за счет других соответчиков (например, в случае предъявления иска об истребовании неделимой вещи) (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 29 сентября 2015 г. № 43).

5. Допустимость использования «возражений против кредитора» в рамках регрессного требования исполнившего содолжника

Рассматриваемая статья оставляет без внимания вопрос о защите интересов солидарных должников, имевших возражения против кредитора, но лишенных возможности использовать такие возражения. Подобная ситуация имеет место, во-первых, когда солидарный должник, к которому кредитор решил предъявить требование без привлечения в качестве соответчиков других содолжников, не использует «общих» для всех содолжников возражений.

Во-вторых, такая проблема возникает, когда речь идет о «личных» возражениях, имеющихся у непривлеченных в процесс содолжников, но отсутствующих у солидарного должника, к которому кредитор предъявил требование.

В обеих указанных ситуациях солидарный должник, имевший возражение против кредитора, в силу объективных обстоятельств (которые не могут быть поставлены ему в вину и не относятся к его риску) не может реализовать свои правовые возможности. При этом для выравнивающего воздействия произведенного одним из содолжников исполнения российское законодательство традиционно использует механизм регресса (см. ст. 325 ГК РФ), который представляет собой требование новое и самостоятельное, не зависящее от солидарных обязательств должников. Соответственно, из этой конструкции вытекает, что содолжник, к которому в порядке регресса предъявлен иск исполнившим содолжником, не может выдвигать против истца свои возражения, имевшиеся у него против кредитора. В связи с этим поведение кредитора, предъявившего требование лишь к должнику, не имевшему соответствующих «личных» возражений, или поведение содолжника, не использовавшего «общее» возражение и исполнившего требование кредитора, могут негативно влиять на положение других должников.

Для обеспечения интересов последних мыслимы различные варианты решения.

Так, правопорядок может сделать обязательным привлечение в процесс в качестве ответчиков всех солидарных должников, получающих таким образом возможность заявить кредитору «общие» или «личные» возражения. Однако это принципиально искажает идею пассивного солидаритета, лишает кредитора тех преимуществ (право предъявления кредитором требований к любому из солидарных должников по своему собственному выбору), ради которых законом или договором устанавливается пассивная солидарная множественность. Кроме того, такое решение оказывается паллиативным, поскольку совершенно не решает

проблему в случае, когда удовлетворение интересов кредитора происходит без судебного разбирательства (например, при добровольном исполнении одним из солидарных должников либо посредством зачета, совершенного кредитором или одним из солидарных должников). Наконец, эта модель не решает проблему лишения одного из содолжников личного возражения: даже если иск будет предъявлен ко всем содолжникам, и один из них использует свое личное возражение, это может привести к отклонению иска в части требований к данному содолжнику, но если в отношении другого иск будет удовлетворен, ничто не помешает исполнившему содолжнику заявить регрессный иск к тому, в отношении которого иск кредитора был отклонен. Видимо, в силу указанных недостатков данная конструкция не используется ни в одной из известных нам правовых систем.

Не имея возможности исключить возникновение ситуации, при которой солидарный должник оказывается объективно лишен возможности использовать свои возражения против кредитора, правопорядку целесообразнее сосредоточиться на механизме защиты интересов такого должника в рамках регрессных правоотношений. Допустимым вариантом подобной защиты должника против регрессного требования в отечественном правопорядке может выступать ст. 10 ГК РФ. Ее применение позволит блокировать регрессное требование в ситуации, когда исполнивший должник сознательно и недобросовестно проигнорировал допустимые «общие» возражения, либо обеспечить возмещение причиненных таким недобросовестным поведением убытков. При этом, однако, не должна исключаться принципиальная возможность для исполнившего должника доказывать разумность и общую выгоду своего поведения, исключая тем самым применение указанной нормы.

Однако данный вариант позволяет решить только часть проблемы — ситуацию, при которой исполнивший солидарный должник не заявляет против кредитора «общее» возражение, оставляя без адекватного решения случаи, когда содолжник лишается возможности использовать свои личные возражения против кредитора при отсутствии упречности поведения исполнившего содолжника.

В связи с этим интерес представляют международные акты унификации, которые используют более универсальное решение. Так, согласно ст. 11.1.12 Принципов УНИДРУА должник, к которому предъявлено требование другим солидарным должником, исполнившим обязательство, вправе использовать против такого требования все возражения, которые он имел против кредитора. Тем самым, с одной стороны, решается указанная выше проблема и обеспечивается защита интересов содолжника в случае неиспользования исполнившим солидарным

должником общих возражений. С другой стороны, данное правило позволяет сохранить *status quo* такого содолжника и в ситуации, когда исполнившему должнику соответствующие «личные» возражения других содолжников не были доступны.

Может показаться, что подобный вариант не способен быть реализован в рамках отечественного правопорядка, поскольку при модели «регресса» как варианта регулирования внутренних отношений пассивной солидарности возражения, которые имелись у содолжников против кредитора, индифферентны для их внутренних отношений, и прекращаются вместе с прекращением отношений внешних (основных обязательств). Однако подобный юридический пуризм совершенно не оправдан. Следование этой логике приводит к очевидно несправедливому решению, что волей и действиями одного лица (содолжника, уплатившего кредитору) ухудшается положение другого. Кроме того, модель выравнивающего требования исполнившего должника сама по себе не предопределяет вопроса о правовом положении содолжника, к которому предъявлено такое требование, и доступных ему возражениях. Не случайно, используя общую модель «регресса», наднациональные унификации тем не менее устанавливают универсальное правило, сохраняющее для должника, к которому предъявлено требование другим солидарным должником, исполнившим обязательство, возможность использовать против такого требования все возражения, которые он имел против кредитора.

В связи с этим нет серьезных догматических и политико-правовых препятствий для реализации подобного решения и в рамках отечественного правопорядка. В качестве первого шага на пути такой реализации может быть воспринято Определение от 11 февраля 2020 г. № 78-КГ19-67, в котором СКГД ВС РФ прямо указала, что «должник, к которому предъявлено регрессное требование, может иметь против этого требования возражения, проистекающие из основания возникновения или содержания обязательства».

6. Зачет

Не относится к числу возражений и не охватывается содержанием ст. 324 ГК РФ принадлежащее одному из солидарных должников право на зачет. Это, однако, не исключает возможности солидарного должника зачесть против предъявленного к нему требования свое требование к кредитору при наличии всех условий, установленных ст. 410 ГК РФ, и неприменимости специальных законодательных запретов на зачет (о последствиях такого зачета для внутренних отношений содолжников см. ст. 325 ГК РФ и комментариев к ней).

При этом воспользоваться правом на зачет с использованием требования к кредитору, принадлежащего другому должнику, нельзя.

Более того, один из содолжников не может выдвигать против заявленного к нему требования кредитора возражение о том, что кредитор может удовлетворить свое притязание путем его зачета к своему долгу перед другим содолжником. В ряде случаев специальные нормы устанавливают исключение из этого правила. Так, в силу п. 2 ст. 364 ГК РФ поручитель вправе возразить против удовлетворения требования кредитора в той степени, в которой кредитор может удовлетворить свое требование путем зачета к встречному требованию должника к себе.

7. Секундарные права

Не охватывается содержанием ст. 324 ГК РФ и не решен отечественным законодательством вопрос использования солидарными должниками секундарных прав, например, права на отказ от договора или оспаривание договора, из которого проистекали солидарные обязательства. Данный вопрос достаточно спорен. На наш взгляд, есть основания считать, что осуществление такого права любым из солидарных должников должно признаваться допустимым и влечь эффект для всех участников солидарности. Вопросы же нарушения таким волеизъявлением содолжника интересов других содолжников должны решаться в рамках их внутренних отношений.

Статья 325. Исполнение солидарной обязанности одним из должников

1. Исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитору.

2. Если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками:

1) должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого;

2) неуплаченное одним из солидарных должников должнику, исполнившему солидарную обязанность, падает в равной доле на этого должника и на остальных должников.

3. Правила настоящей статьи применяются соответственно при прекращении солидарного обязательства зачетом встречного требования одного из должников.

Комментарий

1. Единство погашающего действия

Надлежащее исполнение, предоставленное одним из солидарных должников, имеет освобождающий эффект относительно всех должников, соответствующим образом прекращая их обязательства относительно кредитора (единство погашающего эффекта).

Как следствие, другие должники могут успешно использовать исполнение обязательства одним из них в качестве возражения, если кредитор пытается требовать исполнения от них. Относясь к существованию долга, такое возражение будет «общим» для всех должников (см. ст. 324 ГК РФ и комментарий к ней).

1.1. Исполнение, предоставленное несколькими содолжниками

Буквальный текст п. 1 ст. 325 ГК РФ говорит лишь о полном исполнении, предоставленном одним из солидарных должников. Однако нет никаких препятствий использовать правила настоящей статьи по аналогии и к ситуациям, когда полное исполнение произведено несколькими солидарными должниками.

1.2. Частичное погашение

При частичном погашении долга другие солидарные должники освобождаются от своих долгов в соответствующих частях.

2. Последствия исполнения солидарной обязанности для внутренних отношений содолжников

Как было показано выше, хотя, производя исполнение кредитору, должник погашает собственный долг, данное обстоятельство освобождает от обязательств и других солидарных должников. Ввиду того что последние получают определенную имущественную выгоду за счет потерь исполнившего содолжника, общие начала справедливости предопределяют необходимость установления для должника, уплатившего долг, механизма их возмещения.

Соответствующие предписания, направленные на справедливое распределение понесенных исполнившим должником расходов между всеми содолжниками (так называемая «регрессная раскладка»), известны многим международным актам унификации частного права (см. ст. 11.1.10 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—4:107 Модельных правил европейского частного права).

2.1. Доли раскладки

Согласно комментируемому пункту, раскладка осуществляется в равных долях, т.е. презюмируется равенство долей, в рамках которых содолжники отвечают перед кредитором.

Но это правило определения объема требований исполнившего солидарного должника к другим содолжникам должно рассматриваться лишь в качестве правила, действующего по умолчанию. Его применение может быть исключено специальным законодательством. Например, в ситуации совместного причинения вреда при раскладке доля, приходящаяся на каждого из сопричинителей, определяется с учетом степени вины каждого из них (см. п. 2 ст. 1081 ГК РФ, п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1).

Кроме того, отступление от равенства долей, применяемых при раскладке, может вытекать из внутренних отношений содолжников, например, следовать из прямо выраженных контрактных договоренностей между ними либо существа отношений и соображений справедливости и разумности. Так, например, если в результате ДТП, возникшего в результате совместной вины перевозчика груза и третьего лица, гибнет перевозимый перевозчиком груз, то перед собственником в рамках договорной ответственности отвечает перевозчик, а в рамках деликтной – другой виновник ДТП. При этом перевозчик, выплатив грузоотправителю-собственнику стоимость погибшего в результате ДТП груза в рамках своей договорной ответственности, вправе «компенсировать» часть выплаченной суммы, предъявив требование к другому виновнику ДТП, и при этом пропорция раскладки будет определяться сообразно степени вины. Если же в такой ситуации ДТП возникло исключительно по вине другого водителя, перевозчик, выплативший собственнику компенсацию стоимости вещи, может в регрессном порядке возместить всю эту стоимость за счет виновника ДТП.

2.2. Регресс

Отечественное законодательство в качестве инструмента такого распределения традиционно использует *право регрессного (обратного) требования* исполнившего должника к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого (подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ).

Регрессный характер дает основание констатировать самостоятельность и независимость права такого исполнившего должника (регредента) от существовавшего права кредитора. Соответственно, исполнивший должник не может использовать против содолжников те преимущества (в частности, обеспечения), которые существовали в отношении требования кредитора. С формальной точки зрения в рамках регрессного обязательства регрессанты (неисполнившие содолжники) не могут использовать возражения, которые они могли противопоставить кредитору (о возможных изъятиях из данного правила см. п. 5 комментария к ст. 324 ГК РФ). Наконец, самостоятельность

регрессного требования означает, что срок исковой давности по этому требованию должен исчисляться с момента его возникновения (момента погашения солидарного обязательства одним из содолжников), на что прямо указано в п. 3 ст. 200 ГК РФ.

Международные акты унификации частного права предполагают более гибкое решение проблемы раскладки. Хотя соответствующее требование исполнившего должника в большинстве случаев именуется регрессным, специальное его регулирование позволяет регрессанту сохранить против регредиента все возражения, которые имелись у него против кредитора (см. ст. 11.1.12 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.—4:112 Модельных правил европейского частного права). Тем самым обеспечивается стабильность правового положения солидарного должника, его независимость от взаимоотношений кредитора с другим солидарным должником. Для стимулирования же солидарного должника к скорейшему погашению долга перед кредитором и дальнейшего обеспечения его интереса международные акты унификации (см. п. 1 ст. 11.1.11 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.—4:107 Модельных правил европейского частного права) предоставляют солидарному должнику, предъявляющему требование о возмещении к содолжникам, возможность использовать права кредитора, включая все права, обеспечивающие исполнение. При этом использование суброгационного требования является правом исполнившего должника, и именно последний выбирает наиболее выгодный для себя образ действия.

Это решение представляется более разумным, чем то, которое реализовано в ГК РФ. Например, можно было бы установить, что исполнивший содолжник может в течение некоего короткого разумного срока объявить другим содолжникам и кредитору, что он решает воспользоваться моделью суброгации; модель же возникновения нового регрессного обязательства будет действовать как модель по умолчанию, если кредитор в указанный срок промолчал.

2.3. Правовая природа и сущность регрессного требования

Вопрос о существовании и природе *регрессного* требования мало исследован в российской доктрине. В связи с этим для современного отечественного права неочевидно даже, считать ли регрессом лишь те случаи, которые прямо маркированы подобным образом в законе, либо регрессным можно признавать любое выравнивающее требование, поводом возникновения которого выступает погашение лицом долга, обременявшего также и другое лицо, либо поводом к возникновению которого стала вина другого лица (например, договорное требование дилерского центра к заводу-изготовителю, вызванное наличием в товаре, возвращенном потребителем, производственного дефекта).

Еще более сложным является вопрос, скрывается ли под термином «регресс» какая-либо собственная юридическая сущность, либо регресс являет собой, скорее, общую экономическую характеристику притязаний, а с точки зрения юридической квалификации за термином «регресс» могут скрываться различные по своей природе требования — договорные, деликтные, кондикционные. В этих условиях судебная практика решает те или иные вопросы, связанные с феноменом регресса, во многом интуитивно.

Однако нельзя не заметить, что в некоторых своих актах ВС РФ (например, Определение СКГД ВС РФ от 11 июня 2019 г. № 5-КГ19-60) допускает применение к регрессным притязаниям исполнившего должника правил гл. 60 ГК РФ о кондикционных обязательствах (в частности, п. 2 ст. 1107 ГК РФ). Это может свидетельствовать в пользу того, что ВС РФ отрицает самостоятельную сущность регрессных притязаний, рассматривая в качестве дефолтного именно кондикционную природу выравнивающего требования исполнившего солидарного должника. Подобный подход следует поддержать.

Уже сама хаотичность использования законодателем категории «регресс», видимо, свидетельствует об отсутствии у этой категории какой-либо самостоятельной правовой сущности и природы. Кроме того, правило бритвы Оккама не дает возможности признать самостоятельную природу регрессных притязаний в случае, если их механика может быть успешно объяснена с помощью иных ординарных частноправовых институтов. Применительно к интересующей нас ситуации — регрессного притязания исполнившего содолжника — его самостоятельный характер может быть обоснован, если мы предварительно признаем невозможность квалификации такого притязания в качестве кондикционного. Но в большинстве рассматриваемых ситуаций наличествуют все условия для обнаружения кондикционного обязательства: обогащение содолжников в результате погашения (прекращения) соответствующего требования кредитора к каждому из них, обогащение за счет исполнившего содолжника, обогащение в отсутствие правовых оснований — договора, связывающего содолжников, указаний закона и пр., Соответственно, отрицать кондикционную природу регрессного притязания достаточно тяжело.

В любом случае регрессное притязание исполнившего содолжника является денежным. Как следствие, независимо от характера обязательств, связывавших содолжников с кредитором (уплата денег, передача имущества, выполнение работ, оказание услуг), регрессное требование исполнившего солидарного должника всегда будет выражено в деньгах.

2.4. Регресс как восполняющее правило последнего порядка

Вопреки распространенному мнению, регресс не является не только необходимым условием возникновения пассивного солидаритета, но и его обязательным последствием. Это очевидно уже из анализа правил подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ, которые предусматривают возникновение регрессного притязания исполнившего солидарного должника к другим содолжникам лишь в качестве дефолтного правила. При этом данное правило применяется в последнюю очередь, если его применение не исключено законом, договором или существом отношений содолжников.

Так, значительным своеобразием характеризуется солидаритет, возникающий при поручительстве. В качестве последствия исполнения обязательства поручителем п. 2 ст. 365 ГК РФ называет переход к поручителю прав кредитора по этому обязательству, т.е. суброгацию. Суброгационный эффект влечет по общему правилу и исполнение обязательства новым должником, принявшим долг в солидарном порядке по модели кумулятивной «интерцессии» («адпромиссии») (абзац второй п. 3 ст. 391 ГК РФ).

Применение правил подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ может быть исключено и существом отношений между содолжниками. Так, если в основе внутренней связи содолжников лежит договор (например, простого товарищества), требование о возмещении связанных с исполнением одним из них расходов по своей природе будет являться договорным и подчиняться условиям такого договора. Более того, специфика договора, регламентирующего внутренние отношения содолжников, может в принципе исключать возникновение каких-либо последствий произведенного одним из содолжников исполнения. Например, если, осуществляя предоставление в адрес кредитора, солидарный должник действует с намерением одарить другого содолжника, произведенное исполнение прекращает обязательство предоставить дар и не влечет никаких дальнейших притязаний.

Регресс будет вовсе исключен в сценарии, когда вор украл вещь собственника со склада, и погашает убытки поклажедателя. Естественно, вор не сможет заявить регрессный иск к складу в такой ситуации.

Таким образом, правила п. 2 ст. 325 ГК РФ не только не являются обязательным (необходимым) элементом пассивного солидаритета, но и в действительности имеют достаточно небольшой регулятивный потенциал. Они применимы лишь к случаям раскладки между содолжниками, не связанными между собой договорными или иными отношениями, существо которых предопределяет иные внутренние последствия исполнения, произведенного одним из содолжников кре-

дитору, и при этом отсутствует особое нормативное регулирование таких последствий.

То же, как было указано в п. 2.1 комментария к настоящей статье, касается и установленного в комментируемом пункте правила о регрессной раскладке в равных долях. Существо внутренних отношений содолжников может предопределить иные доли распределения.

2.5. Отказ одного из солидарных должников от участия в раскладке

Подпункт 2 п. 2 ст. 325 ГК РФ посвящен вопросу распределения рисков отказа одного из солидарных должников от участия в покрытии понесенных исполненным солидарным должником расходов. В русле общих тенденций, характерных для зарубежных национальных и наднациональных актов (см. ст. 11.1.13 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. III.—4:107 Модельных правил европейского частного права), отечественный законодатель предусматривает, что неуплаченное одним из солидарных должников должнику, осуществившему исполнение, падает в равной доле на остальных должников, включая должника, исполнившего обязательство.

При применении данных правил следует учитывать, что они рассчитаны не только на случаи банкротства одного из содолжников, но и могут применяться в иных ситуациях, когда получить исполнение от содолжника не удалось (например, исполнительный лист возвращен в связи с отсутствием имущества, на которое может быть обращено взыскание). Вместе с тем необходимо понимать, что обязательной предпосылкой для соответствующего перераспределения служит принятие солидарным должником, исполнившим обязательство и требующим возмещения, всех разумных и доступных усилий, чтобы взыскать уплаченное от неисполняющего содолжника. В связи с этим неполучение исполненным солидарным должником от одного из содолжников ответа на предложение возместить понесенные расходы само по себе не позволяет предъявить требование в соответствующей части другому содолжнику.

Правила подп. 2 п. 2 ст. 325 ГК РФ о равном распределении неуплаченного одним из содолжников применяются, если иное не установлено законом, договором, регламентирующим внутренние отношения содолжников, или не вытекает из их существа.

2.6. Последствия частичного исполнения для внутренних отношений содолжников

Международные акты унификации прямо устанавливают возможность солидарного должника требовать возмещения не только при полном исполнении им обязательства, но и в случае частичного исполнения в размере, превышающем его внутреннюю долю (см. ст. 11.1.10

Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—4:107 Модельных правил европейского частного права).

В отечественном законодательстве регулирование данного вопроса отсутствует. Судебная практика склоняется, скорее, к варианту, предложенному в международных актах. Так, в п. 53 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 разъяснено, что правом регрессного требования к остальным должникам в соответствующей части, включая возмещение расходов на исполнение обязательства, предусмотренных ст. 309.2 ГК РФ, обладает должник, исполнивший обязательство в размере, превышающем его долю. На наш взгляд, более целесообразным было бы применение ст. 325 ГК РФ по аналогии к любому частичному исполнению обязательства одним из солидарных должников, независимо от того, превышает предоставленное исполнение размер его доли или нет. При этом вычет доли, падающей на уплатившего содолжника, осуществлялся бы пропорционально уплаченному им. Подобный подход в наибольшей степени соответствует сути регрессного притязания, направленного на возмещение той имущественной выгоды в виде уменьшения бремени долга, которая наступает для содолжников вследствие удовлетворения кредитора. Кроме того, подобное решение стимулирует содолжников к совершению предоставлений в адрес кредитора, тем самым обеспечивая защиту интересов последнего.

3. Последствия зачета или иных способов прекращения обязательства

Установленные ст. 325 ГК РФ последствия наступают, согласно комментируемому пункту, и в случае зачета требований (ст. 410 ГК РФ), состоявшегося между кредитором и одним из солидарных должников. При этом не имеет значения, произведен зачет по заявлению солидарного должника или кредитора (см. ст. 11.1.5 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—4:108 Модельных правил европейского частного права). Иной подход не может быть объяснен ни существом зачета как суррогата исполнения, ни спецификой солидарных обязательств.

3.1. Иные способы прекращения

Вопрос о влиянии на солидарное обязательство других способов прекращения обязательств в отечественном законодательстве прямо не решен и представляет определенную сложность.

Международные акты также воздерживаются от исчерпывающего регулирования этих вопросов, крайне лаконично упоминая лишь о конфузии (см. п. 2 ст. III.—4:108 Модельных правил европейского частного права) и прощении долга (см. ст. 11.1.6 Принципов УНИДРУА, ст. III.—4:109 Модельных правил европейского частного права).

В самом общем виде следует признать допустимость применения правил ст. 325 ГК РФ *mutatis mutandis* ко всем «суррогатам» исполнения (в частности, депонированию, новации, предоставлению отступного).

Наиболее актуален вопрос о последствиях прощения кредитором долга одного из солидарных должников.

3.2. Прощение долга

Некоторые разъяснения в отношении прощения долга даны в п. 52 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54, в котором Пленум ВС РФ указал следующее: «Согласно статье 324 Гражданского кодекса Российской Федерации солидарный должник не может ссылаться в качестве возражения на требование кредитора на то обстоятельство, что кредитор отказался от иска к другому солидарному должнику или простил ему долг. Вне зависимости от этих действий кредитора должник, исполнивший солидарную обязанность, получает регрессное требование, в том числе и к должнику, в отношении которого кредитор отказался от иска или которому он простил долг».

Подобный подход требует пояснений. Он соответствует традициям немецкой правовой системы, и его достоинством выступает то, что он не распространяет эффект прощения долга (отношений конкретного содолжника с кредитором) на внутренние отношения содолжников между собой: кредитор и один из содолжников не могут договориться таким образом, что это лишит прав другого содолжника на регрессное возмещение за счет того, чей долг был прощен кредитором (п. 3 ст. 308 ГК РФ). Достаточно представить ситуацию, когда в примере с кражей со склада собственник простит вору его долг, а затем взыщет все со склада. Если прощение долга лишает склад возможности заявить регрессный иск, возникает абсурдная ситуация. В то же время предложенное ВС РФ решение делает прощение долга экономически бессмысленным для прощенного должника (особенно в случае «возмездного» прощения долга), поскольку, освобождаясь от притязаний кредитора, такой должник все равно остается обязанным в рамках регрессного требования, при этом размер его «внутренней доли» совершенно не изменяется. На это можно было бы ответить, что в силу непосредственного влияния такого прощения долга на права другого содолжника, прощение долга не блокируется, но его влияние на освобождение от регрессной раскладки требует согласования с другими содолжниками.

Следует заметить, что указанное выше поддержанное ВС РФ решение не является единственно возможным. В качестве альтернативы можно указать на правила ст. III.—4:109 Модельных правил европейского частного права, в рамках которых решение, аналогичное

тому, которое поддержал ВС РФ, закреплено в отношении случаев солидарного возмещения вреда, но в отношении иных случаев солидаритета выбран иной подход: если кредитор прощает долг одному из солидарных должников, остальные должники освобождаются от ответственности за долю этого должника (т.е. размер их долга уменьшается на сумму, соответствующей доле прощенного должника в рамках отношений по внутренней раскладке), и поэтому оставшийся солидарный должник, осуществив исполнение уменьшенного размера долга, не может требовать регрессного возмещения от прощенного содолжника. При этом в отношениях между солидарными должниками прощенный кредитором должник освобождается только в пределах той доли, которая приходилась на него на момент прощения, но не от любой дополнительной доли, за которую этот должник мог бы впоследствии стать ответственным в результате приращения долей в связи с невозможностью для исполнившего должника добиться возмещения за счет некоего третьего содолжника.

Следует также отметить, что разъяснение п. 52 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 касается лишь ситуации, когда по соглашению с одним из содолжников кредитор прощает долг именно этому должнику. Вместе с тем нет препятствий к тому, чтобы кредитор согласовал с одним из солидарных должников прекращающее обязательства всех содолжников общее прощение долга. Допустимость подобного соглашения прямо признается в большинстве зарубежных правовых порядков. В рамках же отечественного права подобная возможность общего прощения долга отдельным соглашением кредитора с одним из содолжников может быть объяснена с помощью конструкции договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ), которая в рамках широкой интерпретации рамок этой конструкции допускает предоставление третьему лицу не только обязательственных прав, но и иных преимуществ и иных выгод. Впрочем, другие содолжники могут возразить против освобождения лично их от долга по общим правилам ст. 415 ГК РФ о прощении долга.

При этом в случае сомнения следует рассматривать заключенное кредитором и одним из содолжников соглашение о прощении долга как направленное лишь на освобождение от долга не всех, а именно конкретного содолжника-контрагента. Такая презумпция соответствует идее «отказ от права не должен предполагаться», и принята во многих зарубежных правовых порядках.

В силу обеспечительной природы солидаритета при поручительстве по общему правилу поручитель вправе ссылаться на то, что кредитор простил долг должнику или отказался от иска к должнику (п. 52 По-

становления от 22 ноября 2016 г. № 54). Прекращение обеспеченного долга в результате прощения долга является основанием для прекращения поручительства (п. 1 ст. 367 ГК РФ).

Статья 326. Солидарные требования

1. При солидарности требования любой из солидарных кредиторов вправе предъявить к должнику требование в полном объеме.

До предъявления требования одним из солидарных кредиторов должник вправе исполнять обязательство любому из них по своему усмотрению.

2. Должник не вправе выдвигать против требования одного из солидарных кредиторов возражения, основанные на таких отношениях должника с другим солидарным кредитором, в которых данный кредитор не участвует.

3. Исполнение обязательства полностью одному из солидарных кредиторов освобождает должника от исполнения остальным кредиторам.

4. Солидарный кредитор, получивший исполнение от должника, обязан возместить причитающееся другим кредиторам в равных долях, если иное не вытекает из отношений между ними.

Комментарий

1. Сущность активного солидаритета

Статья 326 ГК РФ посвящена регламентации активной солидарности (солидарной множественности лиц на стороне кредитора). Подобные отношения характеризуются тем, что каждый из нескольких сокредиторов является кредитором в отношении всего долга и вправе требовать его исполнения должником полностью. Например, при неделимости результата работ, выполняемых по договору несколькими подрядчиками, последние являются солидарными кредиторами по требованию об оплате этих работ (п. 1 ст. 707 ГК РФ), и, соответственно, каждый из подрядчиков вправе требовать от заказчика уплаты согласованной цены работ в полном объеме. Таким образом, при активной солидарности наличествуют несколько требований, имеющих, как правило, одно основание, но самостоятельных в отношении друг друга.

При этом ст. 326 ГК РФ использует юридико-технический прием, характерный для большинства национальных и наднациональных актов (см. ст. 11.2.2–11.2.4 Принципов УНИДРУА, ст. III.–4:206 и ст. III.–4:207 Модельных правил европейского частного права),

практически зеркально воспроизводя применительно к активной солидарности большинство правил, установленных для солидарности пассивной (ст. 323–325 ГК РФ).

1.1. Внешние отношения активного солидаритета

Пункт 1 ст. 326 ГК РФ закрепляет за должником право предложить исполнение одному из сокредиторов по своему выбору. Указанная возможность выбора прекращается, как только один из кредиторов предъявил к нему иск. После этого должник вправе совершить предоставление в адрес другого кредитора только при условии, что иск первого кредитора судом не удовлетворен. Если иск охватывает лишь часть долга, все остальные кредиторы (в том числе и тот, кто заявлял частичное требование) признаются солидарными кредиторами в остающейся части долга.

Отраженный в п. 1 ст. 326 ГК РФ подход, ограничивающий выбор должником кредитора, которому он вправе осуществлять исполнение, известен ряду зарубежных правовых порядков. Однако международные унификации сознательно проигнорировали установление подобного ограничения во многом из-за опасения, что подобное решение может привести к сговору между должником и одним из сокредиторов.

1.2. Требования к надлежащему исполнению

Активная солидарность не отменяет общих требований ГК РФ к надлежащему исполнению. Поэтому, например, сокредитор вправе не принимать предложенное должником частичное исполнение, если иное не установлено договором (ст. 311 ГК РФ).

1.3. Секундарные права

Крайне лапидарное регулирование института активного солидаритета (ограничивающееся лишь вопросами исполнения) оставляет открытой проблему возможного использования сокредиторами секундарных (преобразовательных) прав. Может ли один из сокредиторов осуществлять секундарные права в отношении долга таким образом, что это изменит или прекратит обязательство должника перед другими кредиторами? Может ли, например, один из сокредиторов реализовать право на отказ от договора, на основе которого возникли солидарные требования, или реализовать право на его изменение, не согласовав с другими сокредиторами, или осуществить выбор в альтернативном обязательстве. Данный вопрос достаточно спорен и не прояснен в российском праве.

1.4. Прощение долга

Отечественное законодательство также оставляет без внимания вопрос о допустимости заключения одним из сокредиторов согла-

шения с должником о прекращении или изменении обязательства. Ввиду самостоятельности правовых связей каждого из сокредиторов с должником, характерных для активного солидаритета (который, как и солидаритет пассивный, следует считать не единым обязательством со множественностью лиц, а множеством обязательств, объединенных единством погашающего действия), в первом приближении кажется возможным совершение подобных «сепаратных» соглашений. Однако это ставит перед нами куда более сложный вопрос — о пределах действия таких соглашений: распространяется ли их эффект только на правовую связь (обязательство) заключивших такое соглашение должника и конкретного кредитора, или оно влияет и на притязания к должнику иных сокредиторов, не участвовавших в заключении такого соглашения?

Например, что, если один из солидарных кредиторов простил долг должнику влияет ли это как-то на обязательственные связи должника с другими кредиторами? Или речь идет в таком случае только о прекращении долга должника в объеме, равном тому, который причитался бы данному конкретному кредитору в рамках внутреннего распределения? Или такие соглашения могут заключаться только со всеми кредиторами?

Данные вопросы в российском праве не вполне разработаны, что неудивительно с учетом редкости самого феномена активной солидарности. Обсуждаются они и в зарубежном праве, причем нередко решаются по-разному. Например, согласно п. 1 ст. III.—4:207 Модельных правил европейского частного права прощение долга, осуществленное в отношении должника одним из солидарных кредиторов, не затрагивает требований других солидарных кредиторов. Но нередко такое решение оспаривается.

2. Возражения должника

Возражения, которыми обладает должник, могут быть «общими» в отношении всех солидарных кредиторов (например, проистекающими из пороков содержания договора, лежащего в основе возникновения активной солидарности), либо основываться на его отношениях с каждым из них в отдельности («личные» возражения против конкретного кредитора — например, о предоставленной данным кредитorem отсрочке). В использовании возражений первой группы должник не ограничен. Что касается возражений второй группы, п. 2 ст. 326 ГК РФ запрещает должнику выдвигать против требования одного из сокредиторов «личные» возражения, основанные на отношениях с другим солидарным кредитором.

Во многом сходное регулирование содержится в международных актах унификации (см. ст. 11.2.3 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—4:112, п. 2 ст. III.—4:207 Модельных правил европейского частного права).

3. Исполнение

3.1. Влияние на внешние отношения активного солидаритета

Пункт 3 ст. 326 ГК РФ предусматривает достаточно очевидное правило, согласно которому надлежащее исполнение, произведенное одному из сокредиторов, прекращает солидарное обязательство и, соответственно, освобождает должника от исполнения другим кредиторам. Это все то же единство погашающего эффекта исполнения, которое налицо и при пассивной солидарности, только оцененное с иного ракурса.

Данные последствия должны наступать и в случае, когда с соблюдением правил ст. 311 и п. 1 ст. 326 ГК РФ должник совершил полное предоставление в соответствующих частях в пользу нескольких или всех сокредиторов (например, уплатил половину задолженной суммы одному, а половину — другому кредитору).

3.2. Исполнение: влияние на внутренние отношения активного солидаритета

Специфика активной солидарности, в том числе и отраженная в предписаниях п. 3 ст. 326 ГК РФ, состоит в крайне рискованном положении сокредиторов, каждый из которых является заложником поведения остальных сокредиторов. Например, получив исполнение по обеспеченному долгу, сокредитор лишает других сокредиторов имевшихся обеспечений. При этом в рамках требований о возмещении (п. 4 ст. 326 ГК РФ) другие сокредитеры вполне могут столкнуться с его неплатежеспособностью.

В связи с повышенным риском отношений «сокредиторства» отечественному законодательству практически неизвестны нормативные случаи установления активной солидарности. Активный солидаритет почти всегда базируется на договоре. Даже немногочисленные примеры активного солидаритета, установленного законом, например, абзацем вторым п. 1 ст. 670 ГК РФ, также предполагают, что солидарные кредиторы (в данном примере лизингодатель и лизингополучатель) связаны между собой договором. Это дает возможность объяснить соответствующий риск обычным риском выбора контрагента. Лежащий в основе активной солидарности договор позволяет заинтересованным сокредиторам минимизировать соответствующие риски за счет различных договорных условий (в частности, обеспечений в отношении требования о передаче части полученного).

4. Требование о передаче части полученного как следствие исполнения для внутренних отношений активного солидаритета

Согласно установленному в п. 4 ст. 326 ГК РФ общему правилу, получение одним из сокредиторов полного исполнения влечет необходимость его распределения. В этих целях такой солидарный кредитор обязан возместить причитающееся другим кредиторам в равных долях, если иные пропорции распределения или иные последствия не вытекают из отношений между сокредиторами.

Реализация этой возможности осуществляется посредством притязаний о возмещении (обратных требований). И хотя п. 4 ст. 326 ГК РФ не использует для этих притязаний какого-либо особого термина, очевидно, что по своей направленности и характеристикам эти требования близки регрессным притязаниям в рамках внутренних отношений пассивной солидарности (п. 2 ст. 325 ГК РФ). Они самостоятельны по отношению к требованиям, существовавшим в отношении должника, и независимы от них и, видимо, должны носить денежный характер.

Вместе с тем термин «обратное (регрессное) требование», как и в случае использования подобной терминологии применительно к пассивному солидаритету (см. п. 2.3 комментария к ст. 325 ГК РФ), сам по себе не исключает вопроса о природе данного требования. При всей дискуссионности этого вопроса, на наш взгляд, и здесь есть все основания для квалификации «обратного (регрессного) требования» в качестве по умолчанию кондикционного, если этот правовой режим не вытесняется договорным правовым основанием в сценарии наличия договора между сокредиторами, формирующим правовое основание для распределения полученного.

4.1. Иные последствия исполнения для внутренних отношений активного солидаритета

Предписания п. 4 ст. 326 ГК РФ относительно принадлежащих другим сокредиторам по отношению к кредитору, получившему исполнение, требований и их размера применяются, если иное не вытекает из отношений между сокредиторами. Поскольку выше мы уже указывали, что в основе внутренних отношений активной солидарности практически всегда лежит договор между сокредиторами (например, договор простого товарищества), именно он и будет определять необходимость и пропорции распределения полученного одним из сокредиторов и размер такого распределения.

В связи с этим значение правил п. 4 ст. 326 ГК РФ невелико, а сфера их применения сводится лишь к случаям, когда такой договор, опосредующий внутренние отношения активной солидар-

ности, является незаключенным и недействительным, и при этом порок не затронет сами обязательственные притязания сокредиторов к должнику, либо случаям, когда такой договор не определяет пропорции распределения.

4.2. Частичное удовлетворение

Поскольку указанное в п. 4 ст. 326 ГК РФ требование о возмещении (обратное требование) имеет целью недопущение обогащения одного из сокредиторов за счет другого, соответствующие правила применяются не только при полном, но и при частичном исполнении. Кредитор, получивший не полное удовлетворение, а лишь часть его, не вправе засчитать все полученное в счет причитающейся ему доли, а должен представить к разделу между всеми согласно применимой к их внутренним отношениям пропорции распределения.

4.3. Иные способы прекращения

Вопрос о влиянии на отношения активной солидарности других способов прекращения обязательств ст. 326 ГК РФ не решен. В силу универсальности предписаний ст. 410 ГК РФ и характера зачета как «суррогата» исполнения очевидно, что установленные п. 3 и 4 ст. 326 ГК РФ последствия наступают и в случае зачета требований, состоявшегося между одним из солидарных кредиторов и должником. При этом не имеет значения, произведен зачет по заявлению солидарного кредитора или должника (см. п. 1 ст. III.—4:108, п. 2 ст. III.—4:207 Модельных правил европейского частного права).

Установленные п. 3 и 4 ст. 326 ГК РФ последствия должны наступать и в иных случаях прекращения солидарных требований «суррогатами» исполнения (в частности, при депонировании, новации, предоставлении отступного). Если один из сокредиторов согласовал с должником погашение его долга путем передачи отступного и принял отступное, долг должника прекращается перед всеми сокредиторами, а кредитор, принявший имущество в качестве отступного, обязан возместить другим сокредиторам соответствующую долю от номинала долга (а не от стоимости полученного имущества), как если бы этот кредитор получил от должника платеж в счет погашения всего долга. Обратное возможно, если погашение долга путем передачи отступного было согласовано всеми кредиторами. То же и в случае, когда кредитор договорился с должником о новации его долга в новый долг, единственным кредитором по которому будет данный кредитор.

В случае если один из сокредиторов наследует за умершим должником долг последнего, конфузия как способ прекращения обязательств (см. комментарий к ст. 413 ГК РФ) приводит к тому, что дан-

ный кредитор обязан выдать другим сокредиторам часть погашенного долга согласно применимым пропорциям распределения; при этом эта пропорция будет применяться к той части долга, которая перешла к кредитору по наследству в пределах стоимости унаследованного имущества.

Дополнительная литература

Белов В.А. Солидарность обязательств (общее учение и отдельные осложняющие моменты — альтернативность, обеспечение, перемена лиц, прекращение) // Практика применения общих положений об обязательствах: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2011. С. 52–89.

Майер С. Множественность должников в европейском договорном праве // Вестник гражданского права. 2014. Т. 14. № 3. С. 213–279.

Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 202–220

Павлов А.А. К вопросу о сущности солидарных обязательств // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 17. Ярославль, 2010. С. 65–75.

Павлов А.А., Заброцкая А.М. Новые принципы регулирования солидарных обязательств // Вестник ВАС РФ. 2011. № 9. С. 62–93.

Павлов А.А. Пассивные солидарные обязательства в разъяснениях Верховного Суда РФ // Закон. 2017. № 1. С. 58–67.

Тололаева Н.В. Пассивные солидарные обязательства: российский подход и континентально-правовая традиция. М., 2020.

Эманн Х. Солидарные долги: отказ от единой категории солидарного долга? // Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 6. С. 185–229.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1557–1626.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 397–432 (Erlaß, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern). Berlin, 2017. § 420–432.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht — Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 420–432.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1451–1489.

Статья 327. Исполнение обязательства внесением долга в депозит

1. Должник вправе внести причитающиеся с него деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса, а в случаях, установленных законом, в депозит суда – если обязательство не может быть исполнено должником вследствие:

- 1) отсутствия кредитора или лица, уполномоченного им принять исполнение, в месте, где обязательство должно быть исполнено;
- 2) недееспособности кредитора и отсутствия у него представителя;
- 3) очевидного отсутствия определенности по поводу того, кто является кредитором по обязательству, в частности в связи со спором по этому поводу между кредитором и другими лицами;
- 4) уклонения кредитора от принятия исполнения или иной просрочки с его стороны.

1.1. Утратил силу с 1 июня 2018 г. – Федеральный закон от 23 мая 2018 г. № 120-ФЗ.

2. Внесение денежной суммы или ценных бумаг в депозит нотариуса или суда считается исполнением обязательства.

Нотариус или суд, в депозит которого внесены деньги или ценные бумаги, извещает об этом кредитора.

3. Во всякое время до получения кредитором денег или ценных бумаг из депозита нотариуса либо суда должник вправе потребовать возврата ему таких денег или ценных бумаг, а также дохода по ним. В случае возврата должнику исполненного по обязательству должник не считается исполнившим обязательство.

4. В случае передачи нотариусу на депонирование движимых вещей (включая наличные деньги, документарные ценные бумаги и документы), безналичных денежных средств или бездокументарных ценных бумаг на основании совместного заявления кредитора и должника к таким отношениям подлежат применению правила о договоре условного депонирования (эскроу), поскольку иное не предусмотрено законодательством о нотариате и нотариальной деятельности.

Комментарий

1. Внесение долга в депозит – субститут исполнения обязательства

Комментируемая статья регулирует один из субститутов исполнения обязательства: внесение имущества, подлежащего передаче по обязательству, в депозит нотариуса или суда, согласно данной норме, позволяет добиться такого же эффекта, как и надлежащее исполне-

ние (ст. 408 ГК РФ). Для использования такого способа исполнения должны быть соблюдены определенные условия, о которых и говорит п. 1 ст. 327 ГК РФ. Но если такие условия наступили, освобождение от долга путем депонирования возможно по общему правилу, и наличия какого-либо соглашения с кредитором по данному вопросу не требуется. Вместе с тем соглашение с кредитором может давать должнику право на депонирование и за рамками случаев, указанных в п. 1 ст. 327 ГК РФ.

По общему правилу депонирование как способ исполнения при отсутствии согласия кредитора или даже на основании заключенного между кредитором и должником соглашения, оговаривающего такой способ исполнения, возможно только для таких объектов, как наличные или безналичные деньги либо документарные или бездокументарные ценные бумаги.

Депонирование иных движимых вещей, кроме наличных денег, согласно п. 4 ст. 327 ГК РФ возможно только на основании совместного заявления должника и кредитора. При отсутствии согласия кредитора, выраженного в обращении к нотариусу, должник по обязательству передать драгоценности, картину, автомобиль или документы не может освободиться от такого долга путем депонирования.

1.1. Основания для депонирования

Депонирование правомерно только в тех случаях, когда для этого имеются правовые основания. Такие основания указаны в п. 1 и 4 ст. 327 ГК РФ, а также в ряде иных норм закона, могут такие основания вытекать и из соглашения между должником и кредитором.

Итак, в случаях, указанных в п. 1 ст. 327 ГК РФ, должник вправе депонировать указанное в этой норме имущество (наличные или безналичные деньги, документарные или бездокументарные ценные бумаги), освободившись тем самым от долга, и согласие кредитора для этого не требуется. Закон в таких ситуациях говорит о внесении и принятии имущества *в депозит нотариуса*. В договоре между должником и кредитором могут быть также предусмотрены дополнительные основания освобождения от долга путем внесения имущества в депозит, хотя прямо в п. 1 ст. 327 ГК РФ об этом не сказано.

В соответствии с п. 4 ст. 327 ГК РФ депонирование движимых вещей, включая документарные ценные бумаги, наличные деньги и документы, безналичных денег и бездокументарных ценных бумаг может также осуществляться на основании адресованных нотариусу заявлений должника и кредитора, и закон в этом отношении говорит о передаче и принятии имущества *«на депонирование»* и применении к отношениям правил об эскроу.

Далее по тексту термины «внесение в депозит» и «депонирование» мы будем использовать как синонимы для любых оснований, упомянутых в ст. 327 ГК РФ.

1.1.1. Деponирование имущества на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ

В норме указано на возникновение права погашения долга путем внесения имущества в депозит при просрочке кредитора. Некоторые из примеров просрочки кредитора отдельно упомянуты в подп. 1—4 п. 1 ст. 327 ГК РФ, но законодатель не пытается исчерпывающим образом перечислить все такие случаи и устанавливает общее правило о доступности деponирования при просрочке кредитора. Если кредитор уклоняется от получения имущества (не сообщает реквизиты счета для осуществления безналичного перевода, безосновательно уклоняется от принятия платежа наличными, своевременно не обращается к регистратору с заявлением о зачислении бездокументарных ценных бумаг на свой счет в соответствующем реестре, отказывается выдавать расписку о погашении наличного долга и т.п.), должник может освободиться от долга путем внесения соответствующего имущества в депозит нотариуса. Один из частных случаев просрочки кредитора упомянут в подп. 1 п. 1 ст. 327 ГК РФ, который позволяет деponирование в случае отсутствия кредитора или лица, уполномоченного им на принятие исполнения, в месте, где обязательство должно быть исполнено.

Другое основание для деponирования (подп. 2 п. 1 ст. 327 ГК РФ) обнаруживается в тех случаях, когда кредитор был лишен или ограничен в дееспособности или не достиг возраста дееспособности, но представителя, который мог бы представлять кредитора при принятии имущества, нет (например, опекун скончался, а новый пока не назначен). Вопрос о том, корректно ли в такой ситуации говорить о просрочке кредитора, может быть спорным, но в любом случае закон прямо упоминает эту ситуацию в качестве основания для деponирования.

Особенная ситуация упоминается в подп. 3 п. 1 ст. 327 ГК РФ: возникновение неопределенности в фигуре кредитора. В данном случае просрочки кредитора — длящегося нарушения кредиторской обязанности — может и не быть, а неопределенность может возникнуть объективно. Например, типичная ситуация: кредитор умирает, и наследники не успевают вступить в наследство к моменту наступления срока платежа. В целом подобные ситуации могут быть крайне разнообразны (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 22 мая 2017 г. № 304-ЭС17-1258). Неопределенность фигуры кредитора должна быть объективной: необходимо установить, что любое разумное лицо на месте должника, обладая доступной ему информацией, испытывало бы серьезные сомнения в отношении того, кому следует осуществить пре-

доставление. Надуманные сомнения, основанные на предположениях, права на депонирование не дают.

1.1.2. Иные установленные в законе основания для внесения имущества в депозит

Иногда другие нормы ГК РФ или специальные законы также указывают на возможность внесения денег в депозит нотариуса. Например, здесь можно вспомнить п. 4.1 ст. 76 (выкуп акционерным обществом акций у его акционеров) и п. 7 и 7.1 ст. 84.8 (выкуп мажоритарием акций в процессе вытеснения миноритариев) Закона об АО (см. также: п. 4 ст. 313, п. 6 ст. 720 и ст. 738 ГК РФ; п. 2 ст. 56.11 ЗК РФ; п. 5 ст. 17 Закона об ипотеке, ст. 113, 142, п. 5 ст. 185.6, п. 11 ст. 189.33, п. 10 ст. 189.93, п. 7 и 8 ст. 189.96, п. 5 ст. 201.17 Закона о банкротстве; ч. 2, 5 ст. 9 и ч. 5 ст. 15 Закона об участии в долевом строительстве).

1.1.3. Депонирование по модели эскроу

В 2018 г. вступила в силу норма п. 4 о депонировании не только наличных и безналичных денег или ценных бумаг, но и движимых вещей, включая документы, на основании совместного заявления должника и кредитора с применением к этим отношениям правил об эскроу (так называемое нотариальное эскроу).

В данном случае депонирование используется не как суррогат исполнения обязательства, а как обеспечительный механизм. Незвестно, наступят или нет основания для передачи имущества кредитору, и должник (депонент) и кредитор (бенефициар) договариваются о депонировании этого имущества для того, чтобы в случае, если такие основания наступят, кредитор мог гарантированно его получить из депозита, а если нет — оно гарантированно вернется депоненту, а контролировать наступление или ненаступление оснований для передачи (так называемого раскрытия эскроу) и выступать в качестве эскроу-агента будет нотариус.

Подробнее о «нотариальном эскроу» см. комментарий к п. 4 настоящей статьи.

1.1.4. Погашение обязательства путем внесения имущества в депозит на основании условий договора между должником и кредитором

В норме п. 1 ст. 327 ГК РФ не упоминается возможность согласования в договоре между должником и кредитором права или даже обязанности должника (в том числе при наступлении определенных условий) погасить свое обязательство путем внесения наличных или безналичных денег, а также документарных или бездокументарных ценных бумаг в депозит нотариуса.

В 2015 г. в комментируемый пункт была внесена норма на сей счет: «Соглашением между кредитором и должником может быть преду-

смотрена обязанность должника исполнить обязательство по передаче денег или ценных бумаг путем внесения долга в депозит нотариуса». Но в 2018 г. этот пункт утратил силу, и вместо него в ст. 327 ГК РФ был внесен п. 4 о депонировании не только наличных и безналичных денег или документарных или бездокументарных ценных бумаг, но и иных движимых вещей, включая документы, на основании совместного заявления должника и кредитора с применением к этим отношениям правил об эскроу. Вместе с тем тот вариант, который появился в п. 4 ст. 327 ГК РФ (депонирование по модели эскроу), не является полным аналогом варианта согласования между должником и кредитором права (обязанности) должника в будущем при возникновении тех или иных оснований погасить свое созревшее обязательство путем депонирования, ибо эскроу как обеспечительный механизм, а не способ погашения долга предполагает специфический набор прав и обязанностей сторон и функций эскроу-агента, который проверяет наступление оснований для передачи имущества бенефициару. Для реализации модели эскроу согласно п. 4 ст. 327 ГК РФ требуется совместное обращение сторон к нотариусу либо (согласно ст. 88.1 Основ законодательства о нотариате) нотариально удостоверенное соглашение сторон, оговаривающее депонирование по модели эскроу, но вариант свободного согласования сторонами возможности безусловно погасить долг в депозит нотариуса с правом кредитора забрать это имущество в любой момент законом сейчас не предусмотрен. В принципе, как представляется, такая возможность может признаваться для того вида имущества, которое упомянуто в п. 1 ст. 327 ГК РФ, тем более что в ряде стран это признается (например, в Германии), но востребованность такой опции и ее совместимость с действующими нормами закона может быть предметом дискуссий.

1.1.5. Проверка нотариусом оснований для депонирования

Статья 87 Основ законодательства о нотариате не указывает на необходимость проверки правовых оснований для исполнения обязательства в депозит нотариуса, как это имеет место при регламентации требований к некоторым иным нотариальным действиям (например, при выдаче свидетельства о праве на наследство).

Согласно п. 87 Регламента нотариальных действий (утв. Приказом Минюста России от 30 августа 2017 г. № 156) основания внесения денежных сумм, в том числе валютных, и ценных бумаг в депозит нотариуса, а также данные о должнике и кредиторах нотариус устанавливает из заявления должника или иного лица в соответствии с законодательством РФ. Аналогичные правила предусмотрены и в отношении установления нотариусом места исполнения обязательства согласно

п. 88 Регламента нотариальных действий. В соответствии со ст. 90 Регламента нотариальных действий информация, предусмотренная п. 87 и 88 Регламента, фиксируется нотариусом в заявлении должника, которое хранится в делах нотариуса.

1.1.6. Последствия депонирования при отсутствии оснований

Если речь не идет о согласии сторон на депонирование по модели эскроу и принятии нотариусом на себя функции эскроу-агента (п. 4 ст. 327 ГК РФ), и при этом отсутствуют законодательные или договорные основания для правомерного погашения обязательства путем депонирования по п. 1 ст. 327 ГК РФ или в силу специальных норм закона, депонирование неправомерно и не освобождает должника от долга, при наступлении срока исполнения должник оказывается в просрочке со всеми вытекающими последствиями и может быть присужден судом к принудительному исполнению (постановления Президиума ВАС РФ от 23 июня 2009 г. № 4651/09, от 21 августа 2001 г. № 1194/99, от 3 декабря 2002 г. № 2430/02, от 3 декабря 2013 г. № 8993/13; абзац первый п. 54 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Но может случиться так, что кредитор не будет проявлять принципиальность и получит имущество у нотариуса, несмотря на то что объективно для депонирования не было правовых оснований. В какой момент такое неправомерное депонирование освобождает должника от долга в случае, если кредитор все-таки забрал имущество: в момент внесения имущества в депозит, в момент уведомления кредитора о депонировании или в момент, когда кредитор получил имущество у нотариуса? Ясного ответа в практике по данному вопросу нет. Кажется логичным выбрать компромиссный путь и считать, что, если кредитор все-таки решил забрать имущество из депозита, несмотря на отсутствие правовых оснований для депонирования, фикция исполнения, о которой говорит п. 2 ст. 327 ГК РФ, наступает не с момента депонирования или уведомления кредитора о нем, а по прошествии разумного срока, необходимого кредитору для востребования имущества, после получения им уведомления. Если кредитор получает такое уведомление, он в силу доброй совести должен в разумный срок либо уведомить должника о том, что считает такое депонирование неправомерным способом погашения долга и настаивает на надлежащем исполнении, либо обратиться к нотариусу за получением имущества. Если кредитор обратился к нотариусу в пределах разумного срока, фикция исполнения наступает в момент востребования имущества; за этот период ответственность за возможную просрочку несет должник. Если он в разумный срок отказался обращаться к нотариусу и потребовал

от должника повторного, уже надлежащего исполнения, стимулируя должника осуществить повторное корректное исполнение, но затем, столкнувшись с продолжением просрочки и возможным впадением должника в банкротство, все-таки вынужденно обратился к нотариусу и получил имущество, справедливо исходить из того, что фикция также сработает в момент востребования имущества кредитором. В конечном счете должник все это время знал о позиции кредитора и мог в любой момент забрать депозит и осуществить надлежащее исполнение. Но что, если кредитор промолчал в течение разумного срока, а затем (возможно, через годы) востребовал имущество? Должник в такой ситуации не знает о позиции кредитора в отношении депонированного имущества и может считать себя освобожденным от обязательства. Поэтому, если кредитор, нарушивший ранее свою вытекающую из доброй совести обязанность в разумный срок проинформировать должника о своем отношении к факту депонирования, все-таки заберет имущество, фикция исполнения применяется ретроактивно, по прошествии указанного разумного срока. Впрочем, какой-либо ясности по данному вопросу в судебной практике нет.

1.2. Исполнение обязательства внесением долга в депозит: право или обязанность?

Важно отметить, что исполнение обязательства внесением долга в депозит по основаниям, перечисленным в п. 1 ст. 327 ГК РФ, в силу прямого указания в данном пункте является как минимум по общему правилу правом, а не обязанностью должника, и это прямо отражено в абзаце первом п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 («Если должник, используя право, предоставленное статьей 327 ГК РФ...»).

Так, например, если имеет место просрочка кредитора в форме несообщения должнику своих реквизитов для осуществления банковского перевода, должник может и не осуществлять депонирование средств у нотариуса, избегая связанных с этим издержек, и воздерживаться от осуществления платежа, не рискуя столкнуться с привлечением к ответственности за просрочку в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ. Это прямо признано в п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 (ранее аналогичный вывод содержался в п. 10 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14). В практике ВАС РФ иногда встречался неверный обратный подход, согласно которому должнику фактически вменялось в вину то, что он, не получив данных о реквизитах кредитора, не внес деньги в депозит нотариуса (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 февраля 2013 г. № 13893/12), но эта позиция не получила развития.

При этом следует учитывать, что существует ряд правовых норм, которые напрямую указывают именно на обязанность внесения денежных сумм в депозит нотариуса (например, абзац второй п. 7 ст. 84.8 Закона об АО). Кроме того, в самом договоре между должником и кредитором может быть указано на обязанность должника осуществлять исполнение путем депонирования.

Вопрос о том, мыслимы ли ситуации, когда в отступление от общего правила должник, воздержавшийся от депонирования при наличии к тому оснований, будет привлечен к ответственности за просрочку, может быть предметом дискуссий.

1.3. Публичный депозитный счет нотариуса

Для проведения операций по принятию денежных средств нотариусы используют специальный публичный депозитный счет. На него не только зачисляются депонируемые безналичные средства, но и вносятся депонируемые наличные.

Соответствующий § 4 о правовом режиме публичного депозитного счета, состоящий из пяти статей, был введен в гл. 45 ГК РФ Федеральным законом от 26 июля 2017 г. № 212-ФЗ (подробнее о правовом режиме публичного депозитного счета см. комментарий к ст. 860.11 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

Согласно п. 9 ст. 8.2 Закона о рынке ценных бумаг в целях депонирования бездокументарные ценные бумаги в случае, если учет прав на них ведется регистратором, переводятся на специальный депозитный лицевой счет нотариуса, открываемый в соответствии с требованиями, установленными п. 2.19 Порядка открытия и ведения держателями реестров владельцев ценных бумаг лицевых и иных счетов (утв. Приказом ФСФР России от 30 июля 2013 г. № 13-65/пз-н) и п. 1.1–1.10, 5.1 и 5.2 приложения к этому акту. В случае если учет прав на ценные бумаги ведет депозитарий, бумаги переводятся на депозитный счет депо, открываемый нотариусу депозитарием в порядке, установленном положением Банка России от 13 ноября 2015 г. № 503-П «О порядке открытия и ведения депозитариями счетов депо и иных счетов».

1.4. Сроки востребования и последствия невостребования имущества с депозита нотариуса

В ст. 327 ГК РФ прямо не указано, но из самой конструкции депонирования неизбежно следует, что кредитор вправе требовать от нотариуса выдачи ему депонированных средств или ценных бумаг.

¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019 (автор комментария к ст. 860.11 ГК РФ – С.В. Сарбау).

При этом сроки депонирования денежных средств и ценных бумаг, внесенных в его депозит, могут быть установлены в специальных законодательных актах. Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 142 Закона о банкротстве в случае не востребоваания кредитором денежных средств, внесенных в депозит нотариуса конкурсным управляющим при распределении средств из конкурсной массы, в течение трех лет с даты их внесения в депозит нотариуса указанные денежные средства перечисляются нотариусом в федеральный бюджет.

В иных случаях применение трехлетнего срока как срока, по истечении которого обязанность нотариуса по «сохранению» не востребоваанных кредитором денежных средств или ценных бумаг прекращается, законодательством ранее не было предусмотрено. Невостребование депонированного имущества кредитором не означает отказ от прав на это имущество. Соответственно, например, в ситуации, описанной в подп. 3 п. 1 комментируемой статьи (затянувшаяся неопределенность в отношении фигуры кредитора в связи с ведущимся спором), вполне можно представить случай, когда кредитор обратится к нотариусу и по истечении трех лет после внесения долга должником в депозит нотариуса.

В то же время оставлять имущество у нотариуса навечно не вполне разумно.

В связи с этим Федеральным законом от 23 мая 2018 г. № 119-ФЗ ст. 87 Основ законодательства о нотариате дополнена ч. 8: «Денежные средства, находящиеся в депозите нотариуса более десяти лет со дня их внесения на публичный депозитный счет нотариуса и не востребованные должником или кредитором в порядке, предусмотренном гражданским законодательством, подлежат передаче нотариусом в казну Российской Федерации на основании распоряжения нотариуса».

1.5. Кому принадлежат права на депонированное имущество?

Согласно ст. 860.14 ГК РФ депонированные на публичном депозитном счете денежные средства оказываются в своего рода «лимбе» и защищены от непосредственного обращения взыскания (ареста) по долгам всех трех участников этого правоотношения (должника, кредитора и нотариуса). Вместо этого по долгам должника и кредитора перед третьими лицами возможно лишь обращение взыскания на обязательственное требование должника к нотариусу о возврате депонированных средств и кредитора к нотариусу об их выдаче.

Видимо, по аналогии тот же подход должен применяться и к депонированным ценным бумагам.

В законе прямо не указано, кто осуществляет право голоса на общем собрании акционеров по акциям, которые депонированы у нотариуса,

применительно к сценарию депонирования по правилам п. 1 ст. 327 ГК РФ. При депонировании в рамках модели эскроу осуществление таких прав нотариусом прямо запрещено в п. 2 ст. 926.6 ГК РФ, если иное не оговорено в соглашении. Видимо, при депонировании по правилам п. 1 ст. 327 ГК РФ должно действовать то же общее правило. Впрочем, вопрос может быть предметом дискуссий.

1.6. Банкротство банка, в котором нотариус открыл депозитный счет

Согласно позиции ВС РФ, нотариус, принимая денежные средства должника в свой депозит и размещая их на депозитном счете в банке, имеющем лицензию на осуществление соответствующих банковских операций, выполняет публично-правовую обязанность в виде соответствующего нотариального действия согласно ст. 87 Основ законодательства о нотариате. На этом основании суды исходят из того, что указанные денежные средства в случае банкротства банка при условии отсутствия вины нотариуса не подлежат взысканию с самого нотариуса (см. Обзор судебной практики ВС РФ за III квартал 2011 г. (утв. Президиумом ВС РФ 7 декабря 2011 г.), Обзор судебной практики ВС РФ за II квартал 2012 г. (утв. Президиумом ВС РФ 10 октября 2012 г.), а также Определение СКГД ВС РФ от 15 мая 2012 г. № 5-В12-3). Риск не получить в итоге ничего в такой ситуации ложится на кредитора.

На практике такой подход приводил к тому, что нотариусы повсеместно открывали публичные депозитные счета, на которые нередко зачислялись очень значительные суммы, в не самых надежных банках (о мотивах такого странного выбора здесь говорить не будем). В ответ на эту проблему законодатель во вступившей в силу в 2018 г. норме п. 1 ст. 860.11 ГК РФ установил, что открыть такой счет можно лишь в российской кредитной организации, величина собственных средств (капитала) которой должна составлять не менее 20 млрд руб. Кроме того, согласно данной норме, нотариус должен следить за капиталом банка, в котором открыт его публичный депозитный счет, и в течение месяца после снижения размера капитала до величины менее 20 млрд руб. обязан перевести денежные средства в другой банк, отвечающий требованиям по размеру капитала. По смыслу закона при нарушении данной обязанности может быть обнаружена упречность в поведении нотариуса, что сделает его ответственным перед кредитором за утраченные в результате банкротства банка средства.

Но полностью это проблему не решает. Доказать вину нотариуса крайне сложно, если банк соответствовал указанным формальным требованиям к капиталу и опять же формально не соответствовал признакам несостоятельности на момент открытия публичного депозитного

счета, а затем лицензия у банка была отозвана неожиданно, до того, как нотариусу стало известно о снижении капитала банка ниже указанного минимума. Если бы нотариусы несли личную профессиональную и к тому же застрахованную ответственность на случай банкротства банка, все публичные депозитные счета были бы открыты в двух-трех самых надежных банках с минимальными рисками банкротства, что гарантировало бы кредитору максимальную защиту. Но российское право по данному пути не идет.

Но как тогда защитить интересы кредитора, который теряет право на получение денег с депозита при банкротстве банка, в котором нотариусом открыт депозитный счет, и при этом не может ни потребовать повторной оплаты от должника (ведь последний считается исполнившим свое обязательство в момент депонирования), ни привлечь к ответственности нотариуса (в силу освобождения его от ответственности по п. 1 ст. 401 ГК РФ в связи с отсутствием вины нотариуса в выборе банка и сохранении в нем публичного депозитного счета)?

Законодатель предпринял попытку разрешить указанную проблему, приняв Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ, которым были внесены изменения в п. 2 ст. 189.91 Закона о банкротстве. Согласно новой редакции этого пункта, из конкурсной массы банка исключается «имущество... по депозитным счетам нотариусов». В 2016 г. ст. 23 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ была дополнена ч. 18.1, в соответствии с которой указанное правило п. 2 ст. 189.91 Закона о банкротстве применяется к денежным средствам, внесенным на депозитный счет нотариуса в кредитной организации, в отношении которой возбуждено дело о банкротстве после дня вступления в силу Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ, т.е. после 29 декабря 2015 г.

В принципе, формулировка о непопадании средств на депозитном счете в конкурсную массу банка некорректна, поскольку средства на счетах банка являются не имуществом этого банка, а фиксируют объем его *обязательств* перед клиентами и, следовательно, в конкурсную массу банка входить никак не могут. Таким не вполне корректным образом законодатель, видимо, хотел сказать, что кредитор, имеющий право на депонированные на счете банка-банкрота средства, может получить их в обход очередности удовлетворения требований иных кредиторов банка, в том числе клиентов, разместивших в данном банке средства на обычных счетах, вкладчиков, работников, потерпевших в результате совершенных банком деликтов и т.п.

Указанные положения закона выступили в качестве объекта судебного толкования в целом ряде споров с участием нотариусов и АСВ,

осуществляющего функции конкурсного управляющего в отношении несостоятельных банков.

Позиция АСВ сводилась к тому, что новая редакция п. 2 ст. 189.91 Закона о банкротстве, подчиняясь принципам правовой определенности, защиты собственности и общим нормам о действии гражданского законодательства во времени, может применяться только в отношении денежных средств, размещенных на депозитном счете нотариуса после 29 декабря 2015 г. Если спорная сумма размещена до этой даты, по мнению АСВ, требования нотариуса «исключить находящиеся на депозитном счете денежные средства из конкурсной массы» и перечислить их на депозитный счет нотариуса, открытый в другом банке, не подлежали удовлетворению. Более того, АСВ указывало также на неконституционность и некорректность самого содержания нормы п. 2 ст. 189.91 Закона о банкротстве. По его мнению, предоставление без наличия на то достаточных оснований кредиторам банка, чьи денежные средства хранились на депозитном счете нотариуса, существенно больших прав по сравнению со всеми прочими кредиторами банка, в том числе наделенными повышенными правовыми гарантиями в иерархии социальных ценностей (включая, очевидно, работников банка, а также пострадавших от деликтов), не говоря уже про простых вкладчиков и владельцев ординарных счетов, противоречит принципу равной правовой защиты, и поэтому толковать очевидно абсурдную норму об исключении средств на публичных депозитных счетах из конкурсной массы как указывающую на абсолютный приоритет требований в отношении этих средств по отношению к требованиям иных кредиторов банка-банкрота несправедливо.

ВС РФ вначале в Определении СКЭС от 7 мая 2018 г. № 305-ЭС17-16841 (12), а затем и в ряде других судебных актов (определения СКЭС ВС РФ от 9 июля 2018 г. № 308-ЭС18-2706, от 17 сентября 2018 г. № 302-ЭС18-4741, от 11 октября 2018 г. № 305-ЭС18-2878 (2)) не согласился с позицией АСВ по обоим пунктам. По существу самой нормы Суд указал на то, что остатки по депозитным счетам представляют собой лишь записи в учетных регистрах кредитной организации, поэтому действующий с 29 декабря 2015 г. п. 2 ст. 189.91 Закона о банкротстве (в ред. п. 7 ст. 12 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ), вопреки явно ошибочному буквальному тексту этой нормы, не исключает имущество из конкурсной массы. В то же время Суд истолковал норму телеологически и посчитал, что она, по существу, изменяет очередность удовлетворения требований кредиторов. По мнению ВС РФ, кредиторам, денежные средства которых находились на депозитном

счете нотариуса, предоставлен абсолютный приоритет перед другими кредиторами банка.

Что касается действия во времени, ВС РФ признал момент внесения денежных средств нотариусом в банк не имеющим юридического значения. По мнению Суда, единственным критерием, определяющим правомерность «внеочередного» требования нотариуса, является впадение банка в процедуру банкротства после 29 декабря 2015 г.

КС РФ Определением от 28 февраля 2019 № 398-О, по сути, поддержал позицию ВС РФ.

Этот подход представляется несправедливым и неоправданным нарушением принципа равенства кредиторов банка-банкрота.

Особенно настораживает возможность применения такого решения в случае, когда в соответствии с п. 4 ст. 327 ГК РФ должник и кредитор по обоюдной договоренности выбрали внесение денег в депозит конкретного нотариуса в качестве модели нотариального эскроу. Как минимум, в такой ситуации представляется целесообразным возложить именно на стороны обязательства риск выбора такого нотариуса, который использует депозитный счет в недостаточно надежном банке.

Возможным аргументом против актуальности тезиса о нарушении принципа равенства кредиторов является то, что, как уже отмечалось, согласно абзацу второму п. 1 ст. 860.11 ГК РФ публичный депозитный счет может открываться в российских кредитных организациях, величина собственных средств (капитала) которых составляет не менее чем 20 млрд руб., а нотариус должен следить за капиталом банка, в котором открыт его публичный депозитный счет, и в течение месяца после снижения размера капитала до величины менее 20 млрд руб. обязан перевести денежные средства в другой банк, отвечающий требованиям по размеру капитала. Законодатель таким образом попытался исключить случаи несостоятельности банков, обслуживающих депозитные счета нотариусов.

Но этот аргумент не кажется убедительным. Сама по себе величина капитала не является свидетельством надежности банка. В России банки с размером собственного капитала более 20 млрд руб. неоднократно становились банкротами. Более того, соответствующие примеры банкротства банков, в которых открыты публичные депозитные счета нотариусов, встречаются и сейчас.

1.7. Кому причитаются доходы, полученные в период депонирования?

По практике, сложившейся до 1 июня 2018 г., и исходя из того, что в силу ст. 23 Основ законодательства о нотариате депонированное имущество «не является доходом нотариуса», при депонировании денег

на публичном депозитном счете банки не выплачивали за пользование денежными средствами, находящимися на открытом нотариусом депозитном счете, проценты как нотариусу, так и кредиторам или должникам, а нотариус, в свою очередь, не оплачивал услуги банка за совершение операций с денежными средствами, находящимися на депозитном счете. С 1 июня 2018 г. законодатель в ст. 860.13 ГК РФ установил по общему правилу начисление процентов на остаток по публичному депозитному счету по ставке, обычно взимаемой банком по вкладам до востребования, если условия договора не оговаривают иную ставку (см. подробнее комментарий к данной статье в другом томе серии #Глосса¹).

В случае начисления дохода на переданные в депозит нотариуса денежные средства (процент по публичному депозитному счету, соответствующий депонированной сумме) или по переданным в депозит нотариуса ценным бумагам (например, дивиденды по акциям) право на получение такого дохода за период их нахождения в депозите принадлежит кредитору, получившему денежные средства или ценные бумаги из депозита; в случае возврата внесенных в депозит нотариуса денежных средств или ценных бумаг должнику по его требованию право на получение указанного дохода принадлежит должнику (п. 56 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

1.8. Неуместность упоминания депозита суда в ст. 327 ГК РФ

Исполнение обязательства в депозит суда возможно в строго ограниченных случаях, не имеющих ничего общего с теми, которые указаны в п. 1 ст. 327 ГК РФ.

Так, внесение денег на депозитный счет суда в силу закона применяется, в частности, для внесения встречного обеспечения (ст. 94 АПК РФ), внесения сторонами денежных сумм, необходимых для оплаты судебных издержек (ст. 108 АПК РФ), внесения денег, являющихся предметом залога за арестованное судно, когда залог используется как мера обеспечения производства по делу об административном правонарушении (ст. 27.18 КоАП РФ). Согласно п. 4 ст. 213.4 Закона о банкротстве, денежные средства на выплату вознаграждения финансовому управляющему в размере, равном фиксированной сумме вознаграждения финансового управляющего за одну процедуру, применяемую в деле о банкротстве гражданина, вносятся в депозит арбитражного суда.

¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019 (автор комментария к ст. 860.13 ГК РФ – С.В. Сарбау).

Из разъяснений, содержащихся в п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 6 февраля 2007 г. № 6, следует, что при предъявлении иска о переводе прав и обязанностей покупателя в связи с нарушением преимущественного права покупки доли в общей собственности истец обязан внести по аналогии с ч. 1 ст. 96 ГПК РФ на банковский счет управления (отдела) Судебного департамента в соответствующем субъекте РФ уплаченную покупателем за квартиру сумму, сборы и пошлины, а также другие суммы, подлежащие выплате покупателю в возмещение понесенных им при покупке квартиры необходимых расходов. Эта практика широко распространена (см., например, Определение СКГД ВС РФ от 21 июля 2020 г. № 41-КГ20-7-К4).

Очевидно, что все указанные в нормативных документах и разъяснениях ВС РФ случаи использования депозита суда не имеют никакого отношения к депонированию по п. 1 ст. 327 ГК РФ (т.е. к исполнению существующего обязательства) и являются особым обеспечением исполнения обязательства соответствующего лица, которое может возникнуть в связи с рассмотрением судебного спора. Эти случаи по своей природе представляют собой своего рода предусмотренный законом или выводящийся судами из его толкования судебный эскроу.

Еще одним аргументом, подчеркивающим неуместность упоминания депозита суда в комментируемой статье, является очевидная невозможность произвольного возврата такого депозита на основании п. 3 ст. 327 ГК РФ.

Тот факт, что ст. 327 ГК РФ упоминает депозит суда в контексте именно исполнения обязательств, можно объяснить тем, что норма о депозите суда была помещена в текст ГК РФ еще при его принятии в 1994 г. В тот период приставы использовали депозитные счета судов для зачисления взысканных с должника средств по денежным обязательствам. Самостоятельные счета службы судебных приставов стали открываться только в 1998 г. на основании распоряжения Минюста России от 29 января 1998 г. № 10 «О счетах службы судебных приставов». С этого момента упоминание депозита суда в контексте ситуаций, описанных в п. 1 ст. 327 ГК РФ, по сути, является неуместным. При реформе общих положений ГК РФ об обязательствах в 2015 г. этот нюанс, к сожалению, не был учтен.

1.9. Депозитные счета подразделений службы судебных приставов

С конца 1990-х гг. отождествление депозита суда и депозитного счета судебных приставов-исполнителей, которое иногда встречается в судебных актах (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 3 декабря 2013 г. № 8993/13), неоправданно. Во-первых, ФССП России очевидно не относится к судебным органам, так как является органом

исполнительной власти. Во-вторых, нормативные акты ЦБ РФ четко разделяют соответствующие депозитные счета суда и приставов и порядок их открытия (см. п. 6.1 и 6.2 инструкции ЦБ РФ от 30 мая 2014 г. № 153-И «Об открытии и закрытии банковских счетов, счетов по вкладам (депозитам), депозитных счетов»).

На депозитные счета приставов деньги вносятся при обращении взыскания на имущество должника в ходе исполнительного производства.

Означает ли по своим последствиям внесение денег на депозитный счет судебных приставов-исполнителей, что обязательство должника исполнено? Ранее в практике ВАС РФ встречался подход, отказывающийся признавать, что долг должника (ответчика) считается исполненным в момент зачисления денег на депозитный счет приставов в результате обращения взыскания на имущество должника. Так, согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 3 декабря 2013 г. № 8993/13 исполнение судебного акта путем перечисления денежных средств со счета должника на депозитный счет судебных приставов в порядке, установленном Законом об исполнительном производстве, не влечет за собой исполнения обязательства должника, так как не было осуществлено в добровольном порядке, что, по мнению Президиума ВАС РФ, не соответствует диспозиции ст. 327 ГК РФ.

Этот подход был впоследствии отвергнут ВС РФ. В абзаце втором п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 указывается, что «зачисление денежных средств на депозитный счет подразделения судебных приставов в порядке, установленном статьей 70 Закона об исполнительном производстве, свидетельствует о надлежащем исполнении должником денежного обязательства перед кредитором, подтвержденного решением суда, в связи с чем со дня такого зачисления проценты, предусмотренные статьей 395 ГК РФ, на сумму зачисленных денежных средств не начисляются». Данный вывод, как бы мы его ни оценивали, никакого отношения к ст. 327 ГК РФ не имеет (фигура кредитора очевидна, и от принятия исполнения он не уклоняется).

1.10. Место депонирования

Согласно части третьей ст. 87 Основ законодательства о нотариате принятие в депозит денежных средств и ценных бумаг производится нотариусом по месту исполнения обязательства. Место же исполнения обязательства определяется в соответствии с правилами ст. 316 ГК РФ.

Так, например, если обязательство предполагало уплату наличных денег, должник по общему правилу, если иное не следует из закона, иного правового акта, обычая, условий сделки или существа отно-

шений, должен доставлять деньги по месту нахождения кредитора. Соответственно, при необходимости депонировать наличные деньги должник обязан обратиться к нотариусу по месту жительства (нахождения) кредитора. Если по условиям обязательства уплата денег должна была осуществляться в безналичном порядке, местом исполнения обязательства по общему правилу является место нахождения банка кредитора (ст. 316 ГК РФ). Соответственно, в таком случае при депонировании должник по общему правилу должен обратиться к нотариусу по месту нахождения банка, обслуживающего кредитора. Если в силу правового режима обязательства долг мог быть погашен как наличными, так и безналичным образом, у должника появляется выбор нотариуса, у которого он может депонировать деньги.

Применительно к депонированию документарных ценных бумаг применение правил ст. 316 ГК РФ наводит на мысль о том, что местом депонирования должно по общему правилу являться место нахождения (жительства) должника, если стороны не согласовывали доставку ценных бумаг по месту нахождения кредитора. Если ценные бумаги должны были доставляться кредитору, они подлежат депонированию у нотариуса по месту нахождения (жительства) кредитора.

Вопрос о месте депонирования применительно к бездокументарным ценным бумагам не вполне прояснен. Логично исходить из того, что депонирование должно осуществляться по месту нахождения регистратора, ведущего учет бездокументарных ценных бумаг, или депозитария.

В ряде нормативных актов предусмотрены специальные правила относительно места нахождения нотариуса, в депозит которого вносятся денежные средства. Так, Закон о банкротстве (ст. 113, 142, 189.93, 189.96) предусматривает внесение денежных средств в депозит нотариуса по месту нахождения должника, общие нормы части третьей ст. 87 Основ законодательства о нотариате не применимы (абзац четвертый п. 36 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 60), а Закон об акционерных обществах (п. 7 ст. 84.8) указывает на то, что денежные средства вносятся в депозит нотариуса по месту нахождения акционерного общества.

Нотариус осуществляет свою деятельность в рамках нотариального округа (ст. 13 Основ законодательства о нотариате). Нотариальные округа чаще всего совпадают с границами муниципальных образований, однако есть и исключения, например, город Москва представляет собой единый нотариальный округ без внутреннего деления.

Если депонирование должно было осуществляться по месту нахождения кредитора, а его текущее место нахождения (жительства)

неизвестно, логично исходить из того, что депонирование должно осуществляться по последнему известному месту нахождения кредитора.

Если обязательство должно было быть исполнено по месту нахождения кредитора, но депонирование производится в связи с неопределенностью фигуры кредитора, логично исходить из возможности депонирования по месту нахождения должника. Иной разумный выход из данного тупика не усматривается.

1.11. Расходы на депонирование

За принятие нотариусом в депозит денежных сумм или ценных бумаг уплачивается нотариальный тариф по правилам п. 8 ч. 1 ст. 22.1 Основ законодательства о нотариате (если депозит принимает частный нотариус) или государственная пошлина согласно подп. 20 п. 1 ст. 333.24 НК РФ (если речь идет о государственном нотариусе).

Должник вправе затем взыскать эти расходы с кредитора. Это положение в ст. 327 ГК РФ не отражено, но известно большинству правопорядков (Италия, Германия и т.п.) и представляется абсолютно необходимым. По общему правилу расходы на исполнение несет должник (ст. 309.2 ГК РФ), но в ситуации, когда должник вынужден осуществить депонирование в связи с просрочкой кредитора или в силу иных обстоятельств, зависящих от кредитора и связанных с ним, затраты на депонирование должны быть возмещены кредитором. В сюжете с просрочкой кредитора это может быть теоретически объяснено тем, что в силу ст. 406 ГК РФ кредитор отвечает за убытки должника в связи с возникновением просрочки кредитора. Но, возможно, корректно иное понимание этого возмещения. В сюжете с возникновением объективной неопределенности в фигуре кредитора не вполне очевидно, можно ли в принципе говорить о полноценной просрочке кредитора, но здравый смысл подсказывает, что и в такой ситуации кредитор должен возместить затраты должника на депонирование. Более того, есть основания думать, что такие затраты должны возмещаться в любом случае, если депонирование было правомерно, даже в ситуации, когда никакой вины кредитора в возникновении оснований для депонирования не было (например, в сценарии депонирования на фоне смерти кредитора и неопределенности фигуры наследников). По той же логике в силу п. 2 ст. 316 или п. 4 ст. 382 ГК РФ возмещаются затраты должника, которые возникли в связи с изменением места нахождения кредитора или преемства в обязательственном праве. Здесь скорее работает логика возмещения потерь и распределения рисков, чем ответственности за неправомерное поведение.

При этом в ситуации, когда должник депонирует денежные средства, он может депонировать меньше, чем размер его долга, вычтя

соответствующую сумму на покрытие расходов на депонирование. Для этого ему надо будет заявить о зачете сразу же или позднее (в последнем случае в связи с ретроактивностью зачета соответствующая часть долга будет считаться все равно погашенной в момент, когда произошло депонирование).

В отношении депонирования ценных бумаг однородность требований отсутствует, и должнику, казалось бы, не остается ничего иного, кроме как заявить впоследствии кредитору требование о возмещении затрат на депонирование. В некоторых правопорядках и эта проблема решена. Например, в Нидерландах в такой ситуации нотариус, получив оплату своих расходов от должника в момент депонирования, не выдает кредитору депонированное имущество, пока тот не внесет нотариусу сумму, равную затратам на депонирование; после этого должник может обратиться к нотариусу и спокойно вернуть те суммы, которые он изначально заплатил при депонировании (ст. 6:70 ГК Нидерландов). Было бы разумно такую процедуру принять на вооружение и в российском праве. Она позволяет должнику избежать инициации судебных процедур для получения возмещения своих затрат в ситуации, когда кредитор получил имущество с депозита.

1.12. Смерть нотариуса или сложение им полномочий

В случае смерти нотариуса или сложения им полномочий в соответствии со ст. 860.15 ГК РФ происходит замена владельца публичного депозитного счета на другого нотариуса. Информацию о том, какому нотариусу переданы права владельца данного публичного депозитного счета, можно получить в нотариальной палате соответствующего субъекта РФ.

1.13. Проблема депонирования имущества, не поименованного в ст. 327 ГК РФ

Как указывалось ранее, депонирование иного имущества, кроме денег и ценных бумаг, для ситуаций, указанных в п. 1 ст. 327 ГК РФ, не предусмотрено в российском праве. Депонирование у нотариуса документов и драгоценностей, как это предусмотрено, например, в § 372 ГГУ, российский закон не предусматривает. Возможно, было бы разумно как минимум допущение депонирования на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ документов. Вопрос о том, насколько это было бы востребовано на практике, оставим за скобками.

Некоторые международные акты унификации предлагают идти еще дальше. Так, Модельные правила европейского частного права (ст. III.—2:111) допускают депонирование у третьего лица (с фикцией признания обязательства исполненным) на разумных условиях и с уведомлением об этом кредитора любого иного движимого имущества.

Но данный документ предлагает допускать депонирование не только у нотариусов. Альтернативой депонированию Модельные правила европейского частного права признают возможность освободиться от обязанности передать имущество при просрочке кредитора путем его продажи после уведомления кредитора по разумной цене с выплатой кредитору выручки за вычетом любых разумно понесенных должником расходов (например, на хранение вещи или организацию ее продажи). Немецкое законодательство допускает процедуру продажи вещей, которые не приспособлены для депонирования, на аукционе с депонированием полученной суммы (§ 383 ГГУ).

В России сама возможность депонирования у нотариуса или у иного лица движимой вещи (кроме наличных денег и документарных ценных бумаг) по основаниям, указанным в п. 1 ст. 327 ГК РФ, с применением фикции исполнения законом не предусмотрена, и одновременно не установлено и общее правило о продаже вещи третьим лицам с депонированием полученной суммы в ГК РФ. Соответственно, перед должником в российском праве в такой ситуации встает вопрос о том, что делать, если кредитор уклоняется от принятия вещи. На выручку в ряде случаев приходят специальные нормы, которые можно толковать по аналогии закона (о возможных вариантах решения этой проблемы см. комментарий к ст. 406 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В то же время следует напомнить, что при депонировании на основании п. 4 ст. 327 ГК РФ возможна сдача в депозит нотариуса, выполняющего функции эскроу-агента, любых движимых вещей (подробнее см. комментарий к п. 4 ст. 327 ГК РФ).

2. Фикция исполнения

2.1. Последствия внесения долга в депозит

Внесение денег или ценных бумаг в депозит нотариуса по основаниям, указанным в п. 1 ст. 327 ГК РФ, согласно п. 2 комментируемой статьи влечет признание обязательства исполненным. Соответственно, должник с этого момента не считается находящимся в просрочке и не несет ответственность за просрочку: не платит мораторные проценты, пени, не обязан возмещать убытки за просрочку (абзац первый п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). В случае если по долгу должны начисляться регулятивные проценты (например,

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 406 ГК РФ – Р.У. Сулейманов).

проценты по займу), должник не обязан с момента депонирования платить и такие проценты.

Если должник депонировал имущество после того, как он впал в просрочку, то ответственность наступает за период с момента начала просрочки до момента депонирования, дальнейшее начисление мораторных санкций исключается.

Кроме того, внесение денег (ценных бумаг) в случаях, предусмотренных п. 1 ст. 327 ГК РФ, в депозит нотариуса влечет прекращение обеспечений (залогов, поручительств и т.п.), установленных в отношении соответствующего долга. Это, наряду с созреванием встречной обязанности другой стороны в синаллагматическом договоре, связанным с исполнением обязательства должником, является ключевым стимулом, который может подталкивать должника, столкнувшегося с просрочкой кредитора в форме уклонения от принятия исполнения, вместо того чтобы просто бездействовать и пользоваться причитающимися кредитору деньгами или ценными бумагами, не неся при этом ответственности за просрочку и не платя регулятивные проценты, все-таки осуществлять свое предоставление в депозит нотариуса.

2.2. Информационные обязанности нотариуса

Согласно п. 2 ст. 327 ГК РФ, а также части второй ст. 87 Основ законодательства о нотариате именно нотариус должен уведомить кредитора о принятии имущества на депонирование. Производить розыск кредитора нотариус не обязан. Процессуальные особенности исполнения нотариусом обязанности по уведомлению кредитора о внесении имущества в депозит урегулированы п. 159 Правил нотариального делопроизводства (утв. Приказом Минюста России от 16 апреля 2014 г. № 78). В ранее действовавшей редакции этих Правил было указано, что нотариус заказным письмом направляет кредиторам или наследникам извещение о внесении в депозит нотариуса денег или ценных бумаг. В текущей редакции п. 159 Правил этот процедурный аспект прямо не указан. Вместе с тем и в настоящее время согласно абзацам пятому и шестому п. 156.2 Правил в депозитное дело в отношении конкретного кредитора помещаются экземпляр извещения о внесении в депозит нотариуса денег или ценных бумаг кредитора нотариусом и почтовая квитанция об отправке кредитору извещения о внесении в депозит нотариуса денег или ценных бумаг.

Направление уведомления о депонировании кредитору самим должником (в отличие от права ряда стран) российский закон не предусматривает. В то же время в соответствии с п. 87 и 88 Регламента нотариальных действий при депонировании на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ

информацию о месте нахождения кредитора (куда будет направлено извещение) нотариус получает из заявления должника.

Соответственно, риск того, что кредитор не был надлежащим образом уведомлен ввиду указания должником неверного адреса кредитора, ложится на должника. Должник будет отвечать перед кредитором за просрочку в той степени, в которой кредитор не забрал депонированное имущество по причине неполучения уведомления, если он не получил последнее от нотариуса из-за неверного указания должником известного ему адреса кредитора.

Этот тезис логичен в случае если должнику был известен корректный адрес кредитора, и он осознанно или случайно ошибся при его указании в момент депонирования.

Если должник указал нотариусу последний известный ему адрес кредитора, а извещения о новом адресе он не получал, должник сделал все возможное и отвечать за просрочку не будет, даже если этот адрес уже не соответствует действительности — объявлять кредитора в розыск должник не имеет правовых оснований. Более того, одним из оснований для депонирования по п. 1 ст. 327 ГК РФ может являться как раз безвестное отсутствие кредитора или неспособность должника связаться с кредитором для организации передачи ему имущества в исполнение обязательства.

Могут быть ситуации, когда должнику известен кредитор, но объективно неизвестны ни его текущее, ни некое прежнее места нахождения. В такой ситуации нотариальная практика допускает депонирование без указания места нахождения кредитора (п. 2 Письма ФНП от 18 июня 2013 г. № 1335/06-09), что исключает необходимость направления нотариусом извещения о депонировании. Должник в такой ситуации должен считаться исполнившим свое обязательства и освобождаться от ответственности за просрочку, если он предпринял разумные меры для отыскания места нахождения кредитора, но они оказались безуспешны, что и вынудило его производить депонирование без указания места нахождения кредитора.

Сложной является ситуация, когда депонирование осуществляется в связи с неопределенностью не только места нахождения, но и самой фигуры кредитора. В такой ситуации не вполне ясно, кого должен указывать должник в качестве лиц, в пользу которых осуществляется депонирование и которым нотариус должен направлять извещение о депонировании. Принятие нотариусом имущества на депозит на имя неустановленных кредиторов в ситуации, когда личности кредиторов должнику неизвестны, нотариальная практика допускает (п. 2 Письма ФНП от 18 июня 2013 г. № 1335/06-09). Но если неопределенность

фигуры кредитора была связана со смертью кредитора и неопределенностью личностей наследников, которые впоследствии вступят в наследство, было бы логично исходить из необходимости направления извещения о депонировании нотариусу, ведущему наследственное дело, который затем своевременно должен передать эту информации наследникам, вступившим в наследство.

3. Возврат депонированного имущества должнику и его последствия

В соответствии с п. 3 ст. 327 ГК РФ, появившимся в Кодексе с 1 июня 2015 г., во всякое время до получения кредитором денег или ценных бумаг из депозита нотариуса должник вправе потребовать возврата ему денег или ценных бумаг, а также дохода по ним. Согласно данной норме, в случае возврата должнику ранее депонированного имущества должник не считается исполнившим обязательство. Иначе говоря, долг ретроактивно восстанавливается.

При этом согласно абзацу второму п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 нотариус не вправе возвращать названные денежные средства и ценные бумаги должнику, если от кредитора поступило заявление об их получении. Таким образом, должник теряет право требования возврата внесенного в депозит имущества с момента получения нотариусом заявления кредитора о востребовании такого имущества из депозита, даже если фактической передачи имущества кредитору еще не произошло.

3.1. Основания возврата депонированного имущества

Введенная в 2015 г. в действие норма п. 3 ст. 327 ГК РФ, установив право должника требовать возврата депонированного имущества, не оговорила прямо основания и порядок рассмотрения и удовлетворения таких требований. В судебной практике столкнулись две возможные интерпретации данной нормы в этом аспекте.

В рамках одной из них комментируемая норма подразумевает произвольный и внесудебный характер такого возврата, при котором нотариус возвращает имущество по первому и ничем не мотивированному письменному требованию должника. Действительно, на депозитных счетах нотариуса «застревают» миллиарды невостребованных кредиторами рублей. Положения о направлении таких средств при их невостребовании в течение длительного срока в бюджет по состоянию на момент принятия данной нормы не было (за исключением случая, указанного в п. 2 ст. 142 Закона о банкротстве). В связи с этим, видимо, и возникла идея, что должникам, в свое время уплатившим эти средства в счет исполнения своих обязательств, разумно предоставить правовой инструмент для возврата этих денег.

В рамках альтернативного понимания комментируемая норма дает право на возврат, но не проясняет основания и процедуру востребования имущества из депозита, отнюдь не имея при этом в виду безусловное право должника вернуть имущество с депозита. Согласно ст. 88 Основ законодательства о нотариате (в ред., действовавшей до июня 2018 г.) возврат денежных сумм и ценных бумаг лицу, внесшему их в депозит, допускается лишь с письменного согласия кредитора, по соглашению между должником и кредитором, а в иных случаях — путем заявления требования о возврате депонированного имущества в судебном порядке. Указанная редакция давала основания толковать положения Основ законодательства о нотариате в качестве специальных по отношению к указанной новелле ГК РФ и допускать лишь судебный порядок возврата депонированного имущества при отсутствии согласия кредитора. Аналогичное толкование дано и в Определении КС РФ от 29 сентября 2016 г. № 2020-О, в котором было признано, что норма ст. 88 Основ законодательства о нотариате направлена на защиту имущественных интересов кредитора и не препятствует судебной защите прав должника и кредитора. Таким образом, КС РФ поддержал начинавший складываться в практике нижестоящих судов подход к ограничительному толкованию п. 3 ст. 327 ГК РФ.

В 2018 г. ст. 88 Основ законодательства о нотариате была изменена, и теперь в ней указано, что возврат депонированного имущества допускается по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством, или по решению суда. Эта новелла может подтолкнуть суды к тому, чтобы окончательно признать право должника произвольно забирать внесенное имущество с депозита нотариуса, воспринимая указание на право должника на возврат имущества с депозита в п. 3 ст. 327 ГК РФ в качестве такого самостоятельного основания для возврата. Но такое толкование не предусмотрено. Комментируемая норма не указывает прямо на наличие какого-либо основания для возврата, но из закона со всей очевидностью не следует и то, что должник может *немотивированно* дезавуировать свое исполнение, забрав имущество с депозита, и восстановить тем самым свой долг перед кредитором. Так что вопрос можно продолжать считать не вполне проясненным в российском праве.

Какой вариант толкования наиболее логичен?

Блокирование права произвольного возврата имущества с депозита нотариуса бесспорно в случаях, когда должник исполнял обязательство внесением в депозит нотариуса на основании соглашения между ним и кредитором (п. 4 ст. 327 ГК РФ). Как предусмотрено в п. 4 ст. 327 ГК РФ, депонирование денег или ценных бумаг возможно не толь-

ко в случаях, указанных в п. 1 ст. 327 ГК РФ (отсутствие кредитора, уклонение от получения платежа и т.п.), но и тогда, когда должник и кредитор договариваются о депонировании в режиме «нотариального эскроу». Если бы право допускало произвольный возврат депонированного имущества в такой ситуации, это означало бы санкционирование законодателем нарушений договорных обязательств по эскроу и обесмысливало бы этот обеспечительный механизм, что вряд ли можно признать приемлемым и разумным прочтением закона.

Более сложным является вопрос о порядке возврата депонированного у нотариуса имущества в ситуации, когда такое депонирование происходило по основаниям, указанным в п. 1 ст. 327 ГК РФ, в целях погашения долга. В то же время и в этом отношении право должника произвольно забрать назад депонированное имущество кажется аномальным. Непонятно, в силу каких догматических или политико-правовых оснований должник, исполнивший обязательство путем депонирования и считающийся в связи с этим погасившим свой долг, вправе произвольно, на основании одного лишь желания и без санкции со стороны кредитора или суда возвращать депонированное у нотариуса имущество. Такой возврат может подорвать разумные ожидания, которые возникли у кредитора после депонирования.

Представим, что после смерти кредитора должник депонировал денежный долг у нотариуса в связи с неопределенностью в вопросе о правопреемниках. Наследники, получив эту информацию, пришли к соглашению о разделе наследства, по которому права на это требование перешли к одному из наследников, который уступил другому наследнику право на часть наследства. Впоследствии после окончания всех процедур правопреемства наследник, вступивший в права в отношении соответствующего требования, может столкнуться с тем, что деньги с депозита неожиданно отозваны и ему придется вступать в дорогостоящий и долгосрочный судебный процесс с должником.

Или представим, что возникла неопределенность в отношении личности кредитора, уполномоченного на получение аванса (в связи с уступкой требования о выплате аванса и ее оспаривания), и должник депонировал соответствующую сумму, потребовав осуществить от контрагента встречное исполнение, последнее было произведено, но после этого должник неожиданно забирает депонированный аванс, подрывая разумные ожидания кредитора, кто бы им в итоге ни оказался.

В общем и целом очевидной логики в подобной дестабилизации отношений мы не видим. Проблему же длительного не востребова- ния имущества кредитором разумно решать, предусмотрев правило

о направлении такого имущества в казну (что в итоге российский законодатель и сделал (см. п. 1.4 комментария к настоящей статье)).

Если исходить из того, что комментируемая норма не дает должнику права немотивированно забрать деньги или ценные бумаги с депозита, ретроактивно отменить эффект своего платежа и восстановить долг перед кредитором и при отсутствии согласия кредитора требуется соблюдение судебной процедуры возврата, встает вопрос о том, каковы условия удовлетворения такого иска. Суд необходим только в той мере, в которой для возврата при отсутствии согласия кредитора требуется наличие определенных условий. Но такие условия закон прямо не проговаривает. О каких условиях может идти речь?

Видимо, это могут быть ситуации, когда основания для исполнения ретроактивно отпали в связи с признанием недействительным договора, на основании которого производилось исполнение, или выяснилось, что никакого долга у должника на самом деле не было.

Также можно привести в качестве примера ситуацию, когда должник обнаружил, что просчитался и депонировал в случае, когда для этого не было правовых оснований (то, что он посчитал просрочкой кредитора, таковой в действительности не являлось).

А вот в случае, когда должник уже получил надлежащее встречное исполнение от кредитора (например, акции при вытеснении миноритариев в публичном АО по правилам ст. 84.8 Закона об АО были уже зачислены на лицевой счет приобретателя), его иск о возврате денежных средств, которые в счет платы за данное полученное исполнение были депонированы у нотариуса, не имеет под собой никаких экономических оснований. Возвращение денег должнику в этом случае будет формировать ситуацию неосновательного обогащения, когда у него оказываются на руках и полученное встречное исполнение, и деньги.

Впрочем, следует признать, что вопрос спорный. Сторонники идеи немотивированного возврата могут привести в качестве примера похожее регулирование, которое содержится в праве ряда стран. Так, произвольное право забрать депонированное имущество установлено в § 376 ГГУ или ст. 1213 ГК Италии. Немецкий кодекс уточняет, что такое право исключается, если кредитор выразил свою волю на снятие депозита, либо должник заявил нотариусу об отказе от права на возврат депозита, либо вступило в силу решение суда по спору между должником и кредитором о правомерности депозита. Специфика немецкого регулирования состоит в том, что депонирующий имущество должник может выбрать: либо внести имущество в депозит безвозвратно, заявив, что отказывается от права забрать его, либо сохранить право забрать имущество назад по произвольному усмотрению (т.е. сохранить конт-

роль над имуществом). При этом только в первом случае долг считается исполненным в момент депонирования, так как во втором депонированное имущество продолжает находиться в его распоряжении. Только когда должник теряет возможность произвольно забрать депозит, наступает фикция исполнения обязательства. При этом данная фикция действует в немецком праве ретроактивно, и, если должник не воспользовался зарезервированным правом забрать имущество назад и за ним к нотариусу обратился кредитор, долг по передаче имущества будет считаться погашенным со всеми вытекающими последствиями с момента депонирования (например, проценты за период с момента депонирования не текут). Если же должник забирает имущество с депозита, эффект исполнения так и не наступит (§ 378 и 379 ГГУ). Однако отказ от права на возврат имущества из депозита, согласно немецкому праву, не абсолютен: в соответствии с § 382 ГГУ если в течение 30 лет после помещения имущества на депозит кредитор его не востребует, то должник уполномочен на возврат депонированного имущества, даже если он ранее отказался от этого права.

Возможно, авторы данной новеллы ГК РФ имели в виду такую модель. Если так, то представляется, что эта модель неоправданно усложнена. Презумпция бесповоротности платежа в депозит при наличии к нему правовых оснований — куда более простое и ясное решение. Но главное состоит в том, что российский закон не содержит норму о том, что фикция исполнения обязательства наступает только после того, как должник потеряет право забрать назад депонированное. В контексте российского регулирования, предусматривающего фикцию платежа *в момент депонирования* (п. 2 ст. 327 ГК РФ), внедрение правила о праве должника на произвольный возврат имущества приводит к тому, что должник считается погасившим долг и в том случае, когда он может свободно вернуть себе депонированное имущество, сохраняя над ним распорядительную власть, что не соответствует немецкой модели.

3.2. Восстановление долга при возврате денег или ценных бумаг с депозита

Самым важным практическим недостатком п. 3 ст. 327 ГК РФ является полное умолчание о последствиях установленного им «возрождения» обязательства. Некоторые аспекты здесь достаточно очевидны. Это, в частности, касается разъяснения, закрепленного в абзаце третьем п. 44 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7, о том, что при возвращении должнику денежных средств, внесенных в депозит, проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, подлежат начислению на сумму долга со дня возникновения просрочки, включая

период нахождения денежных средств на депозите, т.е. ретроактивно. То же касается и начисления пеней и регулятивных процентов (например, по займу).

Но куда менее очевидны иные аспекты проблемы «возрождения» обязательств. Особенно остро стоит вопрос о судьбе акцессорных обеспечений (залога или поручительства). Внесение денег в депозит нотариуса в силу ст. 327 ГК РФ прекращает обязательство, а следовательно, должны прекращаться и такие обеспечения. Но что происходит при возврате средств с депозита? В немецкой модели свободного возврата эта проблема не возникает, так как долг в принципе не считается погашенным, пока должник сохраняет право вернуть себе депонированное имущество. Но что делать в рамках российского законодательства, устанавливающего универсальную фикцию платежа при депонировании? Восстанавливаются ли при возврате депонированных денег должнику ранее прекращенные обеспечения?

Возможным решением этой проблемы является автоматическое восстановление обеспечений *ipso iure*. Такое решение кажется логичным в отношении тех случаев, когда речь идет о залоге, предоставленном самим должником. Однако этот подход представляется более спорным в случаях, когда речь идет о залоге имущества третьего лица или поручительстве, так как могут нарушаться разумные ожидания таких поручителя или залогодателя. Они, посчитав обязательство исполненным и полагаясь на это обстоятельство, могут быть не готовы к тому, что через несколько лет после прекращения обеспечения они помимо своей воли опять станут связаны обеспечительными обязательствами или их имущество окажется обременено залогом.

В подавляющем большинстве случаев поручителями или залогодателями, предоставляющими обеспечения кредиторам должника, являются аффилированные с должником лица. Это в некоторой степени снижает убедительность аргумента про подрыв разумных ожиданий таких обеспечителей. Но правильно ли полностью игнорировать интерес, скажем, родственника, предоставившего поручительство в обеспечение долга?

В то же время, если исходить из того, что поручительства и залоговые имущества третьих лиц не восстанавливаются вместе с возрождаемым обязательством, могут пострадать интересы кредитора. По сути, для должника открывалась бы возможность элементарным образом «стряхнуть» обеспечения со своего долга. Особенно несправедливо это в ситуации, когда вменить в вину кредитору то, что у должника возникли основания для депонирования, нельзя (например, при депонировании из-за возникновения неопределенности в фигуре кредитора).

В целом в рамках похожей проблемы с аннулированием платежа по правилам об оспаривании сделок с предпочтением в рамках дела о банкротстве должника (на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве) и восстановлении требования кредитора, вынужденного вернуть полученный платеж в конкурсную массу, ВС РФ после некоторых сомнений (определения СКГД ВС РФ от 10 ноября 2015 г. № 80-КГ15-18, от 11 октября 2016 г. № 32-КГ16-13) высказался за восстановление обеспечений, указав на то, что смысл обеспечительных сделок заключается в ограждении кредитора от риска непредоставления должником исполнения по основному обязательству, в повышении вероятности погашения долга за счет обеспечения, в защите кредитора от неплатности должника. Таким образом, поскольку в случае признания сделки по исполнению недействительной право требования кредитора по обязательству к должнику считается существовавшим независимо от совершения данной сделки, следует признать принципиальную допустимость восстановления и обеспечительных требований. При ином подходе возникла бы ситуация, в рамках которой в условиях непогашенного долга лицо, выдавшее обеспечение, освобождалось бы от принятых на себя обязательств в отсутствие оснований для их прекращения (Определение СКЭС ВС РФ от 27 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-2344 (13), Обзор судебной практики ВС РФ № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.)).

Видимо, такой же подход должен применяться и в ситуации с ретроактивным восстановлением долга при возврате денег с депозита нотариуса. Но если в случае с оспариванием платежа по банкротным основаниям можно смириться с некоторым стеснением обеспечителей и игнорированием подрыва их разумных ожиданий, то в контексте обсуждаемой ситуации с внесением в депозит нотариуса и последующим произвольным возвратом денег это поспорило интересов обеспечителей кажется аргументом против самой легализации произвольного возврата депонированного имущества.

3.3. Исковая давность

Что происходит с течением исковой давности при возврате депонированного имущества?

В Определении СКЭС ВС РФ от 10 июня 2021 г. № 306-ЭС21-733 был предложен ответ на этот вопрос. В рамках данного дела должник, внесший долг в депозит, позднее потребовал его обратно на основании п. 3 ст. 327 ГК РФ, и встал вопрос о динамике течения давности. Суд указал, что течение срока исковой давности в связи с возвратом денег началось заново, так как внесение денег в депозит является признанием долга, которое прерывает течение давности по смыслу

ст. 203 ГК РФ. Но при этом течение нового срока давности, по мнению ВС РФ, начинается не с момента внесения денежных средств в депозит, а с момента, когда должник потребовал возврата денег из депозита и перестал считаться лицом, исполнившим обязательство; время, истекшее до этого, не засчитывается в новый срок.

Представляется, что позиция ВС РФ в данном случае может быть поддержана, так как у кредитора отсутствовали основания для обращения с иском к должнику в период нахождения средств на депозите нотариуса, течение срока исковой давности в такой ситуации было бы явно несправедливым по отношению к кредитору и создавало бы основания для явных злоупотреблений со стороны должников.

4. Нотариальное эскроу

Согласно п. 4 комментируемой статьи нотариус принимает на депонирование безналичные деньги, наличные деньги, документы и иные движимые вещи, документарные и бездокументарные ценные бумаги на основании совместного заявления кредитора (бенефициара) и должника (депонента). К таким отношениям согласно данной норме подлежат применению правила о договоре условного депонирования (эскроу), поскольку иное не предусмотрено законодательством о нотариате и нотариальной деятельности.

Цель этого инструмента состоит в том, чтобы сконструировать своеобразное обеспечение. Внося имущество в «нотариальное эскроу», должник (депонент) предоставляет обеспечение: если основания для передачи имущества позднее наступают, нотариус проверяет это обстоятельство и передает его кредитору (бенефициару), если в течение оговоренного срока депонирования основания для передачи не наступают, нотариус возвращает имущество депоненту.

По общему правилу депонирование в рамках «нотариального эскроу» осуществляется на основании совместного заявления нотариусу должника и кредитора. Однако, если это соглашение между депонентом и бенефициаром, предусматривающее механизм эскроу, было удостоверено нотариально, то позднее заявление о депонировании может быть подано одним должником (часть первая ст. 88.1 Основ законодательства о нотариате).

Также стоит отметить особенности взимания нотариального тарифа. Если имущество депонируется у нотариуса по п. 4 ст. 327 ГК РФ в рамках исполнения договора, заключенного в простой письменной форме, то нотариальный тариф взимается в размере 0,5% от принятой денежной суммы или рыночной стоимости депонируемого имущества без верхнего предела по сумме тарифа. В то же время, если депониро-

вание осуществляется в рамках исполнения по нотариально удостоверенной сделке, применяется «льготный» фиксированный тариф не зависимо от депонируемой суммы (п. 8.2 и 8.3 ч. 1 ст. 22.1 Основ законодательства о нотариате).

Для депонирования по данному основанию вещей нотариус может арендовать складские помещения для хранения габаритного движимого имущества. Расходы должны быть оплачены согласно ч. 8 ст. 22 Основ законодательства о нотариате. Естественно, нотариус может отказаться от оказания такой услуги эскроу-агента со ссылкой на абзац девятый части первой ст. 48 Основ законодательства о нотариате («нотариус отказывается в совершении нотариального действия, если... у нотариуса отсутствует возможность обеспечения сохранности движимых вещей, передаваемых нотариусу на депонирование на основании статьи 88.1 настоящих Основ»).

4.1. Природа участия нотариуса в отношениях эскроу

Сразу же после внесения соответствующих изменений в ст. 327 ГК РФ в 2018 г. ФНП опубликовала письмо от 20 июня 2018 г. № 3041/03-16-3 «О договоре условного депонирования (эскроу) и договоре публичного депозитного счета», указав, что, выполняя функции эскроу-агента, нотариус выступает гарантом исполнения обязательств депонента и проведения расчетов между сторонами соглашения, однако непосредственно стороной сделки не является. Таким образом, предлагается считать, что здесь налицо изъятие из общего правила, предусмотренного п. 1 ст. 926.1 ГК РФ о договорах эскроу и говорящего о трехстороннем формате соглашения об эскроу.

Логика рассуждения здесь такая: в части первой ст. 88.1 Основ законодательства о нотариате определено, что основанием для депонирования движимых вещей, безналичных денежных средств или бездокументарных ценных бумаг является совместное заявление сторон обязательства, которое передается нотариусу, а в случае нотариального удостоверения сделки сторон обязательства, предусматривающей депонирование указанного имущества, такое заявление может подать должник. Из этого, по мнению ФНП, следует, что для целей передачи нотариусу имущества на депонирование полноценный договор эскроу с участием нотариуса не заключается.

Это спорное утверждение. С чисто цивилистической точки зрения здесь налицо договорные отношения с участием должника, кредитора и нотариуса, оказывающего соответствующую посредническую услугу эскроу-агента, и тогда положения п. 4 ст. 327 ГК РФ или специальные нормы ст. 88.1 Основ законодательства о нотариате не должны толковаться как исключаящие общее правило о трехстороннем ха-

рактуре договора эскроу, закрепленное в п. 1 ст. 926.1 ГК РФ. Просто воля должника и кредитора на вступление в договор выражается в виде соответствующих заявлений, а воля нотариуса (принять на себя функцию эскроу-агента на предлагаемых условиях (включая обязанности по проверке наступления оговариваемых сторонами условий раскрытия или возврата имущества) – в виде принятия имущества на депонирование.

В то же время выбранные законодателем при формулировании п. 4 ст. 327 ГК РФ слова наводят на мысль о том, что он хотел избежать признания нотариуса в качестве стороны договора и исходил из того, что нотариус в данном случае осуществляет публичную функцию – совершает нотариальное действие, не выступает в роли участника гражданского оборота и не вступает со сторонами в договорные отношения. Законодатель, видимо, хотел исключить применение правила п. 1 ст. 926.1 ГК РФ о трехстороннем характере договора эскроу применительно к нотариальному эскроу.

В целом вопрос о природе участия нотариуса в оказании такой посреднической услуги (или осуществлении публичной посреднической функции) может вызывать споры, он уводит нас в дискуссию о природе нотариальной деятельности.

Если исходить из того, что нотариус осуществляет публичную функцию, а не оказывает платную услугу, нотариус не может отказаться от принятия имущества на депонирование по п. 4 ст. 327 ГК РФ, сколь угодно сложные условия депонирования и раскрытия эскроу ему бы стороны ни предлагали. Такого основания для отказа в совершении нотариального действия закон не знает. В силу ст. 48 Основ законодательства о нотариате нотариус может отказать в принятии на депонирование движимых вещей, только если у него отсутствует возможность обеспечения их сохранности. Но эта идея кажется спорной. Условия «раскрытия» эскроу могут быть сформулированы сторонами так, что это возложит на нотариуса серьезные бремя и риски, связанные с проверкой наступления оснований для раскрытия. Речь может идти далеко не только о стандартизированной простой операции проверки, скажем, регистрации перехода права собственности в ЕГРН.

В практическом плане этот вопрос может стать также актуальным в контексте ситуаций нарушения нотариусом своих обязанностей эскроу-агента. Будет ли он нести договорную ответственность перед сторонами (например, при передаче имущества кредитору или в случае его возврата депоненту при отсутствии оснований для этого) по правилам гл. 25 ГК РФ или деликтную ответственность по правилам гл. 59 ГК РФ? Как представляется, первый вариант ответа более корректен.

А это подтверждает, что речь здесь все-таки идет, скорее, о договорных отношениях с участием нотариуса.

4.2. Раскрытие нотариального эскроу

В результате депонирования при наступлении оснований передачи имущества кредитору (бенефициару) у последнего возникает право требования к нотариусу в отношении такого имущества. В связи с этим после получения соответствующего требования бенефициара нотариус обязан проверить наступление оснований передачи, установленных в условиях эскроу.

Согласно п. 2 ст. 926.1 ГК РФ к таким основаниям, в частности, можно отнести:

- 1) наступление установленного договором срока;
- 2) наступление установленного договором события;
- 3) совершение определенных действий бенефициаром;
- 4) совершение определенных действий третьим лицом.

Если такие основания не наступают в течение оговоренного в условиях эскроу срока, имущество подлежит возврату депоненту.

Наиболее часто сейчас нотариальное эскроу используется при структурировании сделок купли-продажи недвижимости: через эскроу стороны проводят расчеты, указывая в качестве основания для раскрытия эскроу регистрацию перехода права собственности на недвижимость.

4.3. Защита от банкротства банка

При этом стоит обратить внимание на одно, как может показаться, не вполне справедливое конкурентное преимущество нотариусов как эскроу-агентов по сравнению с адвокатами или иными не являющимися банками лицами, которые выступают в той же роли эскроу-агента по соглашению со сторонами обязательства. Нотариусы размещают полученные на эскроу деньги на своем публичном депозитном счете, в то время как иные эскроу-агенты (кроме банков) — на номинальном банковском счете. При банкротстве банка, в котором на публичном депозитном счете размещены депонированные средства, кредитор и должник защищены «суперприоритетом» (см. п. 1.6 комментария к настоящей статье). Этого странного и несправедливого преимущества нет у сторон соглашения эскроу, выбравших в качестве эскроу-агента иное лицо (например, адвоката).

Возможно, следует исходить из того, что деньги, депонированные на публичном депозитном счете в рамках оказания нотариусом платных услуг эскроу-агента, все-таки не получают «суперприоритет» при банкротстве банка. Иначе получается крайне нелепая ситуация.

Если различие правовых режимов номинального счета, открываемого обычному эскроу-агенту, и публичного депозитного счета нотариуса можно попытаться каким-то образом обосновать, имея в виду интерес всего общества в надежном функционировании системы депонирования денежных средств на основании п. 1 ст. 327 ГК РФ, то различие в правовом режиме сторон отношений по возмездному эскроу исключительно по такому основанию, что в одном случае эскроу-агентом является нотариус, а в другом – некое иное лицо (например, адвокат), обосновать достаточно сложно. Договор условного депонирования является частным делом двух лиц, они выбирают этот гарантийный, обеспечительный механизм по собственному побуждению, не будучи принуждены к этому законом. Почему эти лица должны получить более сильную защиту, чем иные кредиторы банка, не ясно. По существу, нотариусы получили конкурентное преимущество по отношению ко всем другим эскроу-агентам, что вызывает сомнение с точки зрения конституционного принципа равенства (подробнее см. п. 1.4 комментария к ст. 860.11 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Дополнительная литература

Новопашина У.С. О возможностях использования депозита нотариуса // Нотариус. 2018. № 3. С. 9–16.

Ралько В.В., Ралько В.В. Депозит нотариуса. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2018.

Рассказова Н.Ю. Исполнение обязательства путем внесения долга в депозит нотариуса // Практика применения общих положений об обязательствах: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2011. С. 109–132.

Тузов Д.О., Саргсян А.М. Общие положения об обязательствах Гражданского кодекса Италии (перевод и постатейный комментарий к ст. 1173–1320) // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 1. С. 168–180.

German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1–3: § 1–1296 / Ed. by G. Dannemann, R. Schulze. München; Baden-Baden, 2020. P. 633–648.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 372–382.

¹ Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2019 (автор комментария к ст. 860.11 ГК РФ – С.В. Сарбау).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 372–382.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Chr. von Bar, E. Clive. München, 2009. P. 760–769.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1405–1430.

Статья 327.1. Обусловленное исполнение обязательства

Исполнение обязанностей, а равно и осуществление, изменение и прекращение определенных прав по договорному обязательству, может быть обусловлено совершением или несвершением одной из сторон обязательства определенных действий либо наступлением иных обстоятельств, предусмотренных договором, в том числе полностью зависящих от воли одной из сторон.

Комментарий

1. Условные права и обязанности

Статья 327.1 ГК РФ, вступившая в силу 1 июня 2015 г., предусматривает возможность согласования условных прав и обязанностей.

Возможность совершить сделку под условием, т.е. поставить возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей по сделке в зависимость от наступления обстоятельства, которое может как наступить, так и не наступить в будущем, признана в ст. 157 ГК РФ. Статья 327.1 ГК РФ уточняет это законодательное положение, оговаривая, что под условием может быть поставлен не весь правовой эффект сделки в целом, а отдельные права и обязанности по ней.

Несмотря на то что ГК РФ вслед за немецким законодательством в названии ст. 157 ГК РФ говорит о сделке, поставленной под условие, содержание п. 1 и 2 ст. 157 ГК РФ не оставляет сомнений, что под отлагательное или отменительное условие ставится не сделка как юридический факт, а ее правовой эффект (права и обязанности). Отлагательное условие по господствующему сейчас воззрению не входит в фактический состав сделки. До наступления отлагательного условия откладывается не момент совершения сделки, а возникновение (созревание) прав и обязанностей по ней. То же и с отменительным условием: его наступление не аннулирует сделку, а лишь влечет прекращение прав и обязанностей. Из этого с неизбежностью следует, что

под условие могут быть поставлены как весь правовой эффект совершенной сделки, так и отдельные права и обязанности по ней. В первом случае мы имеем полностью условную сделку, во втором – частично условную. И действительно, не существует политико-правовых или догматических оснований запрещать постановку под условие отдельных прав и обязанностей.

Международные акты унификации частного права также прямо признают, что под условие ставятся и условными являются права и обязанности (ст. III.–1:106 Модельных правил европейского частного права), как договоры в целом, так и отдельные обязательства (ст. 5.3.1 Принципов УНИДРУА). Тот же подход доминирует и в национальном праве континентально-европейских стран. Многие зарубежные кодификации в принципе регулируют не условные сделки, а условные обязательства (Франция, Нидерланды и др.).

В практическом плане в обороте крайне распространены случаи постановки под условие возникновения, изменения или прекращения отдельных вторичных (преобразовательных), обязательственных или иных прав, кредиторских обязанностей, возражений и т.п. в рамках сложной программы договорных правоотношений. Так, в договоре поставки может быть предусмотрено досрочное прекращение гарантии качества в случае вскрытия пломб покупателем или обслуживания и ремонта купленного оборудования силами неавторизованных специалистов. Стороны часто ставят под условие возникновение или прекращение вторичного права на односторонний отказ от договора (например, право отказаться от договора при значительном росте курса доллара, при изменении организационно-правовой формы контрагента или ухудшении его финансового состояния), права на одностороннее изменение договора (например, право банка досрочно истребовать кредит при падении капитализации компании-заемщика), обязанности контрагента выполнить некие дополнительные работы (например, при изменении обязательных требований к результату работы), обязанности покупателя доплатить некую премию к основной цене (например, при повышении таможенных пошлин или перепродаже купленного объекта), обязанности продавца вернуть часть полученной цены в режиме ретро-бонуса при достижении объемов закупок, обязанности по возмещению тех или иных расходов (потерь) в случае их несения (возникновения), обязанности по внесению платы за реализацию права на отказ от договора или его одностороннее изменение и т.п. Нередко под условие ставится изменение порядка расчетов (например, автоматический перевод покупателя на предоплату в отношении последующих отгрузок в рамках долгосрочного договора поставки при

возникновении просрочки покупателя по оплате ранее отгруженных партий).

Иногда утверждается, что в такого рода случаях, когда под условие ставится не сделка в целом, а часть ее правового эффекта (например, отдельные права или обязательства), нет повода что-то запрещать, но следует избегать использования понятий «отлагательное условие» или «отменительное условие» и, соответственно, необходимо исключать применение правил ст. 157 ГК РФ к подобным ситуациям. В избегании данных понятий нет никакого смысла. Такое решение просто ни из чего не вытекает, не соответствует европейской традиции частного права и на равном месте формирует правовой вакуум, отсекая от данного рода условных правовых эффектов весь массив не только норм законодательства об условных сделках (которых не так много), но и тех правовых позиций, которые вырабатываются в доктрине и судебной практике применительно к отлагательным и отменительным условиям в контексте толкования ст. 157 ГК РФ. Нет причин не применять к условным обязательствам или условным секундарным (преобразовательным) правам (например, праву на отказ от договора) и положение п. 3 ст. 157 ГК РФ о недобросовестном препятствовании или способствовании наступлению условия. Например, если договор аренды помещения в торговом центре ставит возникновение у арендодателя права отказаться от договора с арендатором под условие административного приостановления деятельности магазина арендатора, а затем такое приостановление происходит по причине нарушения тех или иных санитарных норм, произошедших по обстоятельствам, зависящим от арендодателя, то формально условие наступило и, казалось бы, арендодатель вправе отказаться от договора, но здесь имеются все основания для применения фикции ненаступления условия по смыслу п. 3 ст. 157 ГК РФ.

Абсурдность тезиса о принципиальной невозможности ставить под условие не весь правовой эффект сделки целиком, а отдельные права и обязанности легко подтвердить следующим образом. Сторонники такого тезиса должны были бы признать, что если бы стороны не включили в изначально заключенный договор отдельные условные права и обязанности, а оформили бы согласие на эти условные права и обязанности в виде отдельного дополняющего договор соглашения, содержание которого исчерпывалось бы соответствующими условными правами и обязанностями, то следовало бы признать такое дополнительное соглашение условной сделкой по ст. 157 ГК РФ. Но если можно поставить под условие всю сделку, нацеленную на дополнение ранее заключенного договора, то почему нельзя в самом изначальном договоре предусмотреть отдельные условные права и обязанности?

Окончательно возможность постановки под условие не всего правового эффекта сделки, а отдельных прав и обязанностей по ней установлена в ст. 327.1 ГК РФ, вступившей в силу 1 июня 2015 г., что продвигает российское гражданское право вперед.

2. Понятие и признаки условия

Понятие «условие» имеет в праве несколько различных значений.

Во-первых, под условием и закон, и участники оборота часто понимают отдельные положения сделок, определяющие те или иные права и обязанности сторон (например, понятие «существенные условия договора»).

Во-вторых, условием именуют объективную предпосылку тех или иных правовых эффектов, элемент фактического состава того или иного правового эффекта (например, условием регистрации права собственности на построенное здание является завершение его строительства и принятие в эксплуатацию, а ст. 302 ГК РФ предписывает ряд условий возникновения права собственности при приобретении вещи у неуправомоченного отчуждателя по доброй совести).

Наконец, в-третьих, в контексте правового регулирования сделок условием признается обстоятельство, наступление которого не предопределено и к наступлению которого сделка привязывает возникновение, изменение или прекращение согласованных в сделке гражданских прав и обязанностей. В ст. 157, а также в ст. 327.1 ГК РФ понятие «условие» используется именно в этом последнем значении. В дальнейшем под условием, если иное не следует из контекста, будет пониматься именно подобное явление.

2.1. Непредопределенность наступления условия

Условие в том смысле, который подразумевается в ст. 157 и 327.1 ГК РФ, — это некое обстоятельство, которое может наступить после совершения сделки. Поэтому не является подлинным условием обстоятельство, которое случилось до совершения сделки (пусть и существует некоторая неопределенность в вопросе о том, случилось оно фактически или нет) или имеет место на момент ее совершения. Такие положения сделок, ставящие возникновение того или иного правового эффекта в зависимость от того, происходило ли то или иное обстоятельство в прошлом или имеется ли оно на момент совершения сделки, также вполне возможны в силу общего принципа свободы договора, но к категории отлагательного или отменительного условия эти положения уже не относятся.

Принципиальное отличие условия от срока со времен римского права видится в том, что в случае с условием соответствующий право-

вой эффект сделки ставится в зависимость от обстоятельства, наступление которого не гарантировано, в то время как при установлении срока речь идет об обстоятельстве, которое неизбежно наступит. Это отличие четко отражено в п. 1 и 2 ст. 157 и в ст. 190 ГК РФ. Поэтому, в частности, наступление календарной даты, прекращение судоходства на той или иной ежегодно замерзающей северной реке или смерть конкретного человека — это варианты установления срока. Да, в примере с прекращением судоходства или смертью того или иного человека мы не знаем, когда это обстоятельство наступит, но имеется гарантия того, что оно наступит, а значит, перед нами срок. Также, когда в договоре предусматривается его исполнение в течение определенного периода времени с момента его заключения, перед нами срок, так как если договор уже заключен, то отсчет данного периода уже начался и этот отрезок времени рано или поздно истечет. В то же время проведение реорганизации, введение эмбарго, погашение долгов перед третьими лицами, дожитие указанным лицом до определенного возраста, допущение контрагентом налогового правонарушения — это не срок, а условие, так как нет предопределенности в наступлении соответствующих обстоятельств.

При этом по общему правилу ничто не мешает устанавливать в сделке срок, осложненный условием. Например, в сделке может быть указано на срок исполнения обязательства в виде некоего периода, начинающего исчисляться с момента наступления того или иного условия (на такую возможность применительно к установлению срока исполнения обязательства прямо указывает п. 1 ст. 314 ГК РФ (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 314 ГК РФ)). Или стороны могут в договоре указать срок реализации того или иного права в виде периода времени, исчисляемого с момента заключения данного договора, но уточнить, что реализация права пресекается досрочно при наступлении оговоренного отменительного условия, или что в пределах указанного срока право может быть реализовано только при наступлении отлагательного условия. Возможны и иные комбинации срока и условия.

Указанное в сделке в качестве условия обстоятельство представляет собой фактическое обстоятельство, с которым связывается возникновение тех или иных правовых эффектов. Тонкость здесь заключается в том, что эту связь позитивное право устанавливает не непосредственно, а за счет делегации самим участникам оборота правомочия квалифицировать в качестве влекущих оговоренные сторонами правовые последствия те или иные факты социальной реальности, которые сами по себе позитивным правом напрямую в качестве порождающих именно такие правовые последствия не определяются.

2.2. Правомерность условия

Условием может быть как некое событие, не зависящее от воли людей в принципе, так и поведение стороны сделки или третьих лиц. При этом в качестве условия может фигурировать как правомерное, так и неправомерное поведение сторон или третьих лиц. Например, в договорах нередко указывается, что цена договора автоматически изменяется при условии нарушения партнером налогового, миграционного или трудового законодательства, техники безопасности на производстве и т.п. Просрочка в выплате предоплаты может быть установлена в договоре в качестве отменительного условия, наступление которого влечет автоматическое прекращение договора.

Единственное ограничение, которое здесь необходимо признать, — это запрет на включение в договор условия, наступление которого будет порождать правовой эффект, выгодный лицу, нарушившему закон, ведущему себя явно недобросовестно, либо своим поведением посягающему на основы нравственности или правопорядка, или иным образом провоцировать и поощрять подобное неправомерное или антисоциальное поведение. Этот вывод вытекает из п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать выгоду из своего неправомерного поведения) и ст. 169 ГК РФ, запрещающей совершение сделок, противных основам нравственности или правопорядка. Срабатывание условного правового эффекта не должно поощрять или вознаграждать незаконное, недобросовестное и антисоциальное поведение. Если эти требования нарушаются и сделка действительно поощряет незаконное, аморальное или антисоциальное поведение, речь должна идти о ничтожности по правилам ст. 169 ГК РФ либо всей сделки в целом, либо ее соответствующей части — положения о соответствующем отлагательном или отменительном условии (ст. 180 ГК РФ).

Если же в качестве условия указано некое формально незаконное, недобросовестное или аморальное поведение одной из сторон, а срабатывание условия приводит к возложению на сторону, допустившую такое поведение, неблагоприятных последствий либо предоставление дополнительных прав или преимуществ контрагенту, то по общему правилу в таких условиях не следует видеть проблему.

2.3. Возможность условия

Условием может быть лишь такое обстоятельство, наступление которого теоретически возможно с той или иной степенью вероятности.

2.3.1. Изначальная невозможность

Если на момент совершения сделки наблюдается невозможность наступления условия, но эта невозможность теоретически в обозримой перспективе (а если в сделке установлен или из ее смысла вытекает

некий срок, в течение которого условие может наступить, то в течение данного срока) может отпасть, а возможность наступления — открыться, такое условие должно признаваться судами и не может вызывать нареканий.

Но если очевидно, что в качестве условия выбрано обстоятельство, наступление которого абсолютно невозможно с учетом состояния техники и иных социальных, политических и экономических условий в обозримой перспективе и о данной невозможности было известно или со всей очевидностью не могло не быть известно всем сторонам сделки, логично применение правил о мнимых сделках (ст. 170 ГК РФ). Если речь идет о включении в целиком условную сделку невозможного отлагательного условия, о чем ее сторонам было известно, следует признать ничтожной в результате мнимости всю сделку, так как включение в нее очевидно невозможного отлагательного условия достаточно наглядно свидетельствует о том, что стороны не имели в виду связать себя правовыми отношениями в целом (т.е. мнимость характеризует всю сделку). Но если такое невозможное условие обуславливает лишь отдельное обязательство или секундарное право, теоретически можно обсуждать признание ее ничтожной по мнимости в части данного условного правового эффекта или в целом с учетом правил ст. 180 ГК РФ.

Если стороны осознанно включают в сделку невозможное отменительное условие, соответствующий правовой эффект сделки действует в полной мере. Мнимости самой сделки в целом или в части условных прав и обязанностей здесь нет, так как у сторон была воля породить правовые последствия. Наличие в договоре априори невозможного отменительного условия, о чем сами стороны прекрасно знают, означает, что стороны просто не имели в виду установить отменительное условие как реальный механизм прекращения соответствующего правоотношения, но это отнюдь не означает, что они не желали связать себя положениями сделки и породить соответствующее обязательство или иной правовой эффект. Мнимостью поражается лишь само отменительное условие, и вряд ли критерии недействительности части сделки (ст. 180 ГК РФ) позволят в такой ситуации поразить недействительностью всю сделку в целом.

Ситуация может быть несколько более сложной, если на момент совершения сделки о невозможности наступления отлагательного или отменительного условия знала лишь одна из сторон договора, а другая была, соответственно, обманута или введена в заблуждение. Здесь мнимости нет, и о ничтожности сделки в целом или в части условных прав и обязанностей говорить нельзя. Если речь идет о не-

возможности наступления отменительного условия, правовой эффект сделки наступает, а пробел в отношении механизма прекращения прав и обязанностей восполняется теми или иными диспозитивными нормами (например, о разумном сроке реализации того или иного права или о существовании обязательства до момента его исполнения). В то же время здесь в ряде случаев возможно применение правил ст. 178 и п. 2 ст. 179 ГК РФ об оспаривании сделки обманутой или введенной в заблуждение стороной на основании введения в заблуждение или обмана (в том числе обмана умолчанием), а также взыскание убытков за недобросовестное поведение на стадии заключения договора по модели защиты негативного договорного интереса (п. 3 ст. 307, ст. 434.1 ГК РФ).

Если же речь идет об изначальной невозможности наступления отлагательного условия, о которой знала лишь одна из сторон сделки, не ведавший об изначальной невозможности наступления условия контрагент все так же вправе оспорить сделку по правилам ст. 178 и п. 2 ст. 179 ГК РФ (если вера в возможность наступления условия находится в причинной связи с его решением совершить сделку или согласиться на иные ее условия) и потребовать возмещения убытков по модели защиты негативного договорного интереса. В ряде случаев могут обсуждаться и иные средства защиты. Все зависит от того, какой правовой эффект поставлен под условие, и конкретных обстоятельств. Например, если речь шла о постановке под отлагательное условие обязательственного договора, при изначальной невозможности наступления условия можно применять по аналогии те же подходы, которые мы готовы применять в отношении ситуации изначальной объективной и перманентной невозможности исполнения, о которой было известно только одной из сторон. Как показано в комментарии к ст. 416 ГК РФ, здесь наиболее логично предоставить обманутой или введенной в заблуждение стороне право требовать вместо так и не возникшего обязательственного правоотношения возмещения убытков по модели защиты позитивного договорного интереса, как если бы обязательство на логическую секунду возникло и затем сразу же прекратилось в силу последующей невозможности, наступившей по обстоятельствам, за которые отвечает знающая о такой невозможности сторона. Более того, в ряде случаев можно обсуждать и применение в данном отношении по выбору пострадавшей стороны механизма фикции наступления условия с применением по аналогии п. 3 ст. 157 ГК РФ.

Самый сложный вопрос возникает в ситуации, когда об изначальной невозможности наступления отлагательного или отменительного условия на момент совершения сделки не знали обе стороны,

и о мнимости или введении в заблуждение (обмане) говорить также нельзя. Если речь идет об отлагательном условии, ставящем под условие синаллагматический договор в целом, то логично исходить из того, что права и обязанности из сделки не возникают и никогда уже не возникнут, как если бы сами обязательства по сделке были поражены изначальной объективной перманентной невозможностью исполнения. При этом в такой ситуации никто не несет ответственности. Если под условие ставилось отдельное обязательство, то данную ситуацию следует, видимо, регулировать так же, как и случай изначальной объективной невозможности исполнения отдельного обязательства (подробнее см. комментарий к ст. 416 ГК РФ). Обычно под условие ставится некоторое дополнительное обязательство (выплатить премию, возместить потери или т.п.) или секундарное право, и в таком случае невозникновение (несозревание) соответствующего обязательства или права по умолчанию не блокирует осуществление остальной части договорных правоотношений. Но в ряде случаев здесь можно обсуждать вариант оспаривания сделки в целом по правилам ст. 178 ГК РФ в целях аннулирования остального безусловного правового эффекта сделки, так как налицо двусторонняя ошибка. В контексте отменительного условия, обусловливающего весь договор в целом или отдельные права или обязанности, невозможность наступления условия сама по себе не препятствует возникновению прав и обязанностей, а соответствующие механизмы прекращения таковых определяются в силу применения общих диспозитивных норм, но в ряде случаев возможно аннулирование сделки по правилам ст. 178 ГК РФ в связи с ее совершением под влиянием ошибки.

Впрочем, все эти вопросы абсолютно не проработаны в российском праве, что вполне понятно, так как сама описываемая ситуация с изначальной невозможностью наступления отлагательного или отменительного условия крайне экзотична и редко встречается на практике.

2.3.2. Последующая невозможность

Достаточно интересен вопрос о том, что происходит, когда на момент совершения сделки условие было возможным, но впоследствии стало невозможным. Такие ситуации случаются куда чаще, чем случаи изначальной невозможности наступления условия. Например, представим, что отлагательным или отменительным условием, обусловливающим те или иные обязательства или секундарные права в сделке, является достижение официального курса той или иной валюты по отношению к рублю определенного значения, но впоследствии хождение этой валюты просто прекращается или Банк России прекращает публиковать соответствующие котировки. Если невозможность оказывается

лишь временной и существует перспектива возвращения возможности наступления условия, как правило, проблемы нет. Но что, если невозможность является окончательной и либо никогда, либо в обозримой перспективе не отпадет?

В ситуации с отменительным условием ответ на данный вопрос очевиден: при отпадении возможности наступления отменительного условия возникшие правовые эффекты сохраняются и продолжают развиваться, а их прекращение происходит по общим диспозитивным правилам, применимым к соответствующим правовым эффектам (например, при возникновении невозможности наступления отменительного условия, обуславливающего прекращение обязательства, данное обязательство прекращается путем его исполнения или истечения пресекающего срока, будь такой срок установлен в законе или договоре). В некоторых случаях одна из сторон может также потребовать расторжения или изменения договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ).

В случае с отпадением возможности наступления отлагательного условия все несколько менее очевидно. Сторонам логичнее проговорить данный вопрос прямо в договоре. По общему же правилу решение, видимо, должно быть следующим: если иное не следует из содержания сделки или ее существа, отпадение возможности наступления отлагательного условия, обуславливающего возникновение отдельного обязательства (например, выплата премии к цене) или возникновение некоего секундарного права, должно влечь прекращение состояния подвешенности в этой части сделки путем отпадения перспективы возникновения поставленных под условие правовых последствий, в остальной части программа договорных правоотношений продолжает реализовываться. Отпадение самой возможности наступления условия входит в состав рисков, которые стороны на себя принимают, заключая сделку с отлагательным условием. В некоторых случаях здесь можно будет требовать изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). В случае с постановкой под отлагательное условие всей обязательственной сделки в целом возникновение окончательной невозможности наступления отлагательного условия должно влечь прекращение условной сделки в целом, как если бы речь шла о прекращении обязательств в силу последующей объективной перманентной невозможности исполнения.

Если из программы договорных правоотношений (в том числе подразумеваемой в силу доброй совести) следует обязанность одной из сторон обеспечить сохранение возможности наступления условия,

прилагать к этому те или иные усилия или как минимум не способствовать наступлению такой невозможности, соответствующая сторона, нарушившая данную обязанность, может быть привлечена к ответственности в форме возмещения убытков, а в некоторых случаях может сработать фикция наступления условия по п. 3 ст. 157 ГК РФ.

3. Виды условий

3.1. Базовые виды классификации условий

В силу п. 1 и 2 ст. 157 ГК РФ условия могут быть отлагательными (наступление таких условий порождает права и обязанности или приводит к созреванию оснований для их осуществления) и отменительными (наступление этих условий прекращает ранее возникшие или созревшие права и обязанности). В гражданском праве первые часто также называют суспензивными, а вторые — резолютивными.

Условие может также влечь изменение содержания установленных ранее прав и обязанностей. Этот вариант в ст. 157 ГК РФ не упомянут, но возможность постановки под условие изменения прав упоминается в комментируемой статье. И действительно, нет никаких сомнений в его законности с учетом общего принципа свободы договора, а также принимая во внимание, что любое изменение прав и обязанностей может быть представлено как одновременное прекращение старого и возникновение нового их режима (т.е. через сочетание отменительного и отлагательного условий). Так, нередко стороны предусматривают в договоре заранее, каким образом те или иные положения договора изменятся, если вступят в силу определенные законодательные изменения. Такой тип условий можно назвать изменяющим.

Условие может быть позитивным (условием является нечто, что в будущем может произойти) или негативным (условием является ненаступление в будущем какого-то обстоятельства).

Условие может быть простым (некое одно обстоятельство), сложносоставным (последовательное или одновременное наступление нескольких обстоятельств) или альтернативным (наступление одного из нескольких указанных обстоятельств). Например, в практике Президиума ВАС РФ признавались сделки, содержащие альтернативные условия (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2007 г. № 13999/06). Подобные сложные варианты условий достаточно распространены в финансовых, строительных и инвестиционных сделках.

Каких-либо сложностей в признании всех перечисленных видов в российской судебной практике не наблюдается.

3.2. Классификация условий по критерию зависимости от воли сторон

3.2.1. Общий обзор

Условие может быть *случайным* (т.е. зависеть от внешних обстоятельств, включая действия третьих лиц, решения государственных органов, явления природы и т.п.), *потестативным* (зависящим от воли и поведения одной из сторон сделки) или *смешанным* (зависящим как от воли и поведения одной из сторон сделки, так и от внешних обстоятельств).

Случайные условия никогда не ставились под сомнение, в отличие от условий потестативных и смешанных. Классическое случайное условие – это исход спортивного соревнования (в сделке, опосредующей игру на тотализаторе), определение случайного номера, который оказывается победителем в лотерее. Кроме того, сюда же следует отнести изменение таможенных пошлин, введение или отмену эмбарго правительством, начало или прекращение военных действий, повышение курса рубля до того или иного уровня, снижение ключевой ставки Банка России до указанного предела и т.п., если, конечно, речь не идет о договоре с участием государства, от которого наступление таких условий зависит полностью или частично.

В случае с потестативными условиями их наступление полностью находится во власти одной из сторон сделки, т.е. зависит от ее волевого поведения (реорганизация, погашение долгов перед кредиторами, регистрация права собственности на построенный объект, отказ от того или иного права, реализация права на отказ от договора с третьим лицом, подача того или иного иска или ходатайства в суд и т.п.). Например, когда стороны договариваются о прощении долга и ставят данное соглашение под отлагательное условие отказа должником от некоего иного договора, заключенного с контрагентом или третьим лицом, погашения некоего иного долга, предоставления права залога по некоему другому своему долгу и т.п., налицо прощение долга под потестативным условием.

В случае смешанного условия воля одной из сторон является необходимой, но недостаточной предпосылкой для наступления условия, так как наступление условия не находится в полной власти этой стороны, а зависит также от воли и поведения третьих лиц или неких не зависящих от сторон событий (получение стороной кредита, победа на торгах, успешное публичное размещение акций и т.п.). Например, если в соглашении о реструктуризации долга, вытекающего из оспариваемой сделки, указано, что пролонгация периода его погашения или списание части долга происходит при условии, что суд примет отказ должника от ранее заявленного им иска об оспаривании данного

договора, налицо смешанное условие, так как его наступление хотя и невозможно без участия должника, но также зависит от некоторой степени усмотрения суда, который может и не принять отказ от иска, посчитав, что такой отказ нарушает права третьих лиц.

Эта классификация укоренена в европейской цивилистике и проникла в конце XIX в. в российское гражданское право.

3.2.2. Потестативные условия и реализация секундарного права

Потестативные условия, в свою очередь, иногда с опорой на старые наработки французской догматики разделяют на просто потестативные и чисто потестативные. Просто потестативные условия согласно такой классификации — это те или иные действия (бездействие) одной из сторон сделки, имеющие самостоятельные экономические или правовые цели, но в силу выраженной в содержании сделки воли сторон запускающие тот или иной правовой эффект условной сделки (например, переезд контрагента в другой город, погашение долга перед банком, изменение фамилии, реорганизация, переход с упрощенной системы налогообложения на общую и т.п.). Чисто же потестативные условия — это голые волеизъявления, непосредственный эффект которых и состоит в порождении, прекращении или изменении условных прав и обязанностей. Иначе говоря, здесь в качестве условия обозначается волеизъявление одной из сторон сделки, направленное на порождение того самого условного правового эффекта (например, договор вступит в силу, если одна из сторон подтвердит свою готовность его исполнять).

На самом деле имеются серьезные сомнения в том, что «чисто потестативные условия» являются условиями в классическом понимании. Фактически при наличии «чистой потестативности» впору говорить об установлении в сделке секундарного (преобразовательного, потестативного) *права* одной из сторон своим односторонним сделочным волеизъявлением целенаправленно воздействовать на динамику правоотношения с участием другого лица, породив, изменив или прекратив права и обязанности.

Например, положения договора о том, что он вступит в силу, если это впоследствии подтвердит один из контрагентов, или прекратится, если контрагент позднее выразит на то свою волю, вполне законны. Просто в первом случае наличие такого положения означает, что у сторон нет полноценного обязательственного договора и их отношения находятся на стадии оферты, ожидающей реализации другой стороной своего секундарного права акцепта (или опциона, ожидающего преобразования в случае акцепта в полноценный основной договор), а во втором случае речь идет о включении в договор положения о се-

кундарном праве на односторонний отказ от договора, что в силу п. 2 ст. 310 ГК РФ за рядом исключений допускается.

Если же в зависимость от волеизъявления поставлено отдельное обязательство, то все зависит от того, чье волеизъявление имеет значение – должника или кредитора.

Что касается условности отдельного обязательства, триггером созревания которого является волеизъявление кредитора, то здесь ситуация куда проще. Тут мы имеем, по сути, обязательство с исполнением до востребования по смыслу п. 2 ст. 314 ГК РФ (т.е. обязательство, исполнение которого зависит от реализации кредитором секундарного права востребовать исполнение). Одна из сторон связывает себя обязательством осуществить исполнение, как только кредитор реализует свое секундарное (преобразовательное, потестативное) право востребовать исполнение. Конструирование такого рода обязательств всегда допускалось законом. Но и здесь назвать такое востребование потестативным условием, видимо, неправильно, так как речь идет о секундарном праве.

Наконец, если исполнение отдельного обязательства (или односторонне обязывающего договора) поставлено в зависимость от волеизъявления должника («заплату, если выражу свою волю заплатить»), то часто предлагается исходить из того, что сделка никакого полноценного обязательства в привычном его понимании попросту не предусматривает, так как обязаться сделать что-то при наличии желания и выражения оно не может. Обязательство означает наличие некой правовой связи, а указание на ничем не ограниченный произвол должника в отношении исполнения или неисполнения обязательства исключает такую связь. Обязанность сделать что-то при условии наличия желания действительно выглядит как оксюморон. В то же время этот вопрос не столь прост. Дело в том, что право знает такой феномен, как натуральное обязательство, суть которого как раз и состоит в том, что притязание кредитора не имеет судебной защиты, но должник при желании может учинить исполнение, кредитор в этом случае обязан его принять, и после этого должник не может требовать возврата предоставленного. Спорной является сама идея отнесения натуральных обязательств к категории гражданско-правовых обязательств. Но если такую конструкцию признавать, то логично допускать и свободу сторон порождать натуральные обязательства за рамками случаев, указанных в законе. Другой возможный вариант интерпретации условия «заплату, если захочу» такой: соглашение структурирует предоставление кредитором должнику оферты на дополнение программы договорных правоотношений положением о некоем обязательстве должника,

которую последний волен принять, выразив волю на исполнение. В конце концов, почему стороны не могут договориться о том, что одна из них не обязана, но вправе при желании осуществить предоставление, и если она это сделает, другая сторона будет обязана такое предоставление принять, а истребовать предоставление по правилам о неосновательном обогащении будет нельзя? Кажется, что такого рода соглашения вполне мыслимы. По крайней мере, причины запрещать такое проявление договорной свободы нет. Так что целесообразность ограничения свободы договора не очевидна, вопрос в том, как корректно квалифицировать договоренность сторон.

Но у ВС РФ по этому поводу свое мнение. Так, в Определении СКЭС ВС РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216 на этот счет указано следующее: «Возможность обусловить исполнение отдельного обязательства обстоятельствами, зависящими от воли стороны (статья 327.1 ГК РФ), не означает допустимость ситуации, когда волеизъявление стороны на исполнение этого обязательства ничем не ограничено („заплачу, если захочу“»).

Впрочем, на практике такие ситуации практически не случаются, а сам вопрос носит, скорее, чисто теоретический характер.

Итак, подлинным условием, которое подразумевается в данной статье, равно как и в ст. 157 ГК РФ, является жизненное обстоятельство (событие, действие, бездействие одной из сторон или третьих лиц), а также сочетание разных обстоятельств. В случае как с потестативным, так и со смешанным условием его наступление зависит полностью или частично от одной из сторон сделки, но говорить о секундарном праве этого лица на одностороннее целенаправленное воздействие на динамику правоотношения нельзя. Если заключен договор, права и обязанности по которому возникнут при условии реорганизации компании-продавца или изменения ее места нахождения (потестативные условия) либо согласования продавцом с третьим лицом продления выданной продавцу лицензии или успешного публичного размещения продавцом допэмиссии акций компании-продавца на бирже (смешанные условия), то независимо от того, будет ли продавец думать об этих условных правах и обязанностях и желать их при проведении реорганизации, переезде, продлении лицензии или выходе на IPO, данное отлагательное условие сработает и условные обязательства возникнут. Конечно же, продавец в указанных примерах связан куда меньше, чем покупатель. Но отрицать наличие связанности нельзя. Как только продавец решит совершить названные действия, он неминуемо и независимо от своей воли запустит условные правовые эффекты по совершенной ранее сделке, содержащей такие условия.

Так называемые «чисто потестативные условия» следует выносить за скобки и квалифицировать в качестве секундарных (преобразовательных) прав: здесь правовые последствия формируются в результате целенаправленного сделочного волеизъявления на динамику соответствующих квалифицируемых правоотношений, а не в результате наступления некоего обстоятельства. Соответственно, нет оснований разграничивать потестативные условия на «чистые» и «простые», так как то, что имеется в виду под чистыми потестативными условиями, таковым не является. Полноценным условием является лишь вариант «простого» потестативного условия, т.е. некоего поведения одной из сторон, имеющей собственные автономные цели, к которому в силу условия привязываются те или иные сделочные правовые последствия (например, проведение реорганизации или переезд в другой город).

3.2.3. Проблемы в судебной практике и их последующее разрешение

Некоторое время в судебной практике нижестоящих судов встречались решения, ставящие под сомнение допустимость условий, наступление которых зависит от одной из сторон договора полностью (потестативное условие) или частично (смешанное условие). В практике высших судов, наоборот, было отражено в целом, скорее, позитивное отношение к потестативным и смешанным условиям. Так, например, в ранее действовавшем п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 признавался допустимым ряд потестативных и смешанных условий в договоре поручительства, а Постановление Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12 отменило решение суда нижестоящей инстанции о признании недействительным потестативного условия о просрочке во внесении оплаты в качестве основания для автоматического расторжения договора. Тем не менее вопрос долгое время оставался не вполне проясненным.

С момента вступления в силу ст. 327.1 ГК РФ (с 1 июня 2015 г.), которая прямо допустила постановку отдельных прав и обязанностей под потестативные условия, вопрос окончательно решен в пользу допустимости таких условий. Из этого положения ст. 327.1 ГК РФ неизбежно вытекает вывод, что допускаются и смешанные условия. А так как нет никакой логики в том, чтобы допускать возможность поставить под потестативные и смешанные условия отдельные права и обязанности по договору и одновременно блокировать возможность ставить под аналогичные условия всю сделку в целом, то не должно оставаться сомнений в том, что российское право склонилось к либеральной позиции и больше не имеет претензий к подобного рода условиям в принципе.

В связи с этим не удивительно, что в п. 52 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 допустимость потестативных и смешанных условий в сделке была прямо признана в универсальном виде: «По смыслу пункта 3 статьи 157 ГК РФ не запрещено заключение сделки под отменительным или отлагательным условием, наступление которого зависит в том числе и от поведения стороны сделки (например, заключение договора поставки под отлагательным условием о предоставлении банковской гарантии, обеспечивающей исполнение обязательств покупателя по оплате товара; заключение договора аренды вновь построенного здания под отлагательным условием о регистрации на него права собственности арендодателя)». В п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 эта идея была развита. Суд, указав на возможность включения в договор поручительства отменительных или отлагательных условий, уточнил, что «к отлагательным условиям, обуславливающим вступление договора поручительства в силу... могут быть отнесены такие обстоятельства, наступление которых зависит в том числе от поведения стороны по обязательству (например, заключение кредитором с должником или с третьими лицами иных обеспечительных сделок, изменение состава участников или органов управления общества — поручителя или должника и т.п.)», а «в качестве отменительного условия... в договоре поручительства может быть указано, в частности, на прекращение либо признание судом недействительными или незаключенными других обеспечительных сделок».

Далее в том же пункте Суд указывает на то, что «наступлением определенных обстоятельств может быть обусловлено не только действие договора поручительства в целом, но и возникновение у кредитора права на предъявление требований к поручителю. Например, договором поручительства может быть предусмотрено, что кредитор получает такое право лишь в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного для исполнения исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора, или в случае окончания исполнительного производства в отношении обязанности должника в связи с невозможностью исполнения либо только в случае признания должника банкротом».

В п. 4 **Обзора** судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г.), Суд установил, что в условиях гарантии можно указать на вступление ее в силу в момент совершения определенных действий бенефициаром в рамках его договора с принципалом (например, внесение аванса).

Все эти разъяснения не оставляют сомнений в позиции ВС РФ по данному вопросу.

3.2.4. Обоснование

Такое развитие событий в судебной практике можно только приветствовать. Действительно, нет серьезных политико-правовых причин блокировать свободу сторон в установлении в своих сделках подобных условий. Блокирование таких проявлений автономии воли сторон в отступление от конституционного принципа свободы договора не может быть обоснованным с точки зрения баланса конституционных ценностей. Соответственно, нет смысла запрещать сторонам договориться о привязке к моменту совершения одной из сторон определенных действий возникновения, изменения или прекращения всех (или части) прав и обязанностей по договору, а равно иных правовых последствий сделки. То же самое тем более относится к смешанному условию.

То, что подобные условия ставят в той или иной степени правовую связь сторон в зависимость от поведения одной из них, само по себе недостаточно для того, чтобы ограничить свободу договора. Аналогичная власть имеет место и во многих других признаваемых правом конструкциях и зачастую выражена в них куда ярче (например, при наличии у одной из сторон секундарного права на отказ от договора или его изменение, права на акцепт по опциону, права востребования исполнения при обязательстве с исполнением до востребования и т.п.). Тот факт, что эта власть предоставлена одной из сторон свободным соглашением и освящена принципом автономии воли, снимает основную часть вопросов. Защита другой стороны сделки от нахождения в состоянии вечной подвешенности и неопределенности и ожидания совершения контрагентом тех или иных действий, выступающих в качестве условия, должна осуществляться за счет правила о подразумеваемом темпоральном ограничении состояния подвешенности (см. п. 6.1 комментария к настоящей статье). Кроме того, если из самой сделки или ее толкования следует обязанность стороны обеспечить наступление условия или прилагать усилия к его наступлению, или как минимум не препятствовать его наступлению, то защита другой стороны от недобросовестного неисполнения данной обязанности может осуществляться за счет применения п. 3 ст. 157 ГК РФ (см. п. 11 комментария к настоящей статье). Этих инструментов защиты в целом вполне достаточно для защиты интересов стороны сделки, не влияющей на наступление условия.

Если право допускает согласование в договоре положения о том, что договор прекратится в случае реализации одной из сторон права на односторонний отказ от договора, изменится в случае заявления

одной из сторон об одностороннем изменении договора, а также согласование опциона, в силу которого основной договор вступит в силу, когда и если одна из сторон заявит об акцепте, то какие по здравому рассуждению могут быть аргументы против согласования условий о том, что договор прекратится, изменится или вступит в силу, если одна из сторон откажется от упрощенной системы налогообложения или закроет свой филиал в том или ином регионе? Ответ очевиден.

На практике потестативные и смешанные условия, обуславливающие вступление в силу или прекращение действия всей сделки в целом или созревание, изменение или прекращение отдельных прав или обязанностей, крайне востребованы и встречаются практически в любой более или менее сложной программе договорных правоотношений. Опционы привязывают право на акцепт к тому или иному поведению оферента, выплата «гонорара успеха» ставится в зависимость от результата усилий исполнителя, автоматическое прекращение лицензионного договора часто обуславливается тем или иным нарушением условий лицензии, плата за отказ от договора созревает при реализации одной из сторон права на отказ, соглашения о реструктуризации или урегулировании долгов привязываются к отказу одной из сторон от иска по одному из введущихся между сторонами спору и т.п. О каких-либо массовых злоупотреблениях, наметившихся в последние годы с момента утверждения в практике либерального подхода, неизвестно.

3.2.5. Потестативное условие, обуславливающее отдельное обязательство и зависящее от поведения должника

Иногда суды обнаруживают сомнения в законности потестативных условий в ситуациях, когда под условие ставится отдельное обязательство или односторонне обязывающий договор в целом и при этом условие зависит от поведения должника (не абсурдное и не встречающееся на практике «заплату, если захочу», а «заплату, если перееду»).

Например, в Определении СКГД ВС РФ от 5 декабря 2017 г. № 9-КГ17-14 Суд признал противоречащим обеспечительной природе договора поручительства условие о том, что договор поручительства, заключенный банком с директором общества-заемщика, прекращается в случае прекращения трудовых отношений между обществом, чей долг был обеспечен поручителем, и самим поручителем. Это решение представляется в корне ошибочным. Если банк как сильная сторона договора, ответственная обычно за составление проекта договора поручительства, согласился включить в договор такое отменительное условие, нет никаких оснований ограничивать свободу договора в интересах банка и позволять ему игнорировать договоренность сторон.

Такое условие следует просто корректно интерпретировать. Очевидно, что логика подобного условия в том, что директор не должен отвечать за долг общества, если задолженность образовалась после того, как он уже потерял свою позицию в руководстве общества. Так Суду и следовало истолковать договорное условие, сопоставив даты, когда заемщик впал в просрочку, и когда директор потерял свою должность, при необходимости также применив п. 3 ст. 157 ГК РФ. Но оснований *ex ante* устанавливать недопустимость включения в договор поручительства такого потестативного условия нет. То, что в результате включения в договор такого отменительного условия поручительство получается ослабленным, не повод ограничивать свободу договора.

В таком ограничении нет смысла. Ситуации, когда в связи с тем или иным поведением должника его долг прекращается, могут быть разными. Например, стороны договора поручительства могут договориться о том, что в случае развода поручителя с должником поручительство прекратится. То, что развод произошел по воле супруга-поручителя, само по себе срабатывание такого отменительного условия не должно блокировать (исключением может быть только фиктивный развод с целью создать формальный повод к «страхиванию» поручительства). Также в договоре консенсуального дарения может быть указано, что в случае, если даритель примет наследство в рамках открытого дела о наследстве, он будет обязан передать в дар часть полученного. Ничего противоречащего базовым принципам частного права такие договоренности не содержат.

То же и в случае, когда согласно договору у должника возникает долг или меняется или прекращается ранее возникший долг, если он совершит те или иные действия или будет бездействовать. Например, может быть достигнута договоренность сторон о том, что покупатель должен будет перечислить продавцу 10% от положительной ценовой разницы между ценой покупки и ценой последующей перепродажи, или продавец вернет часть полученной цены, если решит отказаться от договора аренды, заключенного с тем же покупателем.

Эти ситуации не следует смешивать с конструкциями, которые ставят возникновение или прекращение условного обязательства в зависимость от голого волеизъявления должника. В вышеописанных примерах воля должника связана, пусть и не так сильно, как воля кредитора: если он совершает те или иные действия, условный правовой эффект наступит, что бы он по этому поводу ни думал. Например, если должник, долг которого поставлен под отменительное условие переезда в другой регион, по тем или иным причинам решит переехать, его долг прекратится, но для того, чтобы добиться этого результата, ему

следует совершить нефиктивный переезд. В ситуации же с наличием у должника права своим голым волеизъявлением породить, изменить или прекратить свой долг сложно говорить об условии в точном смысле этого слова, налицо предоставление должнику секундарного права. Последнее, впрочем, также возможно, но к условным сделкам и обязательствам прямого отношения не имеет (подробнее см. п. 3.2.2 комментария к настоящей статье).

4. Отлагательное условие и фактический состав сделки

Входит ли отлагательное условие в фактический состав сделки? Считается ли сделка совершенной до наступления отлагательного условия, или она считается совершенной в момент наступления условия? Абсолютно очевидно, что, когда мы говорим об отлагательном условии, касающемся отдельных прав и обязанностей сторон договора, и часть порождаемого сделкой правового эффекта возникает сразу же в момент совершения необходимых волеизъявлений сторон, следует считать, что сделка совершена до наступления отлагательного условия. Но что, если речь идет об отлагательном условии, определяющем возникновение всех прав и обязанностей по сделке? Что откладывается: возникновение прав и обязанностей или момент, когда сделка считается совершенной?

В научной литературе по этому вопросу высказывались разные точки зрения. Представляется логичным придерживаться доминирующей сейчас в российском праве позиции, согласно которой сама сделка как юридический факт в описанной ситуации считается совершенной и до наступления отлагательного условия. Независимо от того, считаем ли мы условное обязательство возникшим в момент совершения сделки и при наступлении условия лишь созревающим, либо придерживаемся точки зрения о том, что при возникновении отлагательного условия само обязательство лишь возникает, в любом случае уже с момента совершения сделки между сторонами возникает состояние связанности ожиданием наступления условия. Этот возникающий непосредственно из факта совершения целиком условной сделки правовой эффект предполагает автоматическое возникновение основных поставленных под условие прав и обязанностей, если соответствующее условие наступает. Еще до наступления отлагательного условия стороны оказываются опутанными не только этой правовой связью, но и рядом иных обязанностей (подробнее см. п. 6 комментария к настоящей статье).

Соответственно, если все элементы фактического состава сделки соблюдены (например, налицо взаимные волеизъявления в случае договора либо соглашение удостоверено нотариально, если того тре-

бует закон, и т.п.), то правовая связь между сторонами уже возникает и характеризуется состоянием ожидания наступления условия. В рамках такого подхода наступление отлагательного условия является важным элементом фактического состава прав и обязанностей, поставленных под отлагательное условие, но не элементом фактического состава условной сделки как волеизъявления. Этот вывод не зависит от использованной сторонами терминологии. Даже если в договоре написано, что он считается заключенным при условии наступления того или иного обстоятельства в будущем, следует все равно исходить из того, что договор (как юридический факт) заключен в момент обмена волеизъявлениями, а откладывается лишь возникновение прав и обязанностей по нему.

В любом случае полномочия на совершение сделки должны определяться не на момент наступления указанного отлагательного условия, а на момент совершения сделки. То же касается и дееспособности соответствующей стороны, круга применимых к договору императивных и диспозитивных норм (п. 2 ст. 422 ГК РФ) и т.п. Так, если на момент заключения договора его условия соответствовали закону, а к моменту наступления отлагательного условия появились новые императивные нормы, запрещающие данный договор или отдельные его условия, эти новые положения не подлежат применению к заключенному договору. Другой пример: если на момент совершения сделки лицо было недееспособным, но к моменту наступления отлагательного условия оно приобрело полную дееспособность, то без последующего подтверждения данной сделки говорить о ее действительности нельзя. И наоборот: если на момент совершения условной сделки лицо было дееспособным, а к моменту наступления условия оно утратило дееспособность, действительность сделки не может ставиться под сомнение.

Из того факта, что сделка, правовой эффект которой поставлен под отлагательное условие, все же порождает ряд важных правовых последствий и является сделкой уже с момента ее совершения (накопления фактического состава сделки), можно сделать вывод, что такая сделка может быть оспорена по тем или иным основаниям недействительности даже до наступления отлагательного условия, поставленный под условие договор может быть расторгнут или изменен при возникновении к тому оснований, а поставленные под условие права и обязанности прекращены новацией, предоставлением отступного и т.п. (подробнее об этом см. п. 6.3 комментария к настоящей статье).

4.1. Банкротная специфика

В то же время следует учитывать, что для целей применения правил об оспаривании сделок в банкротстве в силу п. 2 ст. 61.1 Закона о бан-

кротстве сделки, совершаемая под условием, считается совершенной в момент наступления соответствующего условия. Эта фикция использована законодателем, видимо, для расширения возможностей по оспариванию сделок, совершенных должником в преддверии банкротства. В связи с ее реализацией теоретически большее число сделок лица может быть оспорено. Как указывает ВАС РФ в п. 3 Постановления Пленума от 23 декабря 2010 г. № 63, «в силу пункта 2 статьи 61.1 Закона о банкротстве совершенная ранее периодов подозрительности, предусмотренных статьями 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве, сделка под условием (как отлагательным, так и отменительным) может быть признана недействительной по правилам главы III.1 Закона о банкротстве, если условие наступило в эти периоды».

Данное решение законодателя может порождать ряд вопросов. В частности, не очень понятно, как может работать разъяснение об оспаривании самой отменительно обусловленной сделки при наступлении ее отменительного условия в период подозрительности.

Что касается сюжета с отлагательным условием, то ВАС РФ имел в виду, что при определении попадания сделки в период подозрительности следует учитывать дату наступления условия, а не дату совершения сделки, но при этом отнюдь не имел в виду, что субъективная добросовестность контрагента будет определяться на дату наступления условия. По смыслу п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве знания и намерения контрагента и должника должны определяться на дату совершения ими волеизъявления, даже если сделка была поставлена под отлагательное условие. Представим, что условный договор купли-продажи акций заключен за четыре года до принятия заявления о признании продавца банкротом, в период, когда никаких признаков банкротства продавца не было, а сама цена была вполне нормальной на тот момент. Далее отлагательное условие наступает за полтора года до начала банкротного процесса в отношении продавца, но на этот момент рыночная конъюнктура сделала обмен неэквивалентным (например, рыночная цена продаваемых акций на рынке выросла за этот год в два раза по сравнению с ценой, указанной в договоре и соответствующей рыночным параметрам на момент заключения договора). Тем не менее стороны исполнили договор, так как оснований его не исполнять по ГК РФ нет. В такой ситуации оснований для оспаривания сделки по п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве нет, так как нет субъективной недобросовестности покупателя (в виде реального или вменяемого знания покупателя об ущемлении интересов кредиторов продавца либо о признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества продавца).

Более тонкий вопрос касается оспаривания такой сделки по п. 1 ст. 61.2 Закона о банкротстве, так как в данной норме не упоминается значение добросовестности контрагента, а ВАС РФ в п. 9 Постановления Пленума от 23 декабря 2010 г. № 63 разъяснил, что «если подозрительная сделка была совершена в течение одного года до принятия заявления о признании банкротом или после принятия этого заявления, то для признания ее недействительной достаточно обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 61.2 Закона о банкротстве, в связи с чем наличие иных обстоятельств, определенных пунктом 2 данной статьи (в частности, недобросовестности контрагента), не требуется». Это толкование, казалось бы, допускает оспаривание при совершении неравноценного обмена за год до принятия или после принятия заявления о банкротстве вне зависимости от того, что контрагент не знал и не должен был знать об ущербе интересам кредиторов должника или признаках неплатежеспособности или недостаточности имущества должника. Но если принять иногда озвучиваемую позицию, согласно которой при применении этой нормы все равно имеет значение субъективная добросовестность контрагента должника (как минимум в смысле осознания того, что сделка с учетом неравноценности встречных предоставлений явно страдает тем или иным пороком), а наличие указанных в ней объективных условий для оспаривания лишь вводит сильную опровержимую презумпцию таким образом понимаемой субъективной недобросовестности и перекладывает бремя доказывания обратного на контрагента, острота проблемы также снимается. После того как мы признаем, что субъективная добросовестность оценивается по дате заключения договора, а не по дате наступления отлагательного условия, в вышеуказанном примере презумпция недобросовестности покупателя будет опровергнута, так как на момент заключения договора цена была вполне рыночной.

5. Правосудное условие и условие права

Классическое условие по воле сторон включается в программу порождаемых обязательственных или иных договорных правоотношений. В этом случае иногда говорят о правосудном условии.

Но нередко те или иные устоявшиеся на практике конструкции, в структуру которых стороны обычно включают условие, законодатель начинает регулировать, и естественным образом такая условность оказывается среди квалифицирующих признаков соответствующей конструкции. Можно привести такие примеры: нарушение договора как условие возникновения обязательства по уплате неустойки, наступление страхового случая как условие для выплаты страхового возмещения,

колебания плавающей процентной ставки в ее соотношении со ставкой, фиксированной для договора процентного свопа, и т.п. В такой ситуации условность встроена в саму конструкцию, а стороны, выбирая ее, не могут избавиться от этого условия, не оказавшись за рамками данной конструкции, часто они могут лишь конкретизировать характер соответствующего обстоятельства (например, определить характер страхового случая). Иногда для описания таких встроенных законом в программу договорных правоотношений условий в рамках той или иной поименованной конструкции говорят об условии права (*condicio iuris*).

Когда речь идет об условии права, соответствующее правоотношение также является условным и в этом плане мало чем отличается от правоотношения, поставленного под правосделочное условие. Единственная особенность состоит в том, что само условие встроено в соответствующую правовую конструкцию в силу указания в законе, а не по произвольному усмотрению сторон сделки. Воля сторон проявляется лишь в том, что они соглашаются на использование самой правовой конструкции и уточняют параметры самого условия. Полное изъятие из структуры правоотношения данного условия сторонами приводит к тому, что договоренность стороны выходит за рамки соответствующей поименованной конструкции и должна квалифицироваться как-то иначе. Например, стороны, заключающие договор страхования, не могут исключить из выбранной ими конструкции элемент отлагательного условия права (наступление страхового случая), оставаясь при этом в рамках договора страхования. Убери элемент условности из конструкции целого ряда деривативов, перечисленных в указании Банка России от 16 февраля 2015 г. № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов», — и они потеряют свой основной квалифицирующий признак, равно как и невозможно установить в договоре неустойку и при этом обойтись без встроенного в саму конструкцию неустойки условия права — нарушения обязательства.

В динамическом плане многие конструкции, изобретенные оборотом и использующие элемент условности (например, обязательство по уплате неустойки на случай нарушения, деривативы, лотереи), до их позитивно-правового регулирования рассматривались как содержащие обязательства, поставленные под обычные правосделочные условия, а с момента появления регулирования таких условных конструкций в законе речь уже идет о поименованной конструкции, содержащей условие права.

Другой вариант условия права налицо в тех ситуациях, когда законодатель тот или иной условный правовой эффект устанавливает не в качестве квалифицирующего признака той или иной договорной кон-

струкции, а встраивает его в программу договорных правоотношений в качестве императивного или диспозитивного элемента ее правового режима. Например, в силу п. 4 ст. 453 ГК РФ при расторжении обязательственного договора, предполагающего осуществление взаимных предоставлений, возникает обязательство одной из сторон вернуть полученное предоставление в случае, если надлежащее встречное предоставление эта сторона не осуществила. Соответственно, отказ от договора в заданных обстоятельствах является условием права для возникновения такого реверсивного обязательства, а в ряде ситуаций и взаимных реверсивных обязательств. В силу ст. 15 и 393 ГК РФ нарушение договорного обязательства, повлекшее возникновение убытков у кредитора, запускает возникновение охранительного обязательства по возмещению убытков. В силу п. 2 ст. 975 ГК РФ если стороны заключают договор поручения, одним из элементов заданной законом программы договорных правоотношений является возникновение у доверителя обязательства возместить расходы поверенного при условии, что таковые понесены.

Встроенное законом в программу договорных правоотношений условие права может не устанавливать, не изменять и не прекращать обязательства, а запускать распорядительный правовой эффект. Так, согласно ст. 1002 ГК РФ в случае объявления комиссионера банкротом его права или обязанности по заключенным в интересах комитента и во исполнение его указаний сделкам автоматически переходят к комитенту.

Иногда утверждается, что положение п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления (ненаступления) условия неприменимо к условиям права. У этого вывода нет никакого основания. В ряде случаев эту норму действительно нельзя применить к условиям права, но в равной степени ее нередко нельзя использовать и по отношению к обычным правосделочным условиям (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 157 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Все зависит, во-первых, от того, имеет ли место недобросовестное препятствование или способность одной из сторон наступлению условия, а во-вторых, от того, выгодно ли применение фикции наступления (ненаступления) условия пострадавшей стороне и защитит ли применение фикции как особое средство защиты интересы этой стороны. Если эти факторы налицо, то применение фикции вполне возможно. В обратном случае примене-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ние фикции невозможно в отношении как правосделочного условия, так и условия права. Более того, даже если бы в отношении условия права не применялась норма п. 3 ст. 157 ГК РФ, тот же результат мог бы быть достигнут за счет применения общего принципа недопустимости извлечения выгоды из своего недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). Ведь норма п. 3 ст. 157 ГК РФ просто является эманацией этого принципа.

В отношении многих условий права аналогичный защитный механизм вытекает из специальных норм, установленных для соответствующих правовых конструкций. Так, если кредитор воспрепятствовал исполнению обязательства должника (впал в просрочку кредитора), то условное обязательство по уплате неустойки не возникнет в силу п. 3 ст. 405 и ст. 406 ГК РФ (при просрочке кредитора не наступает просрочка должника). В равной степени, если страхователь умышленно спровоцировал наступление страхового случая, обязательство страховой компании по выплате страхового возмещения по общему правилу не созревает (п. 1 ст. 963 ГК РФ). Но, не будь этих специальных норм, ту же функцию могла бы выполнять фикция, закрепленная в п. 3 ст. 157 ГК РФ. Она же может работать напрямую в тех случаях, когда соответствующих специальных норм в законе нет (например, когда одна из сторон недобросовестно способствовала наступлению условия, от наступления которого зависят обязательства по тому или иному урегулированному позитивным правом деривативу).

Когда заданное законом обстоятельство обуславливает возникновение всего правового эффекта волеизъявления по обязательственной или распорядительной сделке, часто возникают сложные вопросы разграничения соответствующего обстоятельства как:

а) лежащего за рамками фактического состава сделки отлагательного условия права (в этом случае сделка совершена в момент обмена волеизъявлениями сторон, она создает состояние связанности и ожидания наступления условия, а основные правовые последствия раскрываются лишь при наступлении условия); либо как

б) элемента фактического состава сделки (и тогда до наступления указанного в законе обстоятельства сделка в принципе не считается заключенной и не создает никакой обоюдной правовой связи ожидания наступления условия); либо как

в) условия, отсутствие которого означает порочность сделки и приводит к ее ничтожности или возникновению права на ее оспаривание.

Так, в тех случаях, когда закон требует нотариального удостоверения договора, налицо не условие права, а условие действительности

сделочного волеизъявления. При изъявлении воли без соблюдения нотариальной формы сделка ничтожна.

В то же время наличие предварительного согласия третьего лица, государственного органа или органа управления организации, выступающей в качестве одной из сторон сделки, согласно ст. 173.1 ГК РФ по общему правилу не является ни элементом фактического состава сделки, ни условием права, а представляет собой условие беспорочности сделки (при отсутствии такого согласия сделка действительна, порождает правовые последствия, но является порочной и может быть ретроактивно аннулирована в судебном порядке). Согласие кредитора на перевод долга выглядит как условие беспорочности (так как в п. 2 ст. 391 ГК РФ указано на ничтожность сделки перевода при отсутствии согласия кредитора), но корректнее было бы рассматривать согласие кредитора либо как условие права, наступление которого обуславливает сам перевод долга, либо как элемент фактического состава распорядительной сделки, а саму сделку перевода до получения такого согласия считать не ничтожной в принятом в России смысле этого слова, а просто не запускающей распорядительного эффекта до получения согласия кредитора. Если кредитор впоследствии одобрит перевод долга, логичнее говорить не о блокировании права ссылаться на ничтожность по п. 5 ст. 166 ГК РФ и не о конвалидации ничтожной сделки, а о накоплении фактического состава распорядительной сделки перевода долга или о наступлении условия права для реализации распорядительного эффекта соглашения о переводе долга. Передача имущества по реальному договору традиционно рассматривается как элемент фактического состава договора, и договор не считается заключенным до передачи имущества (п. 2 ст. 433 ГК РФ).

Требуемая законом государственная регистрация сделки ранее часто рассматривалась как условие права для вступления в силу правового эффекта договора или даже условие действительности договора, но сейчас подход изменился, и договор считается заключенным и до регистрации, порождает обязательственные связи между сторонами, а сама регистрация воспринимается лишь как условие права для возникновения эффекта противопоставимости этих обязательств третьим лицам (см. комментарий к п. 2 ст. 165 ГК РФ и п. 3 ст. 433 ГК РФ в рамках других томов серии #Глосса¹). То же касается и государственной регистрации найма жилья или предоставления лицензионного права.

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к п. 2 ст. 165 ГК РФ – *Р.С. Бевзенко*); Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса

Регистрация залога акций или доли в ООО традиционно воспринимается как условие права для возникновения самого права залога, но учет залога движимой вещи не является необходимым условием для возникновения права залога, позволяя лишь обеспечить вменение знания о залоге третьим лицам.

Квалификация утверждения судом мирового соглашения вызывает споры в науке. Некоторые рассматривают такое утверждение в качестве элемента фактического состава самого соглашения либо даже как условие беспорочности сделочного волеизъявления (так же как требуемое в силу закона нотариальное удостоверение сделки). Но, возможно, корректнее было бы считать мировое соглашение заключенным и не затронутым каким-либо пороком и до утверждения судом, а последнее воспринимать как условие права для срабатывания процессуального правового эффекта соглашения. Некоторые обязательственные правовые эффекты такого соглашения могут считаться возникшими и до утверждения соглашения судом.

Таких примеров достаточно много.

6. Обязательство в состоянии подвешенности до наступления отлагательного условия

6.1. Устранение состояния вечной подвешенности

Включение в сделку отлагательного условия порождает риск вечной подвешенности, т.е. ситуации, когда условие может наступить через много лет после совершения сделки, что может оказаться полным сюрпризом для сторон. Разумные участники оборота решают эту проблему, включая в договор механизм разрешения неопределенности по прошествии четко зафиксированного срока. Например, в договоре нередко оговаривается, что условие должно наступить не позднее конкретного срока, а в случае ненаступления условия в этот срок состояние подвешенности прекращается, т.е. либо соответствующие поставленные под условие права и обязанности возникают в силу отпадения условия, либо правоотношение между сторонами вовсе прекращается автоматически, либо каждая из сторон получает право на произвольный отказ от договора. Наличие таких положений есть признак качественной договорной работы.

Если стороны не оказались столь дальновидными и не позаботились о том или ином варианте прекращения состояния подвешенности по прошествии определенного срока, право может вмешаться и, вос-

полнив пробел в законе и договоре на основании правил ст. 6 ГК РФ, исключить вечную неопределенность. Последняя по общему правилу противна гражданскому праву. Так, ст. 610 ГК РФ императивно позволяет сторонам бессрочного договора аренды отказаться от него. О том же говорят ст. 1010 ГК РФ в отношении бессрочного агентского договора, ст. 1051 ГК РФ в отношении бессрочного договора простого товарищества и ряд других норм такого рода. Все эти нормы, по сути, частные отражения некой более генеральной идеи отвержения правом (как минимум на уровне общего правила) вечных договорных правовых связей, от которых нельзя так или иначе избавиться.

Оптимальным инструментом устранения вечной подвешенности в подобных ситуациях является выведение в качестве подразумеваемого разумного срока ожидания наступления условия, по прошествии которого при ненаступлении условия должна наступить правовая определенность, а условность правоотношения отпасть по тому или иному сценарию.

Сам разумный срок должен определяться с учетом всех обстоятельств. Суд должен пытаться реконструировать ту волю сторон, которую они забыли выразить. Конечно, тут возможны ошибки, когда тот срок, который признает разумным судья, окажется менее продолжительным, чем установили бы сами стороны, если бы задумались об этом при заключении договора. Но риск подобных ошибок — это меньшее зло, чем допущение вечной подвешенности и неопределенности в отношениях сторон. И в конечном счете винить сторонам в такой ситуации стоит только самих себя: ведь именно они допустили пробел по столь важному вопросу при заключении договора.

ВС РФ поддержал эту идею в п. 4 [Обзора](#) судебной практики разрешения споров, связанных с применением законодательства о независимой гарантии (утв. Президиумом ВС РФ 5 июня 2019 г.), где установил, что если вступление в силу независимой гарантии привязано к совершению определенных действий бенефициаром в рамках его договора с принципалом (например, внесение аванса), предполагается по умолчанию, что такие действия должны быть совершены в срок, указанный в договоре между принципалом и бенефициаром, или в разумный срок, если конкретный срок не оговорен, что исключает состояние вечной подвешенности положений сторон обязательства по независимой гарантии (см. также ответ на вопрос № 2 в [Обзоре](#) судебной практики ВС РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.) и Определение СКЭС ВС РФ от 15 мая 2020 г. № 305-ЭС19-24867). В п. 27 [Обзора](#) судебной практики ВС РФ № 2 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 22 июля 2020 г.) эта правовая позиция в общем

виде закреплена следующим образом: «По общему правилу, условие о наступлении срока исполнения обязанности по оплате встречного предоставления с момента наступления обстоятельства, относительно которого неизвестно наступит оно или нет, является действительным. При этом указанный момент считается наступившим по истечении разумного срока, в который данное обстоятельство должно было наступить, если иной срок не установлен законом, иным правовым актом или договором».

Сценарий прекращения состояния подвешенности по прошествии имплицитованного разумного срока может быть разным и зависеть от типа условия, характера условного правового эффекта и существа обязательств. Например, если под отлагательное условие поставлено вступление в силу договора или иной сделки, порождающих обязательства, в целом, то логичным будет выведение такого диспозитивного правила: по прошествии разумного срока, определяемого с учетом всех обстоятельств дела, при ненаступлении отлагательного условия правовая связь отпадает, и поставленная под условие сделка либо прекращается, либо может быть расторгнута по одностороннему заявлению любой из сторон, потерявшей терпение. Вариант с возникновением права на произвольный отказ, — возможно, лучшее восполняющее решение.

Но нельзя исключить и такую ситуацию, что суд, исходя из конкретных обстоятельств, посчитает более соответствующим подразумеваемой воле сторон, существу обязательств и принципу добросовестности исключение по истечении некоего разумного срока вечной подвешенности посредством признания условного правового эффекта договора возникшим, несмотря на ненаступление самого отлагательного условия. Такая модель реализации идеи исключения вечной подвешенности, в частности, применима к ситуации, когда под условие ставится встречное предоставление за уже полученное исполнение по синалагматическому договору (подробнее см. п. 8 комментария к настоящей статье).

Иногда при выборе между этими вариантами прекращения затянувшегося состояния подвешенности могут возникать спорные ситуации. Например, в вышеуказанном Обзоре, посвященном независимой гарантии, ВС РФ посчитал уместным восполнить условия гарантии положением о вступлении гарантии в силу, несмотря на то что потестативное условие в виде внесения бенефициаром аванса принципалу не наступило в разумный срок. Может показаться более уместным и соответствующим сути отношений в подобной ситуации придерживаться противоположной позиции и считать гарантию по прошествии

разумного срока прекратившейся, либо предоставить гаранту, уставшему ждать наступления условия, право на отказ от выданной гарантии.

6.2. Специфика обязательственного правоотношения на стадии ожидания наступления условия

Очень сложным является вопрос о правовой природе отношений сторон сделки до наступления отлагательного условия.

Если в сделке имеется отлагательное условие, то оно откладывает срабатывание ее основного правового эффекта. Если под условие поставлена отлагательно обусловленная распорядительная сделка (например, уступка будущего права или уступка права, поставленная под условие уплаты цессионарием цены), под условие ставится распорядительный эффект сделки, а до наступления условия у приобретателя возникает особое право ожидания наступления условия, а отчуждающая сторона вынуждена претерпевать утерю отчуждаемого права в случае наступления условия. Между сторонами в момент совершения условной распорядительной сделки образуется особая правовая связь, предполагающая в том числе специфический набор прав и обязанностей, которая трансформируется в срабатывание распорядительного эффекта в момент наступления условия (подробнее см. комментарий к ст. 157 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Нас же здесь больше интересует правовая природа состояния сторон поставленной под условие обязательственной сделки. Когда стороны заключили договор (или совершена односторонняя сделка), который содержит отдельное отлагательно обусловленное обязательство или обуславливает весь свой обязательственный эффект, стороны оказываются связаны состоянием ожидания наступления условия. Какова его правовая природа?

Точка зрения, согласно которой совершение условной сделки с отлагательным условием вовсе не влечет никаких правовых последствий и ее фактический состав реализуется только в момент наступления условия, как уже указывалось, в целом господствующим воззрением сейчас справедливо отвергается. Сделка или часть ее правовых эффектов, поставленные под отлагательное условие, порождают эффект связанности. Ни одна из сторон по общему правилу не может освободиться от этой связи, так как стороны ставят свои права и обязанности в зависимость от согласованного будущего обстоятельства. Иначе говоря, не будь такой сделки, возникновение соответствующего об-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

стоятельства не имело бы правовых последствий для сторон; совершение же сделки меняет правовое положение сторон радикально. Этого уже достаточно, чтобы отвергнуть идею о полном отсутствии даже у поставленной целиком под отлагательное условие сделки правовых последствий. Что уж говорить об открываемой фактом совершения такой сделки возможности привлекать другую сторону к ответственности за недобросовестное препятствование или способствование наступлению условия и перспективы применения фикции наступления (ненаступления) условия (см. комментарий к п. 3 ст. 157 ГК РФ) либо возможности включения в программу договорных правоотношений по воле сторон, в силу закона, обычая или принципа доброй совести обязательства одной из сторон по обеспечению наступления условия или приложению тех или иных усилий к обеспечению такого условия (см. п. 11 комментария к настоящей статье).

Если исключить все периферийные правовые эффекты (возможность применения фикции по п. 3 ст. 157 ГК РФ, обязанность обеспечить наступление условия или способствовать его наступлению и т.п.) и сконцентрироваться на главном правовом последствии — эффекте связанности, подвешенности отношений сторон в период до наступления отлагательного условия, то здесь возможны два основных подхода к квалификации такого правового состояния в преломлении к ситуации, когда под условие ставится обязательство.

Первая теория исходит из того, что до наступления отлагательного условия (*pendente condicione*) стороны связаны особым предварительным эффектом условной сделки: они вынуждены претерпевать состояние подвешенности до наступления условия и не могут избежать возникновения правового эффекта при его наступлении. Это состояние иногда называют состоянием ожидания наступления отлагательного условия. По сути, здесь выстраивается особое правоотношение, состоящее во взаимном претерпевании и ожидании, не носящее обязательственную природу, но сопровождаемое отдельными обязанностями. Сторонники данной теории выдвигают разные подходы к пониманию природы отношений стороны на этом этапе. Некоторые считают, что у кредитора на данном этапе имеется соответствующая возможность вступить в полноценное обязательственное право и эта возможность является элементом динамической правоспособности. Другие видят у кредитора особое имущественное право ожидания наступления условия. Третьи говорят о надежде или шансе как особом объекте правоотношений. Выдвигаются и иные концепции. Как бы то ни было, наступление условия трансформирует отношения сторон из этого особого состояния подвешенности в состояние полноценной обяза-

тельственной правовой связи, неопределенную правовую позицию кредитора, его надежду и шанс в полноценное требование, а риск, который принял на себя условный должник, – в полноценный долг. Этот подход подкрепляется буквальным значением п. 1 ст. 157 ГК РФ, согласно которому при наступлении отлагательного условия права и обязанности *возникают*. Из этого от противного следует, что до наступления условия полноценной обязательственной связи еще нет.

Согласно второй теории можно говорить о том, что до наступления отлагательного условия имеет место хоть и условное, но уже существующее обязательство, а наступление условия приводит лишь к созреванию обязательства (примерно так же, как такое созревание происходит при наступлении срока). Буквальное значение п. 1 ст. 157 ГК РФ в рамках такого подхода предлагается игнорировать. После появления ст. 327.1 ГК РФ сторонники этой теории обращают внимание на то, что данная статья говорит о возможности постановки под условие исполнения обязательства, не упоминая вариант постановки под условие возникновения обязательства, и это они считают не случайным шагом законодателя.

Какой подход более логичен?

Этот вопрос в российском праве плохо изучен, голоса раздаются в пользу обеих позиций. Вызывает он споры и в зарубежном праве. Очевидно, что квалификация обязательства, поставленного под отлагательное условие, до наступления такого условия как хотя и несозревшего, но все же существующего обязательства открывает возможность применения к такому несозревшему обязательству на данной стадии своего существования (*pendente condicione*) общих правил об обязательствах, если их применение совместимо с несозревшим характером обязательства. И очень часто такое применение общих правил об обязательствах представляется нормальным и разумным; но в равной степени очевидно, что некоторые нормы об обязательствах на этой стадии применены быть не могут или могут применяться с существенными модификациями (подробнее см. п. 6.3 комментария к настоящей статье). Соответственно, концепция возникновения обязательства на стадии до наступления отлагательного условия хотя и позволяет обосновать оправданное с политико-правовых позиций применение многих норм об обязательствах к отношениям сторон на этой стадии, но в некоторых случаях порождает определенные проблемы. Вместе с тем концепция особого правового состояния ожидания наступления условия страдает обратным недостатком: здесь в силу отсутствия какого-либо регулирования особого права ожидания наступления отлагательного условия возникает правовой вакуум, и восполнять его

придется путем применения многих общих норм обязательственного права по аналогии закона.

В принципе, в догматическом плане можно обосновать любое из приведенных объяснений феномена условного обязательства *pendente condicione*. Но вариант квалификации таких отношений до наступления отлагательного условия в качестве особой правовой связи ожидания наступления условия (с применением при необходимости к этому правоотношению целого ряда норм об обязательствах, применимых к обычным несозревшим обязательствам, по аналогии закона с необходимыми адаптациями) и признание обязательства возникающим не в момент совершения сделки, а в момент наступления условия, кажется более уместным.

Какая бы теория ни была в итоге принята, необходимо определить, какие из норм обязательственного права применимы к отношениям сторон обязательственной сделки в период до наступления условия и в какой степени модификация их содержания предопределяется спецификой состояния подвешенности.

6.3. Применение общих правил об обязательствах к условному обязательству на стадии до наступления отлагательного условия

Какие же нормы обязательственного права применимы к обязательству, поставленному под отлагательное условие, в период ожидания наступления условия?

6.3.1. Исполнение обязательств

Большинство правил об исполнении обязательств к таким условным обязательствам неприменимы, что вполне предсказуемо, так как они неприменимы и к обычному существующему обязательству, по которому еще не наступил срок исполнения. Иначе говоря, в этом аспекте отлагательно обусловленное обязательство и существующее обязательство до наступления срока почти ничем не отличаются.

В то же время иногда выделяются некоторые различия. Например, упоминается ст. 315 ГК РФ, согласно которой должник (за исключением обязательств, связанных с осуществлением обеими сторонами предпринимательской деятельности) по общему правилу может осуществить досрочное исполнение. Применительно к отлагательно обусловленным обязательствам это может показаться невозможным. Но здесь сложность связана с некоторой неудачностью правил ст. 315 ГК РФ. Если мы будем правильно понимать правила о досрочном исполнении в соответствии с устоявшимися в европейском праве подходами, а не случайными и попросту странными нормами ст. 315 ГК РФ, то различие в отношении вопроса о праве должника на исполнение и обязанности кредитора принять исполнение до наступления срока

или условия во многом испаряется. На самом деле, как показано в комментарии к ст. 315 ГК РФ, если исходя из толкования сделки очевидно, что срок исполнения установлен исключительно в интересах должника (например, срок внесения предоплаты в течение некоего периода после заключения договора), то должник может учинить исполнение до истечения указанного срока, независимо от статуса сторон обязательства; если же срок установлен в интересах кредитора (например, срок хранения) или обеих сторон (например, срок вылета рейса, на который продан авиабилет), то досрочное исполнение невозможно, опять же независимо от статуса сторон. Но то же, по сути, мы имеем и в случае с условным обязательством. Если отлагательное условие установлено исключительно в интересах должника, то должник может отказаться от защитного действия условия и приступить к исполнению (подробнее об отказе от условия см. п. 12 комментария к настоящей статье). Если же условие установлено в интересах кредитора или обеих сторон, то платеж, по какой-либо причине осуществленный по отлагательно обусловленному обязательству до наступления условия, может быть принят кредитором.

Упоминается и иное различие. Считается, что в случае осуществления исполнения до наступления отлагательного условия и принятия кредитором такого исполнения, несмотря на то что условие было установлено в интересах кредитора или обеих сторон, должник может в теории истребовать назад осуществленное предоставление по правилам о неосновательном обогащении. При этом, как известно, осуществленное должником досрочное исполнение истребовано назад быть не может (ст. 1109 ГК РФ). Впрочем, и эта разница может быть отчасти нивелирована, если признать, что учинение исполнения до наступления условия и принятие такового кредитором, несмотря на отсутствие такой кредиторской обязанности, приводит к конклюдентному заключению соглашения об изменении договора и исключении условия, либо о согласовании внесения обеспечительного платежа в счет возможного к возникновению в будущем обязательства.

С учетом этих корректировок различие мы увидим лишь в том редком случае, когда должник по ошибке учинял исполнение до наступления условия, установленного в интересах кредитора или обеих сторон, не зная, что на самом деле условие не наступило. В такой ситуации действительно исполненное может быть истребовано по правилам о неосновательном обогащении как ошибочно предоставленное (*condictio indebiti*). Удерживать полученное в такой ситуации получатель такого преждевременного предоставления не вправе, так как нет гарантии того, что основание для исполнения в будущем наступит. Например,

если сторона выплатит контрагенту по ошибке сумму неустойки, заблуждаясь по поводу самого факта собственного нарушения, недолжно уплаченное может быть возвращено по правилам гл. 60 ГК РФ. В сюжете же с исполнением, произведенным должником по ошибке до срока, установленного в интересах обеих сторон или кредитора, должник вряд ли может истребовать от кредитора предоставленное по правилам о неосновательном обогащении. Ведь рано или поздно основание для исполнения все равно возникло бы. Например, если банк в силу сбоя клиентской программы или человеческой ошибки вернул вкладчику по своей инициативе или по просьбе вкладчика деньги, размещенные на срочном вкладе, раньше согласованного срока, а вкладчик забрал средства, банк затем не может передумать и потребовать вернуть ему деньги. Неосновательного обогащения здесь нет, вкладчик получил то, что ему в любом случае причиталось бы, пусть и позже.

6.3.2. Прекращение обязательств

Что касается правил о прекращении обязательств, то нет никаких сомнений в том, что правовая связь сторон условного обязательства на стадии до наступления отлагательного условия (*pendente condicione*) может быть новирована по соглашению сторон, прекращена предоставлением отступного или в результате прощения долга. Особенность здесь лишь в том, что прекращаться будет то самое правовое состояние ожидания наступления условия (как бы мы его ни квалифицировали). Если мы это состояние связанности не считаем обязательственным, то в отношении него все равно вполне мыслимо применение правил ГК РФ о прекращении обязательства новацией, предоставлением отступного либо прощением долга по аналогии. Эти ситуации следует отличать от тех, в которых стороны достигают соглашения о прекращении обязательства под условием его возникновения (созревания).

Так, если стороны договариваются прекратить условное правоотношение и состояние подвешенности путем предоставления должником по этому условному обязательству некоего имущества взамен своего условного долга (отступное), нет очевидных причин блокировать подобное проявление свободы договора. Конечно, стороны также могут договориться о том, что отступное передается в счет погашения будущего долга, возникающего (созревающего) после наступления условия, и тогда этот долг все-таки на логическую секунду возникнет, но далее немедленно будет считаться погашенным отступным. Возможны обе опции. В ряде случаев здесь потребуются толкование волеизъявления. С учетом экзотичности варианта отложенного прекращения обязательства под условием его возникновения как минимум во многих случаях при неясности волеизъявления логично предпола-

гать немедленное прекращение условной правовой связи. Например, если заказчик и исполнитель, обсуждая «гонорар успеха», который причитается исполнителю в будущем при достижении того или иного результата по итогам оказания услуг, вместо того, чтобы дожидаться результата, договариваются о немедленной передаче автомобиля в счет условного долга заказчика, вероятнее всего, они имеют в виду прекращение состояния подвешенности в момент передачи автомобиля, а не о сохранении условной правовой связи с автоматическим ее прекращением при наступлении условия. Различие может проявить себя в ситуации, когда кредитор или должник впадет в банкротство в период после заключения такого соглашения и до возникновения (созревания) условного обязательства. В этом сценарии, если стороны договаривались об отложенном прекращении уже созревшего обязательства после наступления условия, срабатывание эффекта прекращения требования при наступлении условия после впадения кредитора в конкурс может быть поставлено под сомнение.

Та же альтернатива наблюдается и в случае с новацией. Применительно к новации встает вопрос, будет ли новое обязательство возникать непосредственно в момент заключения соглашения о новации вместо немедленно прекращаемого состояния подвешенности или такое соглашение будет прекращать прежнее обязательство и создавать новое под отлагательным условием возникновения (созревания) в будущем условного обязательства, через логическую секунду после наступления условия. На самом деле стороны могут выбрать любой из этих вариантов новации. Главное, чтобы они четко отразили в соглашении свой выбор. С точки зрения сделанных ранее общих замечаний при новации самого условного обязательства с немедленным новирующим эффектом новое обязательство не возникает абстрактно, а замещает старое и признанное сторонами более не удовлетворяющим их интересы условное правоотношение ожидания наступления условия, как бы мы его ни квалифицировали¹. При этом, если из соглашения не ясна

¹ Отдельный вопрос может возникнуть при новации безусловного обязательства в условное. Новация предполагает замену одного обязательства на другое. Если новое обязательство поставлено под отлагательное условие, то до наступления условия оно существует лишь в проекте и находится в состоянии ожидания своего рождения. Можно ли при этом считать прекращенным старое безусловное обязательство, если на смену ему приходит такой правовой фантом? Представляется логичным допустить подобное проявление свободы договора, т.е. признать возможной замену безусловного обязательства на условное. Если считать правовую связь сторон до наступления отлагательного условия обязательственной, хотя и не созревшей, этот вывод догматически очевиден. При восприятии этой предварительной правовой связи в качестве не обязательственной, а *sui generis* тот же вывод можно обосновать путем расширительного толкования: нова-

воля сторон, кажется логичным презюмировать новацию состояния подвешенности, а не отложенную новацию, привязанную к моменту наступления условия. Этот вариант кажется отвечающим наиболее вероятной воле сторон в большинстве случаев.

Во всех описанных случаях, когда соглашение сторон направлено на прекращение самого состояния ожидания наступления условия с немедленным правопрекращающим эффектом, а не на отложенное прекращение обязательства под условием его будущего возникновения (созревания), можно дискутировать насчет того, следует ли здесь говорить о полноценных новации или отступном (если мы придерживаемся обязательственной концепции состояния ожидания наступления условия), или речь идет о каких-то аналогах, подчиняющихся идентичным правовым режимам, но отличающихся тем, что они касаются прекращения не полноценного обязательства, а правового состояния ожидания наступления условия для его возникновения (если исходить из природы *sui generis* состояния подвешенности). В любом случае отрицать возможность таких конструкций нет оснований.

Нет особых проблем и в отношении возможности согласовать освобождение должника от условного долга. Стороны могут прекратить само состояние подвешенности и исключить возникновение (созревание) требования в будущем. Для этого им нужно изменить программу договорного правоотношения, исключив из нее то отдельное обязательство, которое они поставили под условие, либо просто расторгнуть целиком условный обязательственный договор. При этом, конечно же, теоретически стороны могут пойти и иным путем и согласовать отложенное прощение будущего долга под условием его возникновения: в таком случае долг при наступлении условия возникает, а далее через логическую секунду прекращается в связи с ранее достигнутым соглашением о его прощении. Но такая опция нелепа и вряд ли кем-то

ция может повлечь замену обязательственной связи на некую иную связь (в том числе предварительную связь по отлагательно обусловленной сделке). Например, если существующий долг может быть новирован в опцион, в рамках которого бывший должник предоставляет контрагенту право на выкуп некоего актива с большой скидкой, то почему обязательственное право не может быть новировано в ту или иную предварительную правовую связь, способную породить полноценное обязательство в будущем? В тех случаях, когда очевидно наличие у сторон цели не новировать правоотношение, а простить долг и тем самым одарить должника (например, когда реальная задолженность новируется в условное обязательство, зависящее от крайне маловероятного отлагательного случайного условия или условия, наступление которого зависит вовсе от поведения должника) вопреки установленным в законе запретам на дарение (например, запрету на дарение между коммерческими организациями), суд может применить правила о притворных сделках (ст. 170 ГК РФ) или сделках в обход закона (п. 1 ст. 10 ГК РФ).

может реально иметься в виду. В сценарии освобождения от отдельного условного долга, встроенного в программу договорных правоотношений, нередко возникает вопрос о том, можно ли говорить именно о прощении отдельного условного долга, а не об изменении программы договорных правоотношений путем исключения из нее условного обязательства. В п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 Суд прямо указал на возможность прощения долга в период до наступления отлагательного условия. В то же время в п. 31 того же Постановления Суд разъяснил, что заключение соглашения об уменьшении процентов, причитающихся за пользование деньгами за будущие периоды (а это пример частичного освобождения должника от условного обязательства), не рассматривается как прощение долга. В принципе, особого практического значения этот вопрос квалификации не имеет, если не считать неопределенности в вопросе о применении правил ст. 415 ГК РФ о подразумеваемом согласии должника на прощение ему долга.

При попытке применения правил о зачете к условным обязательствам на стадии ожидания наступления условия получается следующая ситуация. Если прекращение взаимных однородных обязательств, одно из которых находится на стадии ожидания наступления условия, осуществляется по соглашению сторон, никаких проблем не наблюдается. В силу принципа свободы договора стороны могут согласовать одновременное прекращение возникшего (созревшего) требования и состояния подвешенности по встречному требованию, находящемуся на стадии ожидания наступления отлагательного условия (п. 3 ст. 407 ГК РФ). Что же касается одностороннего зачета, то абсолютно неприемлемым является вариант, при котором условным является требование заявителя зачета к адресату (активное требование), это в полной мере касается и ситуации, когда активное требование существует, но по нему еще не наступил срок исполнения.

Обратная ситуация, когда условным является пассивное требование, а полноценно существующим — активное требование, несколько менее очевидна. Если считать, что для зачета пассивное требование адресата зачета к заявителю должно быть исполнимым, а у должника по такому требованию до наступления условия нет правовой возможности исполнить свое обязательство вопреки желанию кредитора (адресата зачета), попытка заявителя зачета прекратить данное свое пассивное обязательство неправомерна, так как навязывает контрагенту принятие исполнения по несозревшему обязательству. Но если пассивное требование адресата зачета к заявителю было поставлено под условие, установленное исключительно в интересах должника

(заявителя зачета), и допустим отказ от условия, то заявление такого должника о зачете подразумевает отказ от условия и делает его обязательство исполнимым, что в сочетании с созревшим характером активного требования формирует предпосылки для совершения зачета. И в этом плане решение будет одинаковым, независимо от того, как мы смотрим на природу условного обязательства (подробнее о созревании пассивного требования как предпосылке зачета см. комментарий к ст. 410 ГК РФ).

6.3.3. Правила о защите прав кредитора

Правила о защите прав кредитора на случай нарушения обязательства, в том числе о возможности принуждения к исполнению обязательства в натуре (ст. 308.3 ГК РФ), о возможности взыскания убытков на случай нарушения обязательства (ст. 393 ГК РФ), о возможности удержания (ст. 359 и 360 ГК РФ) и т.п., к отлагательно обусловленному обязательству *pendente condicione* вполне естественно неприменимы, но они в равной степени неприменимы и к уже существующему обязательству на стадии до наступления срока его исполнения, так что здесь режим этих двух видов обязательств не различается.

6.3.4. Универсальное правопреемство, цессия, продажа с торгов

Право требования, поставленное под отлагательное условие, вполне может быть предметом преемства. Как бы мы ни понимали природу состояния подвешенности, при реорганизации организации-кредитора до наступления условия происходит преемство в правовой позиции кредитора в данном правоотношении. То же и в случае смерти кредитора до наступления условия.

Наконец, условное право требования может быть предметом добровольной уступки или продано с торгов. Причем стороны могут как договориться об отложенном переходе требования в привязке к моменту наступления условия (по модели, установленной для уступки будущего требования по п. 2 ст. 388.1 ГК РФ), так и согласовать немедленный переход правовой позиции кредитора в правоотношении на стадии до наступления условия. В сценарии купли-продажи права в первом случае cedent на основании ст. 390 ГК РФ не сможет оставить себе полученную от цессионария оплату или настаивать на ее внесении, если условие так и не наступит и право не перейдет (в силу условного аспекта синаллагмы), а часто окажется и ответственным за убытки в связи с тем, что он не смог обеспечить переход права. Но в таком случае в момент наступления условия право на логическую секунду возникнет в имущественной массе cedenta и далее автоматически перейдет к цессионарию. Во втором же случае цессионарий приобретает эту условную позицию в правоотношении «как есть» на свой

риск (приобретает шанс), не может потребовать от cedentа возврата оплаты в случае, если условие так и не возникнет. При этом в рамках такой модели в случае наступления условия право требования созреет непосредственно в имущественной массе цессионария. Какая модель уступки имеется в виду, должно оговариваться в соглашении и будет определяться путем толкования. По умолчанию, видимо, должна подразумеваться первая модель. Вторая востребована в основном в ситуации, когда условное требование продается с банкротных торгов и вариант отложенного перехода просто нереалистичен с учетом перспектив скорой ликвидации обладателя такого условного требования.

6.3.5. Перевод или переход в силу закона условного долга

Нет препятствий к тому, чтобы условный долг был переведен в привативном порядке на нового должника по правилам ст. 391 ГК РФ (по соглашению между прежним и новым должниками с согласия кредитора, по соглашению между кредитором и новым должником при отсутствии возражений со стороны исходного должника либо в результате заключения трехстороннего соглашения). При этом здесь опять же стороны могут иметь в виду как перевод долга, срабатывающий при наступлении условия, так и перевод позиции должника в рамках правоотношения ожидания наступления условия (как бы мы ни понимали природу этого отношения). Новый должник может принять на себя условный долг исходного должника за вознаграждение, рассчитывая на то, что условие так и не наступит, либо действуя в силу корпоративной аффилированности с исходным должником и в интересах общей для них группы компаний, либо предоставляя тем самым дар исходному должнику, либо в силу иных причин и во имя достижения иных целей.

Условный долг может перейти и в силу закона. Например, такая ситуация возникает в случае смерти условного должника и перехода его долгов к наследникам: очевидно, что наследники окажутся обременены состоянием ожидания наступления условия, независимо от того, понимаем ли мы такое обязательство существующим до наступления условия, либо говорим о некоем особом праве. То же и в случае с организацией.

6.3.6. Переход договорной позиции, включающей условное обязательство

Естественно, если на основании ст. 392.3 ГК РФ происходит передача договора, который, в свою очередь, порождает комплекс правоотношений, часть из которых представляла собой условные обязательства, либо который целиком был поставлен под условие, состояние связанности и ожидания наступления условия перейдет к правопреемнику.

Если в рамках договорной программы выбывающая из договора сторона была обременена условным долгом, бремя ожидания его возникновения (созревания) перейдет и к правопреемнику. То же и в случае, когда у выбывающей стороны согласно договорной программе были условные права. Естественно, ничто не мешает сторонам договориться о том, что преемство в договорных правах и обязанностях в целом или в отношении отдельного обязательства произойдет только при наступлении соответствующего условия.

Тот же вывод справедлив и в отношении перехода договорной позиции в силу закона (например, при срабатывании правила ст. 617 ГК РФ о следовании арендных правоотношений при смене собственника).

6.3.7. Обеспечение условного долга поручительством

В силу п. 1 ст. 361 ГК РФ поручительство может обеспечивать обязательство, которое возникнет в будущем.

Соответственно, нет никаких принципиальных возражений против заключения договора поручительства в обеспечение условных требований на стадии до наступления условия.

Этот вывод не зависит от того, как мы понимаем природу отношений сторон обязательственной сделки на стадии до наступления условия. Даже если считать, что полноценное обязательство возникает только при наступлении условия, возможно заключение договора поручительства в обеспечение такого долга до наступления условия. При этом, естественно, в силу акцессорности взыскать долг с поручителя у кредитора до наступления условия не получится.

6.3.8. Залог в обеспечение условного обязательства

Вполне возможно заключение договора залога в обеспечение условного обязательства, пусть и на стадии до наступления условия.

Пункт 1 ст. 339 ГК РФ допускает установление залога в обеспечение обязательства, которое возникнет в будущем, имея в виду и такие долги, для возникновения которых на момент заключения договора залога нет в принципе правового основания. В силу п. 3 ст. 341 ГК РФ в такой ситуации полноценное право залога возникнет не ранее, чем сформируется обеспечиваемое обязательство, но некоторые правовые эффекты (например, возникновение обязанности по сохранению предмета залога и запрет на распоряжение предметом залога) проявятся немедленно.

Если обеспечиваемое обязательство уже существует, но осложнено не условием, а сроком, право залога возникнет сразу же после заключения договора или в контексте регистрируемого права залога (акции, доля в ООО, недвижимость и т.п.) с момента регистрации, но в силу свойства акцессорности обратить взыскание на предмет

залога залогодержатель не сможет ранее созревания обеспеченного долга и начала просрочки.

При этом если возможно заключение договора об установлении залога в обеспечение классического будущего обязательства, для которого на момент оформления залога нет правового основания (например, долга из еще не заключенного договора), то тем более возможно заключение такого договора и в обеспечение условного долга до наступления условия.

При этом если считать, что в сценарии с условной сделкой само обязательство возникает лишь в момент наступления отлагательного условия, то налицо залог в обеспечение будущего долга по смыслу п. 1 ст. 339 ГК РФ. Следовательно, само право залога возникнет только после наступления условия, но соответствующие ограничения на распоряжение и обязанности по обеспечению сохранности вещи возникнут немедленно. Если же исходить из концепции немедленного возникновения условного обязательства, а в наступлении условия видеть триггер для созревания долга, налицо возникновение полноценного права залога еще до наступления условия.

Это различие не стоит преувеличивать. По большому счету нет принципиальной разницы между обеспечением залогом существующего обязательства, в отношении которого установлен срок исполнения, на стадии до начала просрочки и условного обязательства на стадии до наступления отлагательного условия. В обоих случаях можно заключить договор залога, и в обоих случаях невозможно реализовать право залога путем обращения взыскания на предмет залога до наступления срока или отлагательного условия.

Впрочем, здесь проявляется один нюанс в отношении вопроса о старшинстве залога. Если полноценное право залога при обеспечении будущего обязательства возникает только в момент возникновения обеспечиваемого обязательства, как это предусмотрено в п. 3 ст. 341 ГК РФ, что произойдет со старшинством залога в сценарии, когда предмет залога (например, некая вещь) после заключения договора залога в обеспечение будущего требования и опубликования такого залога окажется обремененным другим залогом в обеспечение полноценного, уже существующего требования? Можно ли противопоставить за счет предоставления старшинства опубликованное, но еще не возникшее до возникновения обеспечиваемого обязательства (при буквальном прочтении закона) полноценно право залога первого по времени залогодержателя последующему залогодержателю, чье право залога возникло в полноценном виде, так как обеспечивало существующее право? Либо старшинство получит второй по времени залогодержатель?

тель, чье полноценное право залога возникло раньше, чем возникло обеспеченное требование первого? В последнем случае старшинство предоставляется только при накоплении фактического состава, включающего в себя возникновение полноценного права залога после возникновения обеспечиваемого долга.

Как представляется, первое решение более адекватно. Если не отказываться от небесспорной идеи о том, что право залога не возникает до появления обеспечиваемого долга, проблема может быть решена за счет признания концепции права ожидания залогового права как основания для фиксации залогового старшинства.

Соответственно, если признать, что в такой ситуации старшинство за первым залогодержателем бронируется, и последующий залогодержатель окажется младшим залогодержателем, то проблема с залогом в обеспечение условного права не возникает даже в контексте такого понимания условного права, в рамках которого само обязательственное право до наступления условия не существует. Залогодержатель по такому залогому сохранит старшинство, которое будет определяться по дате опубликования его залога (регистрации ипотеки или залога доли или акций, публикации уведомления о залоге в отношении движимых вещей и т.п.).

Но если мы признаем, что при залоге в обеспечение будущего долга опубличенный залог не создает залоговое старшинство до возникновения обеспеченного долга, ситуация становится более сложной. В такой ситуации в контексте теории, признающей обязательство возникшим только после наступления условия, может возникнуть проблема с бронированием старшинства за первым залогодержателем. Оформленный залогодателем той же вещи последующий залог в обеспечение другого, уже существующего долга станет старшим, а ранее оформленный залог в обеспечение условного долга возникнет позднее при наступлении условия уже как младший. Теория, воспринимающая условное требование как уже существующее, пусть и не созревшее, эту проблему решает и не создает риск потери старшинства первым залогодержателем.

Впрочем, как бы мы ни решали эту догматическую проблему, кажется, что как минимум в сюжете с оформлением и опубликованием залога в обеспечение условного долга старшинство за таким залогодержателем должно фиксироваться, и он должен быть защищен от риска скатывания в ранг младших залогодержателей при оформлении последующего залога. Например, когда опубличенный залог вещи обеспечивает условное обязательство уплатить в будущем неустойку или возместить убытки в случае возможного нарушения, погасить

имущественные потери при наступлении оговоренного в договоре обстоятельства или вернуть предоплату в случае расторжения, то обстоятельство, что соответствующее условие наступило и обеспеченный долг возник (созрел) в период после оформления и опубликования залогодателем последующего залога той же вещи, не должно приводить к потере первым залогодержателем старшинства. Этот вывод кажется справедливым, даже если исходить из того, что право требования в отношении неустойки, убытков, потерь или возврата предоплаты в момент наступления соответствующего условия именно возникает, а не созревает, подобно срочному притязанию. Все-таки даже если мы признаем, что старшинство при залоге в обеспечение стандартного будущего долга, для которого нет правового основания, не бронируется, приравнивать в этом аспекте залог в обеспечение такого чисто умозрительного будущего долга, для которого сейчас нет никакого правового основания, с одной стороны, и залог в обеспечение условного долга, для которого уже имеется правовое основание и состояние связанности сторон, с другой стороны, видимо, концептуально неправильно. Впрочем, эти вопросы в судебной практике пока не прояснены.

6.3.9. Передача в залог условного требования

В силу п. 2 ст. 358.1 ГК РФ будущее требование в обязательстве может не только обеспечиваться залогом, но и само выступать предметом залога. При этом согласно п. 1 этой статьи такой залог возникает не в момент заключения договора, а с момента возникновения заложенного требования. До момента возникновения требования, являющегося предметом залога, последний как обеспечение не возникает.

Соответственно, нет никаких сомнений в том, что возможно заключение договора залога, по которому в качестве обеспечения будет выступать условное требование, находящееся на стадии наступления условия.

Но идет ли здесь речь о залоге уже существующего или будущего права? Если последнее, то сам залог, казалось бы, возникнет только в момент наступления условия в строгом соответствии с правилами ГК РФ о моменте возникновения залога при залоге будущих требований. Если первое, то залог возникает сразу же. Казалось бы, различие принципиально.

В то же время в комментарии к ст. 388.1 ГК РФ показано, что возможно распоряжение условным правом с непосредственным распорядительным эффектом и переносом на цессионария права ожидания наступления условия (модель уступки шанса). В той степени, в которой это так, открывается возможность и предоставления в залог самого условного права, находящегося в состоянии ожидания наступления

условия, как актива («залог шанса»). При наступлении условия объект залоговых прав трансформируется: залог условного права трансформируется в залог существующего обязательственного права. Впрочем, детали функционирования такой модели залога пока в российском праве не прояснены.

Если мы придерживаемся обязательственной концепции состояния подвешенности, то можно обходиться и без трансформации: у залогодержателя сразу возникает право залога на условное обязательственное право, ибо его условность в рамках данной концепции не противоречит его обязательственной природе.

В общем и целом и здесь результаты реализации обеих концепций оказываются сходными.

6.3.10. Промежуточные итоги

Как мы видим, в принципе открывается возможность для применения к условному обязательству на стадии до наступления отлагательного условия с некоторыми возможными адаптациями многих норм общей части обязательственного права примерно в той же степени, в которой они были бы применимы и к обычному существующему обязательству на стадии до наступления срока исполнения, а те нормы общей части обязательственного права, которые не могут применяться к отношениям сторон на этом этапе, в равной степени не могут применяться и к отношениям сторон по существующему обязательству до наступления срока исполнения.

Конечно, некоторая специфика может проявляться (например, в сюжете с ошибочным платежом до наступления условия), но она не очень значительна. Было бы логично прийти к следующему выводу: к правовой связи сторон обязательственной сделки на стадии до наступления отлагательного условия с необходимыми модификациями применяются все те же общие нормы обязательственного права, которые применимы и к обычному обязательству до наступления срока исполнения, если иное не вытекает из существа и характера условного обязательства. Такое решение закреплено, в частности, в ст. 6:26 ГК Нидерландов, согласно которой «к условным обязательствам применимы положения, касающиеся безусловных обязательств, если иное не следует из условного характера соответствующего обязательства».

Вопрос о том, как это лучше догматически обосновать — тем, что речь идет уже о существующем, но не созревшем для исполнения обязательстве, или тем, что на данной стадии имеет место особое правоотношение ожидания наступления условия, лишь претендующее на трансформацию в полноценное обязательство в будущем при на-

ступлении условия, — до сих пор в российском праве открыт. Но если внимательно разобраться во всех вышеуказанных вопросах, может оказаться, что данный догматический вопрос не столь принципиален.

В этом плане не стоит придавать большое значение терминологическим отличиям п. 1 ст. 157 ГК РФ, согласно которому при наступлении отлагательного условия обязательство возникает, от комментируемой статьи, которая говорит о постановке под условие исполнения обязательства, умалчивая о ситуации с постановкой под условие возникновения отдельного обязательства. Впрочем, сказанное не означает, что российскому праву не нужно определиться в вопросе о динамике условного обязательства, хотя бы для того, чтобы в подобных текстах или учебниках не писать каждый раз о том, что обязательство при наступлении условия то ли возникает, то ли созревает, как это часто происходит на страницах этого комментария.

6.4. Судьба условной обязательственной связи в случае банкротства должника или кредитора до наступления условия

Если до наступления отлагательного условия банкротится кредитор по условному требованию, который ранее свое предоставление должнику осуществил (и речь не идет о требовании из договора, который еще не исполнен сторонами и может быть расторгнут конкурсным управляющим), условное требование должно помещаться в конкурсную массу кредитора и продаваться с торгов третьим лицам по модели «уступки шанса». При ином подходе должник либо окажется неосновательно обогатившимся (при отпадении правовой связи), либо он вопреки программе обязательственного правоотношения будет вынужден осуществлять свое исполнение, несмотря на ненаступление условия: даже если мы в последнем случае будем конвертировать условное требование банкрот в безусловное путем умножения на оцененную судом вероятность наступления условия, это будет лишать должника шанса ничего не исполнять, если условие не наступит. Банкротство кредитора никак не может затрагивать интересы его должников, вынуждая их смиряться с изменением программы обязательственного правоотношения. Поэтому вариант с продажей условного требования с немедленным распорядительным эффектом наиболее справедлив и разумен. Так, например, согласно позиции ВС РФ при банкротстве подрядчика его условное требование к заказчику о доплате части цены выполненных работ, удержанной в рамках оговорки о гарантийном удержании, продается с торгов (Определение СКЭС ВС РФ от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977), а не подлежит досрочному погашению и не конвертируется в безусловное с немедленным погашением с поправкой на вероятность. Так что здесь решение достаточно простое.

Если банкротится должник по условному обязательству, ситуация более сложная. Данный вопрос решается в разных странах по-разному. В одной группе стран кредитор может установить в РТК должника свое условное требование в его номинальном значении с резервированием определенной части конкурсной массы на случай наступления условия до момента конкурсного распределения, но если условие так и не наступит на момент распределения, кредитор ничего не получает. При этом в некоторых из таких стран кредитор получает право голоса конкурсного кредитора исходя из номинала своего требования, но суд может ограничить его право голоса с учетом низкой вероятности наступления условия, а в других он в принципе не имеет права голоса до наступления условия.

В другой группе стран (например, английское и американское банкротное право) суд конвертирует при установлении в РТК условное требование кредитора в безусловное на основе соответствующей оценки, помножая номинал требования на вероятность наступления условия, и далее данное требование воспринимается как безусловное, и именно исходя из этой приведенной стоимости требования определяется количество голосов кредитора и как раз этот размер требования удовлетворяется при конкурсном распределении, даже если условие так и не наступило до этого момента.

Этот вопрос имеет важное практическое значение, так как в обороте распространены условия, откладывающие выплату части цены за осуществленное встречное предоставление до наступления некоторого условия (оговорки о гарантийном удержании, «гонорары успеха» и т.п.). Например, стороны договора купли-продажи доли в ООО часто оговаривают, что до или непосредственно после перевода прав на долю покупатель уплачивает продавцу 90% цены и доплачивает 10% в случае, если в течение трех лет не выявятся те или иные риски, касающиеся деятельности общества, доля которого приобретена, а также выплачивает еще 15% (премию), если в течение этого срока капитализация компании вырастет выше определенного показателя. Но представим, что после продажи предприниматель, купивший долю в ООО, впадает в банкротство, и нет ясности, наступит данное условие или нет. Как найти баланс интересов сторон?

В целом кажется логичным включать условное требование в РТК должника, конвертировать условное требование в безусловное для целей выявления доступного конкурсному кредитору числа голосов и определения прав на оспаривание сделок и заявления исков о привлечении к субсидиарной ответственности (иначе есть риск того, что огромное условное требование с низкой вероятностью созрева-

предоставит кредитору непропорциональное экономической ценности его требования и его интересу в банкротстве число голосов). При этом если отлагательное условие наступит после введения наблюдения, но до момента начала конкурсного распределения, установленное в РТК требование можно было бы пересчитать по номиналу, и будущая доля доступных кредитору голосов увеличится до размера номинала требования. При этом очевидно, что данное требование должно считаться не текущим, а реестровым. Если в ходе конкурса обнаружится невозможность наступления условия в будущем, было бы логично требование данного кредитора из РТК исключить.

Но что, если к моменту конкурсного распределения условие так и не наступит, но вероятность его будущего наступления достаточно значима.

Здесь просто следует осуществить политико-правовой выбор между:

а) полным отказом в удовлетворении;
б) удовлетворением требования исходя из его номинала в ситуации, когда вероятность наступления условия выше некоторого высокого порога вероятности, и отказом от допуска к распределению при более низком уровне вероятности;

в) удовлетворением требования, уменьшенного на вероятность наступления условия (т.е. условного требования, конвертированного в безусловное с поправкой на вероятность); и

г) возможной гипотетической моделью внесения некоторой части конкурсной массы, соответствующей пропорциональной доле, которая приходится на номинал условного требования, на эскроу-счет, депозит нотариуса или даже депозит суда с последующим вручением данной зарезервированной суммы кредитору при наступлении условия и распределением среди остальных кредиторов при ненаступлении условия в течение установленного судом срока.

Пока в российском праве вопрос в полной мере не прояснен. Суды нередко просто отказывают во включении условных требований в РТК. При первом приближении варианты «в» или «г» представляются достойными обсуждения и реализации. Мыслимы и некоторые их комбинации. Впрочем, очевидно, что эта проблематика заслуживает более глубокой проработки в специальных исследованиях.

7. Является ли условным обязательство, исполнение которого поставлено под условие исполнения обязанностей другой стороной?

Возникает интересный вопрос о соотношении конструкции отлагательно обусловленного обязательства и конструкции обязательства, исполнение которого обусловлено осуществлением другой стороной

встречного исполнения или кредиторской обязанности. В реальной договорной практике большинство sinalлагматических договоров предусматривают, что одна из сторон исполняет свое обязательство в течение определенного срока после и при условии исполнения встречного обязательства другой стороной. Например, по условиям договора покупатель обязан платить за товар после его отгрузки, подрядчик – приступить к работам после получения аванса, заемщик – платить проценты после предоставления займа, арендатор – платить арендную плату после передачи ему объекта аренды и т.п. Также часто срок исполнения обязательства привязывается к исполнению другой стороной кредиторской обязанности. Например, согласно условиям договора подрядчик должен приступить к выполнению работ после передачи ему заказчиком материалов или вещи, подлежащей ремонту.

Допустимость жесткой привязки исполнения обязательства одной стороны к предварительному осуществлению другой стороной тех или иных своих обязанностей не вызывает никаких сомнений и с 1 июня 2015 г. прямо признана в п. 1 ст. 314 ГК РФ. Но встает вопрос о том, можно ли считать, что обязательство осуществить исполнение, в силу положений договора прямо темпорально обусловленное предварительным осуществлением другой стороной предшествующего исполнения по sinalлагматическому или иному договору, исполнения кредиторской обязанности или иной обязанности, является условным.

Этот вопрос в российском праве однозначно пока не разрешен. Есть определенные основания говорить в этом контексте об условном обязательстве. Такое объяснение позволяет вписать подобную типичную для договорной работы конструкцию в классическую дихотомию условия и срока как способов управления динамикой правоотношения. Так, привязка начала срока постоплаты к моменту поставки товара не может рассматриваться в качестве элемента фиксации срока для оплаты, так как подобный способ установления срока противоречит ст. 190 ГК РФ, требующей, чтобы срок был привязан к обстоятельству, которое должно неизбежно наступить: в момент заключения договора в отношении поставки товара такой предопределенности нет. Следовательно, можно допустить, что в данной ситуации поставка товара является своеобразным отлагательным условием, наступление которого влечет возникновение или созревание обязательства по оплате и запускает срок в виде обозначенной отсрочки (отлагательно обусловленный срок). То же может касаться и случаев, когда исполнение некоего обязательства одной стороны согласно договору должно происходить при условии предварительного исполнения соответствующих кредиторских обязанностей другой стороной.

В то же время необходимо признать, что такая интерпретация не является общепризнанной и отвергается многими цивилистами. Критики не согласны видеть в поставке товара, к которой привязано начало течения срока на постоплату, в описанном ранее примере отлагательное условие и склоняются к тому, что в подобных ситуациях имеет место какой-то особый способ фиксации срока исполнения обязательства в отступление от общих правил ст. 190 ГК РФ о сроке как обстоятельстве, которое неизбежно наступает. Согласно такому воззрению, обязательства обеих сторон подобных договоров возникают в сам момент заключения договора, а осуществление предшествующего исполнения (например, поставка товара с отсрочкой платежа), запускающее срок для осуществления последующего исполнения (например, той самой постоплаты), является не отлагательным условием, а каким-то своеобразным элементом структурирования порядка исполнения. Некоторые цивилисты считают, что отсутствие необходимости исполнять возникшее в рамках такой интерпретации в сам момент заключения договора обязательство осуществить последующее (второе по очереди) исполнение при неосуществлении контрагентом предшествующего исполнения объясняется не тем, что не наступило отлагательное условие, а тем, что здесь работает механизм приостановления исполнения по правилам ст. 328 ГК РФ.

Бегство от условной квалификации описанного феномена в область конструкции *sui generis* или за ширму норм ст. 328 ГК РФ о приостановлении встречного исполнения небесспорно.

Вариант объяснения через конструкцию *sui generis* без какого-либо внятного обоснования отправляет отношения сторон в правовой вакуум, оставляет открытыми те же вопросы о судьбе обязательства до созревания условий для его исполнения, которые возникают и с обычными условными обязательствами. Если считать, что обязательство возникло в момент заключения договора, но смещение в будущее его исполнения осуществляется ни за счет классической конструкции срока (так как осуществление предшествующего исполнения не предопределено), ни посредством отлагательного условия, то что это за новый механизм управления динамикой обязательственного правоотношения? И каков его режим?

Вариант же использования норм ст. 328 ГК РФ в качестве обоснования исключения из общего правила о неизбежности наступления срока тоже не безупречен, так как эти правила о встречности исполнения рассчитаны на применение прежде всего к договорам, порождающим обязательства, опосредующие обмен встречными предоставлениями, и наличие этой взаимообусловленности никак не зависит от того,

включено ли в договор положение о том, что одна из сторон исполняет его только после исполнения другой. В ст. 328 ГК РФ имеется в виду взаимообусловленность экономическая, целевая: исполнение обязательства одной из сторон осуществляется в обмен на исполнение обязательства другой стороной, четкая последовательность здесь иррелевантна. Достаточно того, что между обязательствами существует такая тесная связь, что исполнение одного было бы несправедливо требовать в ситуации, когда не предоставлено или не будет предоставлено исполнение по другому. Иначе говоря, в контексте этой статьи «обусловленность» исполнения не зависит от обязательного наличия прямой увязки сроков исполнения этих взаимных обязательств (подробнее см. комментарий к ст. 328 ГК РФ). Встречными и подпадающими под действие ст. 328 ГК РФ будут обязательства, например, сторон договора купли-продажи и тогда, когда сроки исполнения обязательств не зависят друг от друга и обозначены календарными датами или предусмотрен вовсе одновременный обмен.

Более того, в тех случаях, когда в договоре исполнение обязательства одной из сторон привязано к моменту исполнения обязательств другой, применение положений ст. 328 ГК РФ о праве приостановить исполнение в принципе не актуально, так как здесь неосуществление последующего исполнения является не результатом применения права на приостановление встречного исполнения как некоего средства защиты, а автоматическим и неизбежным следствием того, что срок исполнения второго обязательства просто не наступил.

Наконец, стороны могут привязать срок исполнения обязательства к моменту исполнения кредиторской обязанности (например, 30 дней на выполнение работ с момента передачи материалов подрядчику). О применении ст. 328 ГК РФ здесь говорить не приходится.

Таким образом, сфера применения ст. 328 ГК РФ и конструкция отлагательно обусловленного обязательства не совпадают. Обязательство, обусловленное предварительным исполнением своих обязанностей другой стороной, может не являться встречным исполнением по смыслу ст. 328 ГК РФ, а встречные исполнения по смыслу ст. 328 ГК РФ могут не быть взаимоувязаны посредством установления в программе договорных отношений положения об осуществлении одного исполнения в качестве необходимого условия для созревания другого. Соответственно, перенесение описанной конструкции, когда по воле сторон условием для исполнения обязательства одной из них является предварительное исполнение какой-либо обязанности другой стороной, из сферы доктрины условных прав и обязанностей в сферу действия ст. 328 ГК РФ не вполне логично.

С учетом этого вариант квалификации исполнения встречного обязательства или кредиторской обязанности, к совершению которого привязано начало течения срока для осуществления последующего исполнения в рамках синаллагматических или иных договоров, в качестве отлагательного условия, обуславливающего обязательство по осуществлению исполнения другой стороны, кажется более понятным решением. То же применимо и к таким случаям, когда в силу самой конструкции договора исполнение встречного обязательства немислимо до исполнения предшествующего. Например, обязательство вернуть заем не возникает (не созревает), пока заем по консенсуальному договору займа не будет предоставлен, равно как и обязательство вернуть вещь по договору хранения до ее передачи на хранение, или обязательство арендатора вернуть предмет аренды до передачи арендатору во владение. В подобных случаях обязательство по возврату полученного является условным, будучи обусловлено получением того имущества, которое надлежит возвращать.

Тем не менее вопрос нельзя признать окончательно проясненным и разрешенным в российском праве.

Если право склонится к тому, чтобы в описанной ситуации обязательство контрагента, обусловленное предварительным исполнением своих обязанностей другой стороной, понимать как условное, то правовой режим этого обязательства должен быть синхронизирован с правовым режимом обычного обязательства, поставленного в зависимость от отлагательного условия права или правосделочного условия. Нет смысла множить сущности без необходимости. Неочевидны причины, по которым право должно принципиально различным образом регулировать обязательства заплатить неустойку в случае, если в будущем случится нарушение, уплатить плату за отказ от договора в случае реализации в будущем такого права, возместить имущественные потери в случае их возникновения, выплатить страховое возмещение при наступлении страхового случая, заплатить предоплату, если другая сторона сможет в будущем зарегистрировать право собственности на построенную недвижимость и многие другие относительно бесспорные условные обязательства подобного рода, с одной стороны, и обязательства заемщика вернуть кредит после его предоставления, покупателя заплатить постоплату по графику рассрочки платежа, если поставщик исполнит в будущем свое встречное обязательство по поставке, или обязательство подрядчика выполнить работы, если заказчик исполнит кредиторскую обязанность, передав материал или вещь для ремонта, с другой стороны. Во всех этих случаях логично говорить об обязательстве, созревании

оснований для исполнения которого в момент совершения сделки не гарантировано.

При этом мы опять сталкиваемся с вопросом о правовой природе предварительной правовой связи до наступления условия, который разбирался в п. 6 комментария к настоящей статье. Если следовать идее о том, что условное обязательство не существует до момента наступления отлагательного условия, а на этом этапе имеется особая правовая связь, состоящая в ожидании наступления условия, то применение этого подхода в контексте ситуации с последовательной увязкой срока исполнения обязательства к предварительному исполнению некой обязанности контрагентом приведет к тому, что в рамках договора с четко установленной последовательностью исполнения своих обязанностей сторонами до исполнения своей обязанности первой стороной полноценное обязательство контрагента просто не возникает. Такое обязательство возникнет только в момент осуществления предшествующего исполнения контрагентом, обязанным исполнить свою обязанность первым. Например, обязательство заемщика вернуть кредит возникнет не ранее его выдачи, а обязательство подрядчика отремонтировать вещь — после ее передачи в ремонт.

Но напомним, что далеко не все готовы идти вслед за буквой п. 1 ст. 157 ГК РФ и соглашаться, что до наступления условия нет обязательства. Эти ученые считают, что поставленное под отлагательное условие обязательство существует с момента заключения договора и лишь созревает в момент наступления условия. Если занять такую позицию в отношении природы условного обязательства, условная квалификация обязательства заемщика вернуть кредит или обязательства поставщика поставить товар, за который должна вноситься предоплата, не поставит под сомнение генетический аспект синаллагмы: оба взаимных обязательства возникнут в момент заключения договора и далее будут по определенной программе созревать, проходя разные стадии созревания (до наступления условия обязательство есть, но не созревшее, после наступления условия и до начала просрочки — обязательство созревшее, но не просроченное, а с момента истечения срока на исполнение — обязательство просроченное).

Признаки идеи о том, что по синаллагматическому договору оба встречные обязательства возникают в момент заключения договора, даже если одно из них должно исполняться после и при условии исполнения своей обязанности контрагентом, можно обнаружить в п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30 октября 2007 г. № 120. Суд признал, что обязательство по оплате работ, которое должно было исполняться после их сдачи, существует и до окончания

самых работ, и поэтому требование об оплате может быть уступлено цессионарию на этом этапе как существующее право требования.

Но можно обнаружить и противоположные примеры. Так, согласно п. 1 ст. 5 Закона о банкротстве «возникшие после возбуждения производства по делу о банкротстве требования кредиторов об оплате поставленных товаров, оказанных услуг и выполненных работ являются текущими», что означает непомещение их в РТК должника и погашение их в ходе осуществления процедур банкротства. Те же требования, которые возникли до возбуждения дела о банкротстве, согласно российскому законодательству о банкротстве попадают по общему правилу в РТК должника. Иначе говоря, момент возникновения денежного требования имеет в рамках банкротства колоссальное практическое значение. При этом судебная практика указывает на то, что обязательство по оплате оказанных услуг, выполненных работ или поставленных товаров с условием об отсрочке платежа возникает не в момент заключения такого синаллагматического договора, а в момент осуществления предшествующего исполнения (поставки товара, оказания услуг, выполнения работ и т.п.). Соответственно, если этот момент имел место после возбуждения дела о банкротстве, требование об оплате будет текущим. В Определении СКЭС ВС РФ от 6 июля 2017 г. № 303-ЭС17-2748 на сей счет указано следующее: «Для целей определения момента возникновения обязанности по оплате услуг по смыслу пункта 1 статьи 779 Гражданского кодекса Российской Федерации... значение имеет дата оказания этих услуг» (см. также п. 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 63 и Определение СКЭС ВС РФ от 5 июля 2017 г. № 306-ЭС17-1387). Согласно п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 63 при применении п. 1 ст. 5 Закона о банкротстве судам следует учитывать, что «обязательство возратить денежную сумму, предоставленную по договору займа (статья 810 ГК РФ) или кредитному договору (статья 819 ГК РФ), возникает с момента предоставления денежных средств заемщику», а «обязательство уплатить денежную сумму, предоставленную должнику в качестве коммерческого кредита в виде отсрочки или рассрочки оплаты товаров, работ и услуг (статья 823 ГК РФ), возникает с момента исполнения кредитором соответствующей обязанности по передаче товаров, выполнению работ либо оказанию услуг».

Впрочем, в ответ на этот банкротный аргумент можно заявить, что здесь речь идет о понимании момента возникновения требования исключительно функционально, для целей его квалификации в качестве реестрового или текущего в контексте банкротного права, и общецивилистический подход к вопросу этот частный случай не предпринимает.

Как мы видим, неопределенность в этом вопросе динамики развития условного обязательственного правоотношения сохраняется, а следовательно, она затрагивает и вопрос о развитии динамики обязательства, жестко обусловленного предварительным исполнением кредитором своей обязанности.

8. Проблема постановки встречного обязательства под условие в обмен на уже осуществленное предшествующее исполнение

В контексте возмездных договоров, опосредующих обмен экономическими благами, очень остро стоит проблема в отношении возможности поставить под условие встречное обязательство за уже полученное от другой стороны предоставление.

Привязка объема встречного обязательства к тому или иному условию не должна вызывать каких-либо сомнений. По сути, в такой ситуации речь идет о положении договора об определении цены. Например, многие сделки продажи бизнеса содержат сложные условия о корректировке изначальной цены при наступлении тех или иных условий после переоформления акций (доли в ООО) на покупателя. Нередко договор поставки содержит положение об автоматическом предоставлении тех или иных скидок или, наоборот, повышении цены при наступлении неких условий (например, повышении таможенных пошлин). Вряд ли какой-то человек в здравом уме будет высказываться против такого проявления свободы договора.

Проблема возникает в тех случаях, когда в возмездных договорах под условие ставится все встречное предоставление (или основная его часть) за уже полученное ранее от другой стороны предоставление, и речь не идет о привязке встречного исполнения к получению предшествующего исполнения (о чем речь шла выше в п. 7 комментария к настоящей статье). Такое условие может зависеть: а) от кредитора по условному обязательству, осуществляющего свое предоставление первым по очереди, полностью или частично (например, оплата оказанных услуг привязана к достижению по итогам осуществленного исполнения тех или иных результатов); б) исключительно от поведения должника (например, оплата заказчиком оказанных ему услуг привязана к улучшению его финансового состояния) или от взаимодействия должника с третьими лицами (например, оплата выполненных субподрядчиком работ привязана к получению генподрядчиком финансирования от заказчика); в) вовсе от неких внешних обстоятельств (например, оплата выполненных подрядчиком работ привязана к сохранению финансирования проекта из госбюджета).

Комментируемая статья ГК РФ позволяет сторонам обусловить исполнение того или иного обязательства. Это очень логично по сути и соответствует законодательству многих европейских стран и международным актам унификации частного права. Но эта норма не проговаривает ряд деталей и в том числе вопрос о возможности ставить под условие обязательство, которое целиком или в большей части опосредует встречное исполнение по синаллагматическому договору. Когда условным оказывается обязательство компенсировать понесенные расходы, возместить потери, заключить основной договор на основании предварительного, выставить оферту, оказать содействие при возникновении споров с третьими лицами, воздержаться от конкурирования, выплатить аванс, поставить товар с условием об отсрочке платежа, вернуть часть уплаченной цены в формате ретробонуса при достижении определенных объемов закупок и т.п., особых вопросов о допустимости условности таких отдельных обязательств не возникает. Но что, если заказчик уже принял работы или услуги, покупатель получил товар, а под условие ставится встречное обязательство по оплате? Или покупатель внес предоплату, а под условие поставлено встречное обязательство продавца передать вещь? Отсутствие четкого регулирования данной ситуации вызывает ряд проблем на практике.

Как такие ситуации должны разрешаться?

Далее обсудим каждый из возможных вариантов, обуславливающих встречное исполнение по синаллагматическому договору.

8.1. Беспроблемные ситуации

8.1.1. Востребование исполнения

Нет никакой проблемы в том, чтобы встречное обязательство по синаллагматическому договору было поставлено под условие востребования такого исполнения стороной, которая уже осуществила предшествующее предоставление. Так, например, в договоре поставки может быть установлено, что покупатель оплачивает поставленный товар после получения от поставщика счета или иного письма, указывающего на созревание долга по оплате. Эта ситуация в полной мере охватывается гипотезой п. 2 ст. 314 ГК РФ. Более того, само востребование является не столько отлагательным условием в строгом смысле этого слова, сколько реализацией секундарного (преобразовательного, потестативного) права.

8.1.2. Достижение в процессе осуществления предшествующего исполнения результата, зависящего от усилий исполнившей стороны лишь частично

Свобода сторон договориться о включении достижения результата, который зависит как от усилий исполняющей стороны, так и от

некоторых не контролируемых ею обстоятельств, в предмет обязательства одного из контрагентов признается в актах международной унификации частного права (см. ст. IV.C.–2:106 Модельных правил европейского частного права, ст. 5.1.4 Принципов УНИДРУА) (подробнее о включении в предмет обязательства помимо самого поведения должника некой гарантии достижения результата, зависящего от поведения должника лишь частично, см. комментарий к ст. 307 ГК РФ).

Но важно понимать, что стороны могут избрать иной вариант структурирования своих отношений – так называемый гонорар успеха, представляющий собой классическое условное денежное обязательство. Стороны могут не включить достижение некоего результата в предмет обязательства должника, а вместо этого поставить встречное предоставление под условие достижения указанного результата. Если в течение оговоренного или разумного срока некий экономический эффект или ожидаемый результат, зависящий от усилий должника лишь частично, достигнут не будет, исполнившая сторона не будет считаться нарушителем обязательства и не будет нести ответственность за нарушение, но оплата его предоставления не производится. Дарением такая конструкция со всей очевидностью не является, так как отсутствует *animus donandi*. Речь идет о перераспределении риска недостижения полезного для получившего предоставления контрагента результата по независящим от исполнившей стороны причинам. Принятие исполнившей стороной на себя такого риска отражается обычно в цене договора. «Гонорар успеха» выше, чем фиксированная ставка, не зависящая от успеха.

Например, в договоре на оказание услуг по урегулированию вопросов погашения задолженности должника в досудебном порядке нанятый кредитором коллектор может согласиться на то, что оплата его услуг будет поставлена под условие погашения должником долга и выражаться в виде процента от фактически уплаченной суммы долга. Тогда в случае, если в результате переговоров, которые вел коллектор с должником, долг так и не будет погашен, обвинить коллектора в нарушении его обязательств нельзя, при условии что он совершал действия в строгом соответствии с договором и проявлял должный уровень усилий, но оплату своих услуг коллектор не получит, так как результат не достигнут, и заказчик никакой экономической выгоды от его труда не получил.

Другой пример: в договоре между владельцем прав на некий участок недр и компанией, специализирующейся на геологоразведке, может быть установлено, что оплата работ и услуг по геологоразведке про-

изводится только в случае, если в ходе исполнения договора в рамках согласованных в нем сроков будет обнаружено месторождение, и при этом оплата выполненных работ будет осуществляться в виде процента от дохода, извлекаемого из данного месторождения. В такой ситуации, если последнее не будет обнаружено в установленный срок, оснований для выплаты вознаграждения нет, так как стороны своей волей определили риск отсутствия результата.

По вопросу о возможности постановки встречного исполнения под условие достижения исполнителем (подрядчиком) того или иного результата, зависящего от исполнившей стороны лишь частично, в судебной практике в целом в последние годы наметился относительно либеральный подход. Исключением, пожалуй, является случай с «гонораром успеха» в договоре на судебное представительство, но и здесь после допущения таких гонораров в договорах с адвокатами вопрос сдвинулся с мертвой точки (см. Федеральный закон от 2 декабря 2019 г. № 400-ФЗ, внесший в ст. 25 Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре п. 4.1, легализовавший «гонорары успеха» в договорах адвокатов с клиентами, за исключением уголовных дел).

Судебная практика ВАС РФ сталкивалась с этой проблемой за рамками сюжета с гонорами успеха в договорах на оказание услуг судебного представительства несколько раз и фиксировала законность привязки оплаты услуг исполнителя (подрядчика) к достижению результата, который зависел от его усилий, но не в полной мере. Так, в споре, рассмотренном Президиумом ВАС РФ в [Постановлении](#) от 24 января 2012 г. № 11563/11, речь шла о законности установления в договоре оплаты услуг фирмы по юридическому сопровождению процесса получения страхового возмещения от страховой компании в виде процента от полученного страхового возмещения. ВАС РФ пришел к выводу, что сама по себе такая модель построения договорных отношений в рамках договора оказания услуг не противоречит закону. Но в то же время, как справедливо было отмечено в том же [Постановлении](#) Президиума, исполнитель вправе претендовать на выплату «гонорара успеха», только если будет доказано, что искомый результат был следствием совершения должником описанных в договоре действий. В другом [Постановлении](#) Президиума ВАС РФ (от 8 апреля 2014 г. № 17984/13) Суд, делая вывод о законности привязки вознаграждения агента, обязанного к поиску лиц, готовых перевести свои пенсионные накопления в негосударственный пенсионный фонд, к факту реального перевода пенсионных средств в негосударственный фонд, отметил, что «размер вознаграждения агента может быть поставлен в зависимость от последующего эффекта оказанных им услуг».

К такому же мнению склоняется и практика ВС РФ. Так, в Определении СКГД ВС РФ от 13 июня 2017 г. № 41-КГ17-5 Суд однозначно признал законным с отсылкой к ст. 327.1 ГК РФ положение договора оказания риелторских услуг, которое увязывает выплату риелтору вознаграждения с достижением в процессе оказания посреднических услуг результата – заключения договора по покупке заказчиком подобранной ему риелтором квартиры. Этот же подход был подтвержден также в Определении СКГД ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 41-КГ17-8, Определении СКЭС ВС РФ от 24 декабря 2018 г. № 306-ЭС18-16762. Все это свидетельствует о формировании в последние годы устойчивой практики по данному вопросу.

8.2. Проблемные ситуации

Сложная проблема возникает в ситуации, когда условие, обуславливающее встречное обязательство, зависит исключительно от должника по такому условному обязательству, от его взаимодействия с третьими лицами или неких внешних обстоятельств. Когда такое условие не зависит от кредитора, от его усилий и поведения и не выглядит как «гонорар успеха», возникает возможность того, что встречное обязательство в обмен на осуществленное кредитором исполнение никогда не наступит по независящим от кредитора причинам или вовсе по причине бездействия самого должника, и в результате встречное исполнение в обмен на уже предоставленное кредитор никогда от должника не сможет истребовать.

Если условием осуществления встречного исполнения является голое волеизъявление должника («заплатчу за полученное, если захочу»), как уже отмечалось ранее, полноценного подлежащего судебной защите обязательства как такового нет, и по большому счету нет и настоящего условия. В данном случае должник наделяется секундарным правом определить каузу договора: если он исполняет свое встречное обязательство, он проявляет волю на преобразование договорного правоотношения в синаллагматический договор; если же он заявляет об отказе платить, он преобразует отношения сторон в безвозмездный договор. Такая конструкция вряд ли возможна в отношениях между коммерсантами, в рамках которых дарение в силу ст. 575 ГК РФ запрещено. Но в чисто бытовых отношениях, видимо, нет причин жестко ее блокировать. Так, художник может написать портрет знакомого, вручить ему картину и оговорить, что согласен отдать вопрос об оплате на его усмотрение.

Но что, если речь идет о подлинном потестативном условии (условие зависит от каких-то имеющих самостоятельное значение действий должника), смешанном условии (условие зависит частично от поведе-

ния должника, а частично от неких внешних обстоятельств) или случайном условии (внешнее по отношению к воле и поведению должника обстоятельство)? Здесь решение должно быть следующим.

Если стороны договора согласовали срок, в течение которого наступление такого условия может ожидаться, и договорились, что встречное исполнение в обмен на уже полученное должно быть произведено при наступлении указанного условия, но в любом случае не позднее четко определенного срока, нет оснований для ограничения свободы договора. Например, в договоре субподряда может быть предусмотрено, что генподрядчик оплачивает выполненные работы после окончания строительства всего объекта или получения финансирования за данный этап от заказчика, но в любом случае не позднее такого-то числа.

В равной степени право не должно вмешиваться и тогда, когда стороны в качестве последствия ненаступления такого условия в течение определенного срока предусмотрели расторжение договора и возврат полученного. Например, в договоре продажи миноритарием пакета акций мажоритария иногда предусматривается, что оплата приобретенных акций должна произойти в случае перепродажи всего бизнеса в целом некоему стратегическому инвестору, но, если такая перепродажа не произойдет в течение определенного срока, договор считается расторгнутым и пакет акций возвращается миноритариям.

Но как быть, если стороны поставили встречное исполнение по sinalлагматическому договору в целом или в значительной части под отлагательное и зависящее полностью или частично от поведения должника или внешних обстоятельств условие, и при этом в договоре не согласовали срок, по прошествии которого либо это обусловленное исполнение должно быть непременно произведено, либо полученное должно быть возвращено? Такая ситуация встречается достаточно часто. Классический пример – условие договора субподряда о привязке оплаты работ субподрядчика к окончанию строительства всего здания.

8.2.1. Ранняя судебная практика

Как решали эту проблему высшие суды? В судебной практике имеется целый ряд постановлений Президиума ВАС РФ, в которых Суд признавал невозможным поставить встречное обязательство под условие, наступление которого зависит от должника полностью или частично (постановления Президиума ВАС РФ от 18 января 2011 г. № 11659/10, от 2 апреля 2013 г. № 16179/12, от 17 декабря 2013 г. № 12945/13).

При этом имеется Постановление Президиума ВАС РФ от 23 июля 2013 г. № 4030/13, в котором такая конструкция была признана, а иск о взыскании долга за выполненные субподрядчиком работы отклонен

в ситуации, когда под условие окончания строительства объекта была поставлена небольшая часть цены (5%), подлежащей уплате субподрядчику, который выполнил определенный этап строительства по заданию генподрядчика.

Иначе говоря, абсолютной ясности в этом вопросе долгое время не было, но по большому счету тренд на блокирование возможности ставить под подобные условия встречное обязательство в целом или в значительной его части в обмен на уже полученное предоставление в практике ВАС РФ наблюдался.

8.2.2. Поворот в судебной практике

Жесткое блокирование подобных условий представляется решением грубым и неуважительным к свободе договора. Запрет тех или иных условий и проявлений свободы договора может быть лишь крайней мерой, когда восстановить справедливость и экономическую целесообразность более щадящими способами невозможно.

В связи с этим после появления ст. 327.1 ГК РФ, допустившей возможность ставить исполнение обязательства под условие, зависящее от одной из сторон договора, практика изменилась. В Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.) Суд закрепил, что в свете ст. 327.1 ГК РФ само по себе не противоречит закону «условие договора субподряда о том, что срок оплаты выполненных субподрядчиком строительных работ исчисляется с момента сдачи генеральным подрядчиком результата этих работ заказчику по договору или с момента получения генеральным подрядчиком оплаты от заказчика».

Но может ли право на этом остановиться? Безусловно, нет.

Если условие не зависит от кредитора, а зависит полностью или частично от должника или внешних обстоятельств и при этом в договоре нет положений, исключающих вечную подвешенность отношений сторон, то имеет место пробел в договоре. В такой ситуации происходит своего рода теоретически бесконечная неопределенность («мерцание») каузы договора (то ли синаллагматический договор, то ли безвозмездное предоставление), а это означает вечную подвешенность и неопределенность, в которой оказывается кредитор, уже учинивший свое исполнение и вынужденный ожидать наступления условия для встречного исполнения. Вряд ли разумно исходить из того, что стороны могли эту странную и противоестественную конструкцию реально иметь в виду. Соответственно, суд должен путем толкования договора или посредством применения принципов разумности, справедливости и добросовестности реконструировать наиболее вероятную волю сторон.

Каково же должно быть данное толкование? Как уже отмечалось, вечной подвешенности при наличии в сделке отлагательного условия (неважно, ставящего под условие отдельное обязательство или всю сделку в целом) по общему правилу быть не может. Вечная договорная и связывающая стороны конструкция без права вырваться из такой связи (тем более заставляющая стороны вечно находиться в ожидании наступления условия и возникновения правоотношения) — это противная праву аномалия. Соответственно, при отсутствии каких-либо указаний на предельный срок ожидания наступления условия суд должен вводить подразумеваемое положение о разумном сроке. То же в полной мере применимо и к ситуации условности встречного обязательства, созревание которого зависит от должника или внешних обстоятельств.

Логика здесь такая. Если стороны явно выразили волю на вступление в sinalлагматический договор, опосредующий экономический обмен (например, купля-продажа, подряд, возмездное оказание услуг), то они имели в виду, что обмен должен рано или поздно состояться, а значит, условие для встречного исполнения раньше или позже должно наступить. Таким образом, между выбранной сторонами конструкцией возмездного, sinalлагматического договора, с одной стороны, и условностью встречного обязательства — с другой, возникает некоторый конфликт. Право не может презюмировать, что стороны sinalлагматического договора (например, подряда) имели в виду установить вечную договорную связь и вечную неопределенность в отношении реализации условия, при которой оплата за выполненные работы может никогда не произойти. Например, при привязке оплаты работ субподрядчика к сдаче всего объекта в эксплуатацию само это условие может наступить и через год, и через 10, и через 20 лет, а теоретически и через век (например, при заморозке и последующей разморозке строительства по прошествии длительного срока) или вовсе никогда. Наличие такого внутреннего конфликта создает условия для толкования договора с целью снять данное противоречие. Единственным приемлемым и отвечающим ожиданиям большинства сторон таких сделок, обычаям оборота, соображениям разумности, добросовестности и справедливости является выведение подразумеваемого разумного срока для наступления условия, по прошествии которого подвешенность должна исключаться.

По какому же сценарию разумно помыслить исключение подвешенности по прошествии разумного срока? Наиболее логичная и отвечающая ожиданиям большинства участников оборота, принципам разумности, справедливости и добросовестности интерпретация такова: если стороны sinalлагматического договора прямо не согласовали

иное, то по истечении разумного срока неопределенность должна прекращаться, а синаллагма должна переходить в стадию реализации (раз уж стороны выразили волю на вступление в договор синаллагматического толка). Подразумевать и презюмировать такие варианты исключения подвешенности, как трансформация осуществленного предоставления в безвозмездный формат или расторжение договора с возвратом полученного, вряд ли целесообразно, поскольку подобные несколько экзотические опции имело бы в виду абсолютное меньшинство контрагентов.

Таким образом, логичным решением проблемы постановки всего (или большей части) встречного обязательства под условие, зависящее от должника, его взаимодействия с третьими лицами или внешних обстоятельств, при отсутствии в договоре прямого указания на способ исключения вечной подвешенности является признание того, что если условие не наступает в течение указанного в договоре (а при его отсутствии – разумного) срока, то оно должно отпадать, встречное исполнение должно быть произведено безусловно и наступит просрочка должника. Это решение не требует признания условий договора недействительными, а просто дополняет договор подразумеваемым положением о разрешении неопределенности по истечении того или иного срока. Такое подразумеваемое положение в полной мере выводится из общего выражения сторонами воли вступить в договор синаллагматического характера и реализовать экономический обмен.

Соответственно, если в договоре с субподрядчиком предусмотрено, что оплата работ генподрядчиком будет производиться лишь после поступления денег от заказчика, стороны сами не позаботились о включении в договор положения, исключающего риск вечной подвешенности и при этом такое условие не наступает в течение разумного срока, то субподрядчик получает право потребовать от генподрядчика оплаты. Если в договоре купли-продажи будущей недвижимости обязательство продавца передать квартиру покупателю поставлено под условие окончания строительства (оговорен срок на передачу, исчисляемый с момента окончания строительства), то следует исходить из того, что обязательство по передаче созревает, и срок на передачу начинает течь по прошествии разумного срока строительства (который может быть определен с опорой на соответствующие проектные документы), и, соответственно, по окончании такого срока на передачу следует констатировать просрочку продавца и допустить применение к нему мер ответственности, несмотря на то что дом пока так и не построен фактически.

В конечном счете такой подход и возобладал в практике ВС РФ. В уже упомянутом ранее Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2017)

(утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.) после констатации законности постановления встречного обязательства по синаллагматическому договору под условие указано следующее: «При этом следует учитывать разъяснения, содержащиеся в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22.11.2016 № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» о защите прав стороны обязательства, начало течения срока исполнения которого обусловлено наступлением определенных обстоятельств, предусмотренных договором». Что же содержится в том самом пункте 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54?

В нем указано: «По смыслу пункта 1 статьи 314 ГК РФ, статьи 327.1 ГК РФ срок исполнения обязательства может исчисляться в том числе с момента исполнения обязанностей другой стороной, совершения ею определенных действий или с момента наступления иных обстоятельств, предусмотренных законом или договором. Если действия кредитора, совершением которых обусловлено исполнение обязательства должником, не будут выполнены в установленный законом, иными правовыми актами или договором срок, а при отсутствии такого срока – в разумный срок, кредитор считается просрочившим (статьи 328 или 406 ГК РФ)». Данное разъяснение, по сути, как раз и вводит ту самую презумпцию разумного срока при отсутствии в договоре указания на конкретный предельный срок наступления условия. Текст этого предложения касается буквально только ситуации, когда условием созревания обязательства должника является некое поведение кредитора (исполнение им встречного обязательства или совершение действий, необходимых для обеспечения должнику возможности исполнить обязательство), но то самое выведение подразумеваемого разумного срока здесь установлено. Когда ВС РФ в указанном [Обзоре](#) ссылается прямо на анализируемый пункт названного [Постановления](#) в качестве источника того решения, которое, на его взгляд, применимо к ситуации привязки встречного обязательства к условию, наступление которого зависит от самого должника или третьих лиц (в рассматриваемом [Обзоре](#) речь идет о привязке оплаты за выполненные субподрядчиком работы к получению генподрядчиком финансирования от заказчика), нет никаких сомнений в том, что он имеет в виду распространение презумпции разумного предельного срока наступления условия и на такую ситуацию.

И последующая судебная практика ВС РФ в полной мере подтвердила это прочтение. В последние годы устоялась практика Суда, согласно которой встречное обязательство созревает независимо от ненаступления условия по истечении срока ожидания наступления усло-

вия, который прямо упомянут в самом договоре (определения СКЭС ВС РФ от 3 октября 2016 г. № 305-ЭС16-6006 (4), от 13 февраля 2020 г. № 305-ЭС19-20189, № 305-ЭС19-20142; определения СКГД ВС РФ от 24 апреля 2018 г. № 117-КГ18-19, от 5 июня 2018 г. № 4-КГ18-38, от 21 мая 2019 г. № 18-КГ19-10). В отношении импликации разумного срока при отсутствии в договоре указания на конкретный срок ожидания наступления условия и созревания встречного долга по его прошествии, несмотря на ненаступление условия, практика ВС РФ также устоялась (см. определения СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-20514, от 28 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26475 и от 15 мая 2020 г. № 305-ЭС19-24867).

В Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2020) Суд суммировал всю эту практику, выразив ее в виде следующей правовой позиции: «По общему правилу, условие о наступлении срока исполнения обязанности по оплате встречного предоставления с момента наступления обстоятельства, относительно которого неизвестно наступит оно или нет, является действительным. При этом указанный момент считается наступившим по истечении разумного срока, в который данное обстоятельство должно было наступить, если иной срок не установлен законом, иным правовым актом или договором».

8.2.3. Нарушение должником подразумеваемой обязанности способствовать наступлению отлагательного условия и (или) не препятствовать его наступлению

В описанных ранее ситуациях постановки под условие всего или большей части объема встречного обязательства либо договор прямо предусматривает обязанность должника способствовать наступлению условия, либо в силу принципа доброй совести такая обязанность подразумевается. Например, договор субподряда, обуславливающий выплату субподрядчику, выполнившему часть строительных работ, цены договора введением всего здания в эксплуатацию или получением генподрядчиком оплаты от заказчика, очевидно подразумевает, что генподрядчик будет прилагать нормальные и принятые в обороте усилия к обеспечению наступления такого условия (подробнее о подразумеваемой обязанности прилагать усилия к наступлению условия см. п. 11 комментария к настоящей статье).

Если такая обязанность должником нарушается, из положений п. 3 и 4 ст. 1, п. 1 ст. 10 и п. 3 ст. 157 ГК РФ логично выводить применение фикции наступления условия, которое повлечет признание долга должника созревшим и подлежащим погашению, несмотря на формальное ненаступление условия, даже если разумный (или установленный в договоре) срок для наступления условия не наступил. Например,

если в ситуации привязки оплаты работ субподрядчика к получению оплаты от заказчика генподрядчик, не получив оплаты от заказчика, не будет принимать никаких мер к взысканию с него долга, было бы логично считать генподрядчика нарушающим подразумеваемую и вытекающую из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК РФ) обязанность прилагать усилия к наступлению условия и применять по заявлению субподрядчика фикцию наступления условия, даже если установленный в договоре или разумный срок ожидания наступления условия еще не наступил.

Это тем более очевидно в ситуации, когда должник не просто не способствует наступлению условия, а активно препятствует его наступлению (например, в описанном ранее примере генподрядчик неожиданно прощает долг заказчика и тем самым исключает возможность наступления условия для получения субподрядчиком оплаты своих работ). Здесь однозначно применяется положение п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления условия.

Основу для этих выводов составляют разъяснения ВС РФ, закрепленные в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. Здесь указано, что если наступлению обстоятельства, с которым связано начало течения срока исполнения встречного обязательства, недобросовестно воспрепятствовала сторона, которой наступление этого обстоятельства невыгодно, то по требованию добросовестной стороны это обстоятельство может быть признано, соответственно, наступившим (п. 1 ст. 6, ст. 157 ГК РФ). В Обзоре судебной практики ВС РФ № 2 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 26 апреля 2017 г.) Суд указал на применение этого разъяснения и к ситуациям, когда под условие поставлено встречное обязательство в синаллагматическом договоре, и условие зависит от должника и его взаимодействий с третьими лицами. Соответственно, по мысли ВС РФ, даже до истечения установленного в договоре (а в случае отсутствия такого — до истечения разумного) срока кредитор вправе требовать осуществления встречного исполнения, если будет выявлено, что должник недобросовестно препятствует наступлению данного условия.

Эти выводы нашли свое дальнейшее развитие в практике ВС РФ (определения СКЭС ВС РФ от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564 и от 28 мая 2020 г. № 305-ЭС19-26475).

8.2.4. Условие об автоматической трансформации отношений сторон в режим безвозмездности

Но здесь не стоит забывать и о возможности еще одной опции. Стороны могут прямо согласовать в договоре четкий предельный срок, по истечении которого при ненаступлении отлагательного по-

тестативного, смешанного или случайного условия подвешенность отношений сторон исчезает, но не в форме созревания встречного обязательства и не в форме расторжения и возврата предоставленного, а в форме списания условного долга и трансформации осуществленного кредитором ранее исполнения в безвозмездное предоставление. Иначе говоря, в такой ситуации по установленному сторонами плану по истечении согласованного срока «мерцание» каузы прекращается, правовая определенность наступает за счет трансформации отношений в формат безвозмездного предоставления. В такой ситуации синаллагма по завершении указанного в договоре срока разрывается, происходит преобразование каузы договора, встречное обязательство попросту отпадает и с этого момента более уже нельзя говорить о том, что договор остается синаллагматическим.

То же мерцание каузы налицо и в той ситуации, когда встречное обязательство поставлено под отменительное условие, наступление которого просто прекращает такое обязательство без необходимости возвращать ранее полученное от кредитора.

Должно ли право признавать такие условия договора о трансформации и прекращении каузы договора?

В силу принципа свободы договора подобные условия, если они выражены однозначно и недвусмысленно, не оставляя сомнений в воле сторон, должны по общему правилу признаваться. В частности, нет оснований для ограничений, когда речь идет о бытовой сделке между гражданами и выявлена воля одарить должника. В таких отношениях дарение разрешено. А раз можно подарить, то нет оснований препятствовать согласованию положения, предполагающего неизбежную последующую трансформацию договора из возмездного в безвозмездный. Например, врач, оказавший пациенту медицинскую помощь, может согласовать с пациентом, что если последнему в течение некоторого времени не станет лучше, то обязанность по оплате услуг врача отпадает; фермер может оказать соседу помощь в восстановлении сгоревшего дома с условием, что если в данном году случится неурожай, то он предлагает считать эту помощь безвозмездной. Еще пример: займодавец может согласиться на то, что предоставленный заем должен быть возвращен, если заемщик устроится на работу, а в случае ненаступления такого условия в течение определенного срока долг будет считаться прощенным. Или такой вариант: отец предоставляет взрослому сыну заем на три года на приобретение квартиры и в договоре оговаривается, что в случае защиты заемщиком кандидатской диссертации или появления внуков долг по займу списывается.

Где позволено дарение, нет оснований запрещать включение в договор, изначально представляющий собой классический синаллагматический договор, а также договор, опосредующий предоставление имущества на возвратной основе (заем, аренда, ссуда и т.п.), положения о трансформации правоотношения в дарение и отпадении встречного или возвратного (в случае займа или аренды) обязательства при наступлении того или иного условия.

Такое положение договора должно быть прямо выражено и не оставлять никаких сомнений в том, что стороны имели в виду именно такую трансформацию определяющей договорный тип каузы осуществленного предоставления.

Но там, где речь идет о коммерческих отношениях (где дарение в силу ст. 575 ГК РФ прямо запрещено), вопрос оказывается более сложным. Представляется, что в такого рода ситуациях условие о трансформации осуществленного предоставления в дар при наступлении в течение обозначенного срока отлагательного условия, обуславливающего встречное исполнение, следует признавать ничтожным, а встречное исполнение, несмотря на данное условие, истребовать, даже если действительно выявлено намерение одарить (*animus donandi*). То же и в сценарии с отменительным условием, наступление которого влечет прощение долга по встречному обязательству. Например, если в договоре купли-продажи недвижимости между двумя коммерсантами установлено, что оплата за полученную недвижимость производится, только если покупатель получит от банка кредит, а при неполучении кредита в течение определенного срока обязанность по оплате отпадает и недвижимость остается у покупателя, не остается ничего иного, кроме как признать, что стороны имели в виду трансформацию отношений сторон в запрещенное законом для сугубо коммерческих сделок дарение.

В то же время далеко не всякий безвозмездный договор является дарением, так как для дарения требуется не только безвозмездность, но и согласно судебной практике выявление воли одарить, облагодетельствовать партнера (*animus donandi*). Об этом уже шла речь выше в контексте сюжета с «гонораром успеха».

Если договор трансформируется в безвозмездный, но воля одарить отсутствует и речь идет о способе перераспределения риска, такая трансформация должна признаваться даже в сугубо коммерческих договорах.

В частности, условия об исключении встречного предоставления встречаются в ситуации отпадения экономической ценности осуществленного предоставления. Например, в договоре оказания юридических

услуг по подготовке правовой позиции по возможному судебному спору о взыскании долга может быть предусмотрено, что оплата услуг юриста не производится, если после подготовки им правового заключения должник погасит по тем или иным причинам, не связанным с усилиями юриста, долг добровольно, и потребность в судебном разбирательстве отпадет. Здесь нельзя говорить о трансформации отношений в дарение (так как какое-либо субъективно ценное экономическое благо заказчик в итоге не получает), а следовательно, такое условие договора должно признаваться законным даже в сугубо коммерческом договоре. Ничто не может мешать коммерсанту добровольно принять на себя риск того, что по тем или иным причинам его исполнение лишится какой-либо ценности для заказчика.

В равной степени собственник может согласовать с оценщиком, что услуги последнего не будут оплачены, если предмет оценки нельзя будет продать из-за его случайной гибели или отказа потенциального покупателя от заключения того договора купли-продажи, в рамках подготовки к заключению которого эта оценка и заказывалась. Здесь стороны просто перераспределили между собой риск выявления тщетности договора для одной из сторон.

В сугубо коммерческих договорах (особенно между сторонами с равными переговорными возможностями) такие условия вполне законны. Если стороны могут свободно перераспределять риски случайной гибели вещи, то почему им должно быть запрещено договариваться о перераспределении иных рисков (в том числе риска отпадения ценности полученного исполнения)? Отдельные злоупотребления, если таковые произойдут (как в случае с перераспределением риска случайной гибели, так и в описанной ситуации перераспределения риска выявления тщетности осуществленного предоставления), при явном разрыве переговорных возможностей сторон контракта (например, при отсутствии конкуренции на рынке) могут пресекаться через инструменты судебного *ex post* контроля свободы договора (ст. 428 ГК РФ).

8.2.5. Привязка размера и самого созревания долга к полученным доходам

Согласно договору размер и само наличие встречного предоставления могут быть привязаны к доходу одной из сторон, извлекаемому в результате использования полученного предоставления, или эффективности использования полученного надлежащего исполнения. Например, в договоре аренды размер арендной платы иногда определяется в виде процента от выручки, извлекаемой арендатором с арендованной торговой точки. В лицензионных договорах наиболее

распространенный механизм ценообразования – роялти в виде процента от дохода, получаемого лицензиатом от использования соответствующей интеллектуальной собственности. В ряде стран достаточно распространено привлечение долгового проектного финансирования под процент от дохода от реализации финансируемого проекта. Оплата актерского труда при съемках кинолент иногда полностью привязывается к доходу киностудии от проката данной ленты. В такого рода ситуациях стороны разделили между собой риски отсутствия у одной из сторон доходов от использования полученного от другой стороны предоставления, но создали основания для получения очень высокого уровня оплаты в случае извлечения большого дохода.

В подобных случаях, если должник недобросовестно препятствует наступлению условия (например, вопреки подразумеваемым обязанностям не прикладывает усилий к получению дохода), его долг в некоем объеме все-таки может созреть на основании применения п. 3 ст. 157 ГК РФ. Так, если лицензиат, который по условиям договора должен платить лицензиару роялти в виде части дохода от использования произведения литературы, публикует произведение в бесплатном электронном формате или вовсе уклоняется от его публикации, право может обвинить его в нарушении подразумеваемой обязанности стремиться извлечь доход и применить фикцию наступления условия. Но если условие не наступило (например, книга не была опубликована) по каким-то объективным причинам (например, комментарий к ГК РФ не был опубликован в связи с тем, что текст комментария неожиданно устарел из-за реформы гражданского законодательства), и применить здесь фикцию наступления условия по п. 3 ст. 157 ГК РФ нельзя, обязательство по уплате какого-либо лицензионного вознаграждения отпадает.

Правовая конструкция привязки встречного исполнения к доходу должника от полученного от контрагента предоставления в российской науке почти не разработана. В частности, может возникать вопрос о самой каузе такого договора. Не превращает ли наличие такого условия о распределении рисков и доходов договор синаллагматический (опосредующий экономический обмен) в договор, цель которого состоит, скорее, в осуществлении некой совместной деятельности? Этот вопрос заслуживает пристального внимания. Но не вызывает никаких сомнений то, что такие договоры а) встречаются нередко, б) должны допускаться в силу отсутствия каких-либо внятных политико-правовых оснований для ограничения конституционного принципа свободы договора и в) не являются договорами дарения, а следовательно, допустимы и в отношениях между коммерсантами.

8.2.6. Постановка под условие небольшой части встречного обязательства в виде премии

Нередко в двусторонних договорах под условие ставится не все встречное обязательство, а небольшая его часть (см., например, [Постановление Президиума ВАС РФ от 23 июля 2013 г. № 4030/13](#)).

Здесь возможны две модели оформления такой договоренности: отсрочка уплаты части цены с постановкой ее уплаты под отлагательное условие либо установление премии к согласованной цене при наступлении такого отлагательного условия.

Так, в договоре строительного субподряда, возлагающем на субподрядчика обязательство выполнить работы по обустройству фундамента, может быть предусмотрено, что цена работ субподрядчика составляет 1 млн руб., при этом 90% цены уплачивается после сдачи работ субподрядчиком, а 10% — при условии, что в течение двух лет после этого генподрядчику удастся завершить строительство всего дома и обеспечить введение его в эксплуатацию. Однако вместо этого стороны могут договориться о том, что цена работ 900 тыс. руб., но в случае если дом удастся достроить в течение двух лет, субподрядчику полагается премия в 100 тыс. руб.

Эти варианты в математическом плане идентичны. Не стоит ли учесть это различие в формулировках при толковании сделки и исполнении договора правилом о последствиях ненаступления условия в течение оговоренного ими (или разумного) срока, если стороны, конечно, прямо эти последствия не согласовали? Представляется как минимум достойным обсуждения следующее интерпретивное решение.

Если стороны поставили под условие выплату не премии, а части цены договора, логично при неясности волеизъявления опровержимо презюмировать, что стороны имели в виду, что рано или поздно указанная доплата должна произойти; соответственно, было бы логично выводить из этой подразумеваемой воли сторон идею о том, что по прошествии разумного срока долг должника по доплате оставшейся части цены созревает и подлежит погашению, даже если условие в течение разумного срока не наступило по независящим от должника обстоятельствам.

Если же стороны установили в договоре выплату на случай наступления соответствующего условия именно премии к согласованной цене, их подразумеваемая воля, скорее всего, исключала возможность созревания обязанности по уплате такой премии при ненаступлении условия в течение разумного срока, и имелось в виду отпадение обязанности по уплате премии. Опять же речь идет об интерпретивной опровержимой презумпции. Исключением будет являться только

случай, когда должник вопреки доброй совести уклонялся от исполнения обязанности стремиться к наступлению данного условия (если такая обязанность вытекает из содержания договора, его смысла или принципа добросовестности) или даже активно препятствовал его наступлению (п. 3 ст. 157 ГК РФ).

Впрочем, какой-либо ясности по данному вопросу в судебной практике нет.

9. Действие правового эффекта наступления условия во времени

В российском праве доминирует воззрение, что при наличии отлагательно или отменительно обусловленного права наступление условия по общему правилу не имеет ретроспективного эффекта, а действует строго на будущее. Иначе говоря, наступление отлагательного условия приводит к возникновению (созреванию) права с момента наступления такого условия, а наступление отменительного условия прекращает соответствующее ранее возникшее право также строго на будущее. Если от наступления условия зависит изменение прав и обязанностей, то срабатывание условного эффекта означает изменение правоотношений также строго на будущее.

Естественно, стороны могут оговорить ретроактивность, если это затрагивает только обязательственные правовые эффекты и не нарушает права третьих лиц.

В некоторых странах отменительное условие действует ретроактивно, но это решение носит крайне спорный характер и в российском праве не поддерживается.

10. Обязанности по охране условных прав

Условная сделка, ставящая обязательства или распорядительный эффект под отлагательное условие, может предусматривать обязательства одной или обеих сторон воздерживаться от совершения действий, которые могут привести к тому, что в случае наступления условия соответствующий распорядительный правовой эффект окажется не имеющим силы или обязательство окажется невозможным к исполнению. Например, если совершена сделка купли-продажи с отлагательным условием и у покупателя имеется право ожидания наступления такого условия и приобретения права на вещь и при этом данная сделка сопровождается обязательством собственника в период до наступления условия не отчуждать эту вещь третьим лицам, не уничтожать ее, содержать ее в том или ином состоянии и т.п., то нарушение такого обязательства может наделить несостоявшегося покупателя правом на отказ от договора еще до наступления условия и взыскания убытков.

Но если стороны не предусмотрели такие обязательства прямо, то в ряде случаев с учетом конкретных обстоятельств вполне возможно вывести их из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ). В качестве примера можно привести ст. 5.3.4 Принципов УНИДРУА, согласно которой «в ожидании выполнения условия сторона не может в нарушение обязанности добросовестности и честной деловой практики совершать такие действия, которые нанесут ущерб правам другой стороны в случае наступления условия».

11. Обязательство обеспечить наступление условия или прилагать разумные усилия для этого

При потестативном или смешанном характере условия договор может предусматривать обязательство одной из сторон обеспечить наступление данного условия или добросовестно стремиться и прилагать разумные усилия к тому, чтобы обеспечить его наступление. В ряде иных случаев такое обязательство может выводиться в качестве подразумеваемого из общего принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) или из толкования договора. Например, договор международной купли-продажи может обусловить обязательство покупателя по предоплате импортируемого товара получением покупателем тех или иных разрешительных документов на соответствующий товар. В соглашении может быть не предусмотрено прямо, но из всего смысла договора и обстоятельств дела может со всей очевидностью следовать, что продавец имеет право ожидать от покупателя совершения активных действий по оформлению таких документов.

В такого рода случаях можно говорить об «обязательственном условии» (*promissory condition*). Наступление условия исключает возникновение соответствующего условного правового эффекта, но если условие не наступило в связи с нарушением прямо согласованной или подразумеваемой в силу доброй совести обязанности содействовать наступлению условия, пострадавшая сторона в ряде случаев может рассчитывать на применение по своему заявлению фикции наступления условия по правилам п. 3 ст. 157 ГК РФ. Кроме того, возможно взыскание убытков со стороны, нарушившей такую обязанность.

В контексте случайного условия программа договорных отношений сторон по умолчанию восполняется запретом на недобросовестное содействие или препятствование наступлению условия. Но речь идет только о недобросовестности поведения, т.е. о таком поведении, которое будет нарушать подразумеваемую обязанность не вмешиваться в естественный ход событий, а такая обязанность не всегда восполняет договорные правоотношения. Например, если обязательство постав-

лено под условие принятия того или иного административного акта, а одна из сторон коррумпирует чиновников с тем, чтобы повлиять на принятие или непринятие такого акта, налицо нарушение подразумеваемой обязанности. Но если условием является причинение одной из сторон вреда третьим лицом, любые попытки соответствующей стороны избежать вреда добросовестны. При недобросовестном вторжении одной из сторон в естественный ход событий в нарушение подразумеваемой обязанности невмешательства возможно взыскание убытков. Кроме того, в ряде случаев потерпевшая сторона может заявить о применении фикции наступления или ненаступления условия по п. 3 ст. 157 ГК РФ, если срабатывание такой фикции соответствует ее интересам (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 157 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

12. Отказ от условия

В российском праве практически не разработан вопрос о возможности одной из сторон сделки отказаться от условия (*waiver of condition*), установленного в сделке исключительно в интересах этой стороны. Представляется, что такой отказ вполне возможен, если при этом права другой стороны ни в коей мере не ущемляются. В ряде случаев действительно толкование сделки не оставляет никаких сомнений в том, что соответствующее условие установлено исключительно в интересах одной из сторон. Например, в независимой гарантии могут быть установлены особые условия для удовлетворения требований бенефициара или отменительные условия, наступление которых влечет автоматическое прекращение гарантии. Представим, что гарант недвусмысленно выразил свою волю отказаться от своего права ссылаться на такие условия. Очевидно, что такой отказ вполне возможен и выгоден бенефициару, а поэтому должен связывать гаранта.

Другой пример: в договоре субподряда на выполнение части отделочных работ в строящемся здании выплата небольшой премии к цене поставлена под отлагательное условие окончания строительства здания в целом и сдачи его госкомиссии. Формально генподрядчик имеет право задержать выплату этой премии до наступления названного условия, но ничто не запрещает ему заявить об отказе от защитного эффекта такого отлагательного условия. В таком случае при предъявлении субподрядчиком иска генподрядчик, заявивший

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ранее такой отказ от условия, не может ссылаться на формальное ненаступление условия.

Данный вывод следует из применения правил п. 6 ст. 450.1 ГК РФ об отказе от договорных прав (в отношении условных односторонних сделок возможность применения этого правила о договорах следует из ст. 156 ГК РФ). Норма п. 6 ст. 450.1 ГК РФ говорит о возможности отказа от осуществления права коммерсантом, но данную норму следует толковать расширительно и распространять на любых участников оборота (см. подробнее комментарий к п. 6 ст. 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В принципе, в случае условия, включенного в сделку исключительно в целях охраны интереса должника, исполнение такого обязательства должником в ситуации ненаступления условия может рассматриваться как имплицитный отказ от условия, если очевидно, что должник действовал не в силу ошибки, а осознанно. Если кредитор принял исполнение, суд не может удовлетворить иск исполнившего обязательства должника о возврате исполненного. Основаниями для отказа в иске могут быть квалификация поведения должника и кредитора в качестве конклюдентно заключенного соглашения об исключении условия, доктрина отказа от осуществления права (п. 6 ст. 450.1 ГК РФ), а также в некоторых ситуациях принцип эстоппель, вытекающий из общего принципа добросовестности и запрета на злоупотребление правом. Но если установлено, что должник ошибся и осуществил исполнение, думая, что условие наступило, в то время как в реальности это было не так, отказа от условия мы не обнаруживаем, и кондикционный иск о возврате уплаченного в ряде ситуаций может быть удовлетворен. Однако многое зависит от того, как поведение должника воспринял или должен был воспринять кредитор, и были ли у него разумные основания понимать, что должник не ошибается, а просто решает отказаться от права задержать исполнение до наступления условия.

13. Отменительное условие и право на отказ от договора

Между включением в договор положения о праве одной из сторон отказаться от договора при наступлении тех или иных условий и закреплением в соглашении отменительного условия, влекущего автоматическое прекращение договора при возникновении обозначенного условия, есть принципиальное различие. Оно проявляется

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

в технике срабатывания правопрекращающего эффекта. В первом случае наступление согласованного условия влечет возникновение секундарного (преобразовательного) права на отказ от договора, которым соответствующая сторона вольна пользоваться или не пользоваться по своему усмотрению. Во втором же случае возникновение того же согласованного условия влечет автоматическое прекращение договора независимо от того, чего хотят или не хотят его стороны в момент наступления такого условия.

Вариант автоматического прекращения договора при неперечислении предоплаты в течение того или иного срока после заключения договора (или допущения просрочки по внесению очередных платежей) встречается достаточно часто. В судебной практике по этому вопросу сохраняется некоторая неопределенность. В Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 августа 2002 г. № 10254/01 такое отменительное условие было признано допустимым. В п. 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 28 ноября 2003 г. № 75 Суд не разграничил отменительное условие и право на отказ от договора, перетолковав включенное в договор отменительное условие в положение о праве на отказ от договора. Позднее ВАС РФ все-таки признал такую конструкцию и провел ее четкое отграничение от условия возникновения у стороны права на отказ от договора (Постановление Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2012 г. № 7454/12). Но в п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 27 июня 2013 г. № 20 Суд применительно к договорам добровольного страхования имущества граждан интерпретировал условие об автоматическом отказе как условие, дающее стороне право на отказ от договора, повторив старую позицию ВАС РФ. Безусловно, позиция ВАС РФ, отраженная в Постановлении Президиума от 13 ноября 2012 г. № 7454/12, является единственно правильной, а попытка подменить волю сторон на включение в договор отменительного условия, приписав им волю на согласование права на односторонний отказ от договора, грубо попирает принцип свободы договора (подробнее о таком отменительном условии и его отличии от условного права на отказ от договора см. комментарии к ст. 450 и 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Те же выводы применимы и к разграничению условия, наступление которого влечет автоматическое изменение содержания договора, и условия, наступление которого дает одной из сторон право на одностороннее изменение договора.

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

14. Момент наступления условия

Условие считается наступившим, когда произошло то или иное обстоятельство, которое обозначено как позитивное условие, или не произошло то или иное обстоятельство, обозначенное в сделке как негативное условие. Но здесь возникает один важный нюанс. В ряде случаев это обстоятельство носит такой характер, что о его наступлении все затронутые условным правовым эффектом стороны не могут узнать немедленно. На практике может иметься значительный разрыв во времени между формальным наступлением условия и моментом, когда об этом узнает одна из сторон или даже все стороны сделки.

Например, условием может быть принятие правительством региона нормативного или иного акта с конкретным содержанием. При этом между принятием такого акта и его опубликованием или доведением его содержания иным способом до соответствующей затронутой стороны может пройти определенный промежуток времени.

Сторонам при совершении сделок следует принимать это во внимание, и в подобных случаях, когда возможно скрытое наступление условия, стоит привязывать соответствующие условные правовые эффекты не к моменту формального наступления условия, а к моменту, когда об этом станет или может стать известным сторонам. Например, в качестве отлагательного условия для возникновения у стороны акционерного соглашения права на акцепт по опциону на выкуп акций у другой стороны выступает нарушение другой стороной положения о неконкурировании. Стороны могут договориться о том, что реализация такого права на выкуп акций возможна в течение строго оговоренного срока после наступления такого условия. Но более логичным в подобной ситуации будет привязывать этот срок не к моменту нарушения условия о неконкурировании, а к моменту, когда о таком нарушении стало известно или должно было стать известным потерпевшей стороне. Иначе срок может истечь ранее, чем потерпевшая сторона узнает о нарушении.

Игнорирование этого нюанса может создавать сложности. Например, встречаются лицензионные договоры, согласно условиям которых действие договора автоматически прекращается, если лицензиат нарушит ограничения на использование соответствующего предмета лицензии. Подобное отменительное условие вполне возможно (см. п. 13 комментария к настоящей статье), но ставит отношения сторон в несколько неопределенное положение. Лицензиат может считать нарушение несущественным и на этом основании продолжать исполнять договор. Кроме того, данные нарушения могут быть скрыты

от лицензиара, и тот тоже будет не в курсе срабатывания отменительного условия. Это может в ряде случаев (например, при возмездной лицензии) быть крайне неудобно и нелогично, дискоординировать поведение сторон и спровоцировать споры.

В связи с этим более удобным во многих случаях является использование такой техники: то или иное условие конструируется не как отлагательное или отменительное условие, запускающее автоматический обязательственный эффект (возникновение, изменение или прекращение обязательств), а как отлагательное условие для возникновения секундарного (преобразовательного) права обеих либо одной из сторон договора на одностороннее порождение, изменение или прекращение обязательства. Если на самом деле условие не наступило, то для осуществления соответствующего одностороннего волеизъявления не было оснований, и оно ничтожно. Но если условие наступило, то реальный правовой эффект будет опосредован волеизъявлением, и, соответственно, он не наступит ранее, чем о нем узнает другая сторона. Такой механизм позволяет лучше координировать поведение сторон на случай согласования в качестве условия обстоятельств, момент возникновения которых может быть скрыт от обеих или одной из сторон сделки.

Но если стороны при конструировании условной сделки не учли эти нюансы, то условие считается наступившим, а права и обязанности возникшими, измененными или прекращенными с момента фактического наступления соответствующего обстоятельства (независимо от того, имели ли стороны шанс узнать об этом факте).

15. Принцип строгого соответствия при определении факта наступления условия

По общему правилу условие считается наступившим, если имеющие место обстоятельства соответствуют тому описанию условия, которое определено в договоре. Но насколько точным и строгим должно быть соответствие между описанием условия в сделке и реальными обстоятельствами?

Здесь многое зависит от толкования сделки и существа конкретного условия. Если очевидно, что воля сторон направлена на фиксацию строго формального описания, то даже малейшее отклонение реальных жизненных обстоятельств от него будет означать, что условие не наступило. Например, если условием является превышение официального курса доллара того или иного значения, то даже самое незначительное превышение заданного курсового показателя будет означать наступление этого условия.

Но в некоторых случаях толкование сделки может натолкнуть на вывод об отсутствии необходимости обеспечения абсолютного соответствия, и какие-то объективно незначительные отклонения от описания условия могут быть проигнорированы. Например, если отлагательным условием для реструктуризации долга является погашение всех налоговых обязательств должника в течение определенного срока, на момент заключения соглашения стороны имели в виду вполне конкретную значительную задолженность должника перед бюджетом, а впоследствии она была действительно погашена, но у должника в преддверии истечения указанного в договоре срока возникла новая чисто техническая недоимка в размере нескольких десятков рублей, то неумолимое применение буквы договора может приводить к абсурдному результату. В такой ситуации суд может ввести в спорное условие исключение для случаев крайне незначительных несоответствий за счет применения принципа добросовестности (п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 ГК РФ).

При этом представляется, что общим правилом все-таки должен быть принцип строгого соответствия, а игнорирование несущественных отклонений может быть уместно только в ситуациях, когда нет никаких сомнений в том, что стороны имели его в виду *de facto* или непременно согласились бы на него, если бы задумались об этом вопросе при совершении сделки. Иначе говоря, отступление от принципа строгого соответствия возможно только в самых крайних случаях, когда следование ему приводит к очевидно абсурдному и нелогичному результату.

16. Другие вопросы

В рамках настоящего комментария мы оставляем за скобками ряд других вопросов, возникающих в сфере правового режима условных правоотношений: постановку под условие распорядительного эффекта договора, правовую природу отношений сторон в период ожидания срабатывания отлагательно обусловленного распорядительного эффекта, пределы свободы включения условий в односторонние сделки, подробный разбор механики срабатывания фикции наступления или ненаступления условия по п. 3 ст. 157 ГК РФ и некоторые другие (подробный разбор этой проблематики см. в комментарии к ст. 157 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Дополнительная литература

Агеев А.В. Потестативные условия в гражданском праве Франции // Вестник ВАС РФ. 2013. № 4. С. 37–52.

Агеев А.В. Проблемы регулирования потестативных условий // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 1. С. 84–106; № 2. С. 39–87.

Агеев А.В. Экономические причины заключения договоров с отлагательными условиями // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 159–192.

Валиев Р.Р. Имущественное положение сторон условно-отлагательного обязательства // Закон. 2020. № 7. С. 157–177.

Валиев Р.Р. Недоговорные проявления объектоспособности шансов и рисков из условно-отлагательных обязательств // Закон. 2020. № 8. С. 125–144.

Васнев В.В. Природа условного обязательства до разрешения отлагательного условия // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12. С. 23–58.

Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. I. Часть общая. СПб., 1911. С. 758–771.

Громов С.А. Спорные аспекты учения об условных сделках // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008. С. 255–297.

Гудков Д.В. Проблема квалификации отношений сторон до разрешения отлагательного условия // Вестник гражданского права. 2015. Т. 15. № 3. С. 7–56.

Карнаков Я.В. Некоторые вопросы условных сделок // Закон. 2008. № 11. С. 156–178.

Крашенинников Е.А. Правовое положение сторон отлагательно обусловленной сделки во время состояния подвешенности // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 12. Ярославль, 2005. С. 5–18.

Крашенинников Е.А. Разрешение условия // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 11. Ярославль, 2004. С. 28–36.

Крашенинников Е.А. Условие в сделке: понятие, виды, допустимость // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 8. Ярославль, 2001. С. 3–18.

Кузнецова Л.В. Сделки, совершенные под условием // Сделки: проблемы теории и практики: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2008. С. 198–238.

Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции: В 3 т. / Пер. с фр. Е.А. Флейшиц. Т. 2. М., 1960. С. 613–621.

Нам К.В. Комментарий к #Глоссе. Условные сделки. Немецкий подход // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 11. С. 75–108.

Останина Е.А. Зависимость правовых последствий сделки от отлагательного и отменительного условий. М., 2010.

Пляниоль М. Курс французского гражданского права. Ч. I: Теория об обязательствах / Пер. с фр. В.Ю. Гартмана. Петроков, 1911. С. 93–96.

Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к ст. 153–208 ГК РФ [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. Пт. 2. М., 1949. С. 281–305.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1931–1960.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Chr. von Bar, E. Clive. München, 2009. P. 690–698.

Zimmermann R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1992. P. 716–735.

Статья 328. Встречное исполнение обязательства

1. Встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств.

2. В случае непредоставления обязанной стороной предусмотренного договором исполнения обязательства либо при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков.

Если предусмотренное договором исполнение обязательства произведено не в полном объеме, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения в части, соответствующей непредоставленному исполнению.

3. Ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне.

4. Правила, предусмотренные пунктами 2 и 3 настоящей статьи, применяются, если законом или договором не предусмотрено иное.

Комментарий

1. Встречное исполнение

Пункт 1 ст. 328 ГК РФ дает определение встречного исполнения обязательств — понятия, оказывающегося центральным для некоторых из норм, закрепленных в комментируемой статье, и некоторых иных институтов обязательственного права.

Как же ГК РФ определяет встречность исполнения? Согласно п. 1 ст. 328 ГК РФ встречным признается исполнение должника, *которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств*. Иначе говоря, речь идет о лежащих на сторонах двух взаимных обязательствах, находящихся в определенной связи, которая позволяет говорить об их взаимной обусловленности (взаимообусловленные обязательства). Это означает, что встречными по смыслу ст. 328 ГК РФ являются далеко не любые взаимные обязательства сторон, а только те из них, которые *взаимно обусловлены*. В этом проявляется отличие понятия встречности в контексте данной статьи от того же понятия в контексте норм о зачете (ст. 410—412 ГК РФ): для целей зачета однородные требования считаются встречными потому, что они связывают стороны между собой (какой-то взаимосвязи между двумя встречными прекращаемыми зачетом обязательствами не требуется); в контексте же ст. 328 ГК РФ понятие встречности используется в более узком смысле и требует нахождения элемента взаимной обусловленности обязательств.

Какое значение имеет вопрос о том, являются ли обязательства сторон встречными по смыслу ст. 328 ГК РФ?

Нередко отмечается, что при недействительности сделки в части обязательства одной из сторон с точки зрения критериев, закрепленных в ст. 180 ГК РФ, по умолчанию подразумевается недействительность сделки в целом, включая ту часть, которая устанавливает обязательство встречное. Если обязательства носят встречный, взаимообусловленный характер, ничтожность одного влечет ничтожность и другого, так как одно существует в жесткой связке с другим. Здесь принято говорить о *генетическом аспекте встречности* (*генетический аспект синаллагмы*). Впрочем, тот же аспект легко объясним логикой применения ст. 180 ГК РФ. Так что значимость этого аспекта встречности не очень высокая.

Куда большее значение имеют иные аспекты.

Во-первых, в силу п. 3 ст. 328 ГК РФ при наличии ряда вариантов взаимной обусловленности обязательств их исполнение по общему правилу должно осуществляться одновременно, и никто из сторон не обязан принимать на себя бремя совершения первого шага и кре-

дитный риск, если только строгая последовательность встречных предоставлений не следует из программы обязательств. Каждая из сторон может выдвинуть возражение, дающее ей возможность задержать исполнение до момента, пока другая сторона не решилась осуществить свое встречное исполнение первой или хотя бы не предложила его принять. Если никто из сторон на это не решится, но одна из сторон заявит иск о присуждении к исполнению, согласно российской судебной практике, суд должен вынести решение о двустороннем присуждении каждой из сторон к осуществлению предоставлений, оговорив в резолютивной части порядок исполнения решения каждой из сторон. В зарубежном праве более традиционен иной вариант выхода из такого тупика – присуждение в пользу истца с возможностью принудительного исполнения только при условии того, что истец сам исполнит свое встречное обязательство или хотя бы предложит принять исполнение по нему на стадии исполнительного производства (присуждение *Zug-um-Zug*). Этот аспект проявляется не только в контексте синаллагматических договоров, но также и в ряде иных ситуаций, когда налицо взаимообусловленные обязательства, но четкая последовательность предоставлений не вытекает из программы обязательств. Здесь принято говорить о *функциональном аспекте встречности* (функциональном аспекте синаллагмы) (подробнее см. п. 3 комментария к настоящей статье).

Во-вторых, из встречности обязательств вытекают своеобразные средства защиты прав кредитора. Пункт 2 ст. 328 ГК РФ дает кредитору право приостановить свое встречное исполнение в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения другой стороной своего обязательства, которое должно было быть исполнено ранее. Здесь проявляет себя *реактивно-защитный аспект встречности*. В источниках этот аспект часто относят к проявлениям функционального аспекта синаллагмы, но кажется логичным все-таки терминологически разделить вопрос об одностороннем порядке взаимного обмена от реализации средств защиты на случай нарушения договора (подробнее см. п. 2.2 комментария к настоящей статье).

В-третьих, в случае возникновения обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что другая сторона в будущем допустит существенное нарушение своего обязательства, сторона, обязанная осуществить встречное исполнение первой по очереди, вправе приостановить свое исполнение (*превентивно-защитный аспект встречности*) (подробнее см. п. 2.3 комментария к настоящей статье).

Наконец, в-четвертых, по общему правилу, если обязательство стороны прекращается невозможностью исполнения, то эта сторона

лишается права требовать от другой стороны встречного исполнения, так как встречное обязательство также прекращается. Если же встречное исполнение было ранее осуществлено, по общему правилу оно должно быть возвращено. Здесь принято говорить об *условном аспекте встречности* (условном аспекте синаллагмы) (подробнее см. п. 2.6 комментария к настоящей статье и комментарий к ст. 416 ГК РФ).

Во многих случаях обязательства, являющиеся взаимообусловленными, связаны между собой во всех четырех вышеуказанных аспектах. Но могут быть ситуации, когда связка взаимных обязательств сторон характеризуется лишь некоторыми из таких аспектов встречности.

Взаимообусловленность чаще всего характеризует два взаимных обязательства, опосредующих основные договорные предоставления по синаллагматическому договору. Но сфера применения ст. 328 ГК РФ и понятия встречности, взаимообусловленности обязательств намного шире. Как будет далее показано, некоторые из вышеуказанных аспектов встречности могут проявлять себя и в отношении а) взаимных обязательств по синаллагматическому договору, которые не находятся в прямой синаллагматической связи (например, некоего дополнительного обязательства одной из сторон и основного обязательства другой); б) некоторых сочетаний взаимных обязательств сторон несиналлагматических договоров; в) в ряде случаев обязательств, вытекающих из разных, но взаимосвязанных договоров (причем иногда даже не совпадающих по субъектному составу); г) некоторых взаимных обязательств внедоговорной природы (например, взаимная реституция при недействительности или взаимный возврат полученного при расторжении). Иначе говоря, ст. 328 ГК РФ касается не столько синаллагматических договоров, вопреки тому, что иногда утверждается, сколько взаимных обязательств сторон, взаимосвязанных таким образом, что судьба одного обязательства в том или ином из указанных выше аспектов взаимосвязана с судьбой другого.

Когда же можно говорить о взаимной обусловленности обязательств сторон договора, т.е. о встречности исполнения?

1.1. Взаимообусловленность

В 90-е годы XX в. встречались решения судов, которые не признавали встречность исполнения и, в частности, применимость правил п. 2 ст. 328 ГК РФ о приостановлении исполнения (реактивно-защитный аспект встречности) даже в тех случаях, когда обязательства вытекали из одного договора и в договоре было прямо предусмотрено, что одна сторона исполняет свое обязательство после осуществления исполнения другой стороной. Суды в таких случаях, видимо, считали, что необходимо прямое указание в договоре на встречность исполняемого

вторым по очереди обязательства (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16 декабря 1997 г. № 4897/97). При таком подходе, даже если в договоре написано, что покупатель уплачивает предоплату, и только потом поставщик поставяет товар, обязательства сторон не признаются встречными, так как на встречность прямо не указано в договоре. Эта интерпретация нелепа.

Также ранее иногда встречалось и такое толкование п. 1 ст. 328 ГК РФ, согласно которому встречным исполнением является исполнение договора той стороной, которая должна осуществить исполнение второй по очереди строго при условии и после получения исполнения от контрагента: при этом наличия в договоре ссылки на встречность не требуется, но необходимо, чтобы в договоре была предусмотрена четкая последовательность предоставлений. В рамках такой интерпретации в описанном выше примере обязательство поставщика поставить товар после внесения предоплаты будет встречным, так как в договоре исполнение этого обязательства привязано к предварительному получению оплаты, но, если стороны договорились исполнять взаимные обязательства одновременно, либо сроки исполнения взаимных обязательств обозначены календарными датами, о встречности говорить не приходится. Также в рамках такого подхода исполнение покупателем своего обязательства по внесению предоплаты не будет считаться встречным по отношению к обязательству поставщика позднее поставить товар. Данная интерпретация также в корне неверна.

Эти ошибочные подходы выводились из толкования прежней редакции п. 1 ст. 328 ГК РФ, согласно которой встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое *в соответствии с договором* обусловлено исполнением своих обязательств другой стороной. Многие ученые и суды считали, что фраза «в соответствии с договором» означает, что встречность понимается как прямая обусловленность последующего исполнения предварительным получением предшествующего исполнения, и этот аспект динамики реализации взаимных обязательств должен быть так или иначе прямо зафиксирован в контракте.

Независимо от того, закладывалось ли такое оригинальное понимание встречности в текст исходной редакции ст. 328 ГК РФ ее разработчиками в начале 1990-х гг., эти подходы нелогичны. Они противоречат всей традиции континентально-европейского права и приводят к неоправданному с политико-правовой точки зрения ограничению сферы применения правил ст. 328 ГК РФ.

На самом деле в двусторонних sinalлагматических договорах исполнение каждой из сторон своего основного обязательства обуслов-

лено осуществлением встречного предоставления контрагентом, имеет в качестве своей цели (каузы) получение такого встречного предоставления. Предоплата уплачивается с условием и только потому, что в обмен последует поставка, а товар, отгружаемый с отсрочкой платежа, поставляется с условием и только потому, что в обмен другой стороной позднее будет осуществлена оплата. Та же встречность в смысле взаимообусловленности налицо и в тех ситуациях, когда согласно программе договорных правоотношений обмен встречными предоставлениями должен быть одновременным.

Итак, в синаллагматическом договоре целью основного договорного предоставления, осуществляемого одной из сторон, является получение в обмен предоставления от другой стороны: *do ut des* («даю, чтобы ты дал»). Эта обменная связь достаточна для того, чтобы к таким взаимным обязательствам применялись все вышеуказанные аспекты встречности (генетический, функциональный, реактивно- и превентивно-защитный и условный), если только какие-то исключения не предопределены спецификой конкретного договора и применением принципа доброй совести. Встречность взаимных исполнений означает особую сущностную связь двух обязательств, а отнюдь не увязку созревания одного из обязательств с предварительным исполнением другого. В этом плане в синаллагматическом договоре, опосредующем встречные предоставления, исполнение основных обязательств каждой из сторон является по определению встречным по отношению друг к другу. Обязательство покупателя внести оплату будет встречным по отношению к обязательству поставщика поставить товар независимо от того, должен ли был покупатель вносить предоплату, платить с отсрочкой платежа или уплачивать цену одновременно с передачей вещи.

Этот подход принят в рамках права континентально-европейских стран и прямо закреплен в п. 4 ст. III.—1:102 Модельных правил европейского частного права, согласно которому обязательство одной из сторон является взаимообусловленным (*reciprocal*) по отношению к обязательству другой стороны, если среди прочего «обязанность должна быть исполнена в обмен на исполнение другой обязанности». Как мы видим, никакой жесткой привязки к последовательности взаимного обмена нет. То же и во французском или немецком праве.

Со временем в российской судебной практике соответствующее здравому смыслу прочтение ст. 328 ГК РФ стало пробивать себе дорогу. На то, что в двусторонних синаллагматических договорах оба взаимных исполнения являются встречными, в своей судебной практике ВАС РФ стал обращать внимание уже в 2000-е гг. (см., например: п. 10 Инфор-

мационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66; постановления Президиума ВАС РФ от 9 апреля 2013 г. № 13689/12, от 25 декабря 2012 г. № 9924/11).

В целях окончательного закрепления этой правильной точки зрения в новой редакции п. 1 ст. 328 ГК РФ, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., фразу «в соответствии с договором» из данной нормы изъяли. Наличие в договоре прямого указания на четкую последовательность обмена значения не имеет. Впрочем, само придание столь странного значения этой фразе в тексте данной нормы – пример заблуждения, никакой необходимости толковать ее таким образом не было и до реформы. Но устранение этой фразы из текста закона должно было, по задумке разработчиков поправок, послать судам ясный сигнал об отходе от заблуждений 1990-х гг. Кроме того, исключение данной фразы облегчает обоснование применения ряда аспектов встречности в отношении внедоговорных обязательств.

Этот подход нашел поддержку и в практике ВС РФ. В п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 на сей счет указано следующее: «Встречным признается исполнение обязательства одной из сторон, которое обусловлено исполнением другой стороной своих обязательств, *вне зависимости от того, предусмотрели ли стороны очередность исполнения своих обязанностей* (пункт 1 статьи 328 ГК РФ). Например, по общему правилу в договоре купли-продажи обязанность продавца передать товар в собственность покупателя и обязанность последнего оплатить товар являются встречными по отношению друг к другу» (курсив наш. – А.К.) (см. также определения СКЭС ВС РФ от 21 января 2021 г. № 305-ЭС20-18605, от 27 августа 2019 г. № 305-ЭС19-4324 и мн. др.)¹

Такое толкование просто не имеет адекватных альтернатив, ибо при ином подходе сторона, обязанная осуществить свое предоставление первой по очереди в случае возникновения обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что контрагент не осуществит свое идущее в обмен предоставление в последующем, абсолютно необоснованно лишается права приостановить свое исполнение или отказаться

¹ Хотя иногда в практике СКГД ВС РФ встречаются всполохи прежнего подхода, отвергнутого Пленумом ВС РФ. Так, в Определении СКГД ВС РФ от 10 апреля 2018 г. № 71-КГ18-3 удивленный читатель может увидеть следующий, абсолютно неуместный и не нужный для обоснования итогового решения пассаж: «Поскольку встречным признается исполнение обязательства одной из сторон (последующего предоставления), которое в соответствии с договором обусловлено надлежащим исполнением своих обязательств другой стороной (первоначального исполнения), юридически значимыми являются обстоятельства того, какой из сторон должно быть осуществлено первоначальное, а какой последующее исполнение».

от договора. Норма п. 2 ст. 328 ГК РФ дает право на приостановление стороне, которая должна осуществить встречное исполнение. В этих условиях если считать, что предшествующее исполнение по sinalлагматическому договору якобы не является встречным, то право покупателя приостановить внесение предоплаты в ответ на возникновение обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что продавец не передаст вещь в будущем, теряет нормативную основу, и, более того, само упоминание такого права в данной норме во многом лишается смысла. Отключать превентивно-защитный аспект встречности в такой ситуации нет никаких оснований. Кроме того, подобное узкое понимание встречного исполнения как исполнения, которое должно обязательно осуществляться вторым по очереди, закрывает доступ к предусмотренному в п. 3 ст. 328 ГК РФ и общепризнанному в континентально-европейской доктрине механизму взаимного приостановления исполнения как единственному мыслимому выходу из тупика, образующегося при отсутствии в договоре указания на очередность обмена. Наконец, в рамках узкого понимания становится невозможным применение доктрины встречности к взаимобусловленным обязательствам, вытекающим из разных, но взаимосвязанных договоров, а также к реституционным и к некоторым другим тесно взаимосвязанным внедоговорным обязательствам, что, как будет далее показано, на практике крайне востребовано.

С учетом этого поворот судебной практики к широкому пониманию встречности был неизбежен и абсолютно оправдан.

Впрочем, следует признать, что в Особенной части ГК РФ остались рудименты прежнего странного подхода. Речь идет о ст. 569 ГК РФ, в которой указывается, что к договору мены ст. 328 ГК РФ применяется в случае, когда сроки передачи обмениваемых товаров не совпадают. Данная формулировка, принятая еще в 1995 г., отражает прежнюю, в итоге отвергнутую, концепцию встречности. В п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69 Суд подтверждал буквальное толкование данной нормы и на этой основе приходил к абсурдному выводу о том, что если одна сторона договора мены передала лишь часть положенного, то, несмотря на неопределенность в отношении передачи остального, другая сторона не может приостановить исполнение своего обязательства по смыслу ст. 328 ГК РФ, так как стороны согласно договору должны были совершить обмен одновременно. В современных реалиях и с учетом нового толкования понятия встречности по смыслу ст. 328 ГК РФ этот подход кажется устаревшим. В связи с этим было бы разумным изменить текст ст. 569 ГК РФ, а до этого толковать норму *contra legem* как не исключющую

признание встречными исполнения сторон, обязанных к одновременному обмену из рук в руки, а также исполнения той стороны, которая должна была передать вещь первой по очереди.

Итак, очередность взаимных предоставлений не является значимым критерием выделения встречного исполнения. Но если так, и при этом мы не считаем, что любые взаимные обязательства сторон опосредуют встречные исполнения по смыслу ст. 328 ГК РФ, то каковы же признаки взаимообусловленности обязательств? Должны быть определены не формальные, а качественные критерии выделения встречной обусловленности.

Когда же налицо взаимная обусловленность обязательств?

Речь должна идти о том, что взаимные предоставления, которые (по единому договору, в рамках серии взаимосвязанных договоров или в ряде случаев в силу внедоговорных оснований) осуществляют по отношению друг к другу стороны, между собой взаимосвязаны таким образом, что требование осуществления одного предоставления в условиях, когда не осуществлено или не будет осуществлено другое, представляется несправедливым и неприемлемым. Если реализация одного обязательства немыслима в отрыве от судьбы другого обязательства, впору говорить о взаимной обусловленности исполнений. Речь идет об общности правовой судьбы таких обязательств.

1.2. Взаимообусловленность обязательств из sinalлагматического договора

Как было выше показано, общепризнанно, что взаимообусловленность обязательств, о которой говорит п. 1 ст. 328 ГК РФ, прежде всего касается обязательств сторон, опосредующих осуществление основных договорных предоставлений в рамках структурирования экономического обмена по sinalлагматическому договору.

Но какие договоры являются sinalлагматическими?

1.2.1. Понятие sinalлагматического договора

Контурсы реципированного из греческого языка понятия «синаллагма» в римском праве вызывают споры. В современном континентально-европейском праве понятие sinalлагматического договора также не столь очевидно. Распространенное современное представление связывает понятие sinalлагматического договора с обменом встречными предоставлениями.

Но далее мы сталкиваемся с первой ключевой развилкой. Есть два основных подхода к отделению sinalлагматического договора от иных договоров.

Первое состоит в том, что sinalлагматический договор — это договор, возлагающий на обе его стороны обязательства, осуществление ко-

торых структурирует взаимный обмен встречными предоставлениями, доставляющими каждой из сторон за счет другой то или иное экономическое (в широком смысле этого слова) благо и удовлетворяющими соответствующую потребность кредитора за счет должника. Причем неважно, осуществляются ли взаимные предоставления непосредственно контрагенту или указанному им третьему лицу. В рамках этой интерпретации синаллагматический договор оказывается разновидностью возмездного, отличающейся тем, что встречные предоставления осуществляются путем формирования и последующего исполнения взаимных обязательств, и поэтому мыслимы возмездные договоры, не являющиеся синаллагматическими.

Второе понимание синаллагматического договора расширяет понятие синаллагмы до границ понятия возмездного договора. В этом случае синаллагма – это экономический обмен или договор, опосредующий такой обмен. Отнюдь необязательно, чтобы данный обмен структурировался за счет порождения и последующего исполнения обязательств, опосредующих встречные предоставления, достаточно того, что договор создает правовое основание для осуществления встречных предоставлений. Согласно п. 1 ст. 423 ГК РФ «договор, по которому сторона должна получить плату или иное встречное предоставление за исполнение своих обязанностей, является возмездным». В рамках такой интерпретации понятия синаллагматического и возмездного договора становятся *de facto* синонимичными.

В ряде ситуаций обе концепции не приводят к разным квалификациям. Например, договоры купли-продажи, мены, подряда, возмездного оказания услуг, перевозки, агентирования, возмездные варианты комиссии, поручения или доверительного управления являются и синаллагматическими, и возмездными, так как порождают взаимные обязательства, исполнение которых приводит к осуществлению экономического обмена.

То же, видимо, касается и консенсуального договора процентного займа. Структура экономического обмена в случае с процентным займом (кредитом) несколько нестандартна, так как взаимные предоставления однородны, но это не мешает такому договору быть однозначно возмездным и синаллагматическим. Более значительный объем обязательств заемщика (возврат тела долга и уплата процентов) определяется тем, что заемщик получает на некоторое время экономическое благо в виде возможности пользоваться денежными средствами или иными объектами заемного предоставления, а займодавец, предоставивший заем, несет «альтернативные издержки» в виде упущенной возможности получить доход или иную пользу от альтернативного использования

соответствующего имущества и, кроме того, ценность денег во времени в условиях инфляции падает. Процент выступает в качестве встречного предоставления за получение займа. Думается, здесь можно говорить о синаллагматической природе договора.

При этом однозначно не относятся к синаллагматическим договорам те, которые носят бесспорно безвозмездный характер, т.е. договоры, в рамках которых одно лицо осуществляет некое предоставление контрагенту, не получая встречное предоставление взамен (дарение, ссуда, беспроцентный заем, безвозмездное хранение, безвозмездное поручение и т.п.). Тот факт, что в рамках некоторых из таких договоров обязательства возникают у обеих сторон (например, обязательство ссудодателя передать вещь во владение и обязательство ссудополучателя бережно с ней обращаться и вернуть по истечении срока ссуды), не означает, что такие обязательства направлены на осуществление встречных предоставлений, обмен. Следовательно, говорить здесь о возмездности и (или) синаллагме не приходится. Не делает такие договоры синаллагматическими и то, что при определенных условиях одна из сторон, которая получает предоставление, должна осуществить ту или иную выплату. Если такая выплата направлена лишь на возмещение издержек (например, возмещение расходов поверенного, понесенных в связи с выполнением поручения), а не на встречное удовлетворение той или иной потребности контрагента, речь не идет о синаллагме.

1.2.2. Сложные случаи

Выше приводились примеры, когда договор носит бесспорно возмездный характер и одновременно синаллагматичен или, наоборот, бесспорно безвозмезден и столь же однозначно не носит синаллагматическую природу. Но в ряде случаев вопрос разграничения возмездных и синаллагматических договоров может встать острее. Речь идет о договорах, которые структурируют экономический обмен (обмен встречными предоставлениями), поэтому являются возмездными, но не соответствуют архетипу соглашения, устанавливающего взаимные обязательства осуществить предоставления, исполнение которых и приводит к реализации экономического обмена. Именно эти случаи требуют от нас определиться с целесообразностью разграничения синаллагматических и возмездных договоров или отсутствием таковой.

Во-первых, нередко заключаются возмездные договоры, в рамках которых предоставление одной из сторон состоит в чистом распорядительном волеизъявлении, совершаемом в момент заключения договора (например, возмездное соглашение об уступке права требования с немедленным распорядительным эффектом или договор

купли-продажи вещи, которая уже находится у покупателя). Здесь в момент заключения договора одна сторона осуществляет распорядительное волеизъявление, к которому она ранее не обязывалась, и после этого возникает обязательство другой стороны осуществить полноценное обязательственное предоставление. Возмездность налицо, так как имеется обмен встречными предоставлениями, но одно из них осуществляется не посредством формирования обязательственной связи и последующего исполнения обязательства. Впрочем, часто предлагается фингировать возникновение у стороны, осуществляющей распорядительное волеизъявление, обязательства, исполняемого через логическую секунду. Если идти по этому пути, то оснований сомневаться в синаллагматичности такого бесспорно возмездного договора не будет.

Во-вторых, речь может идти о реальных возмездных договорах, в рамках которых предоставление одной из сторон осуществляется не путем исполнения некоего ранее возникшего обязательства, а выступает в качестве элемента фактического состава договора как сделки (например, реальный договор процентного займа). В таких случаях вышеописанный прием с фингированием на логическую секунду обязательства несколько более спорный, но также исключаться не может. Если эту фикцию не использовать, интересующий нас вопрос стоит ребром: возмездность налицо, но договор не носит двусторонне-обязывающий характер. Можно ли назвать его синаллагматическим?

В-третьих, в ряде случаев предоставление, которое по возмездному договору осуществляет одна из сторон, по своему существу состоит в наделении контрагента производным абсолютным правом, в то время как другая сторона за это обязана платить. Например, в контексте платного договорного сервитута налицо возмездность отношений: согласованная сторонами или установленная судом плата за сервитут вносится в обмен на предоставление ограниченного вещного права на использование служащего участка. Предоставление ограниченного вещного права сопровождается негативным обязательством собственника такого участка не препятствовать использованию, а в некоторых ограниченных случаях и позитивным обязательством (например, очищать дорогу через свой участок зимой), но, как представляется, эти обязательства входят в состав «обязательственного эскорта» основного договорного предоставления собственника, а само основное предоставление состоит именно в наделении соседа правом легально пользоваться своим участком. То же касается и возмездного договора о предоставлении лицензии или права на использование имени: по сути, предоставление лицензиара (носителя имени) сво-

дится не к установлению и исполнению какого-то обязательства, а к наделению контрагента производным абсолютным правом использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности, средства индивидуализации или имени. В таких случаях мыслимы ситуации, когда «обязательственный эскорт» основного предоставления обладателя соответствующего первичного абсолютного права будет минимален или вовсе не очевиден (например, предоставление права использования товарного знака или права на имя), и сама суть сделки состоит во внесении платежей за предоставление, содержание которого с трудом вписывается в стандартную модель обязательства с неким поведенческим содержанием и его исполнения. Все эти договоры однозначно возмездны, но увидим ли мы тут синаллагматическую конструкцию?

В-четвертых, иногда встречным предоставлением одной из сторон является наделение контрагента вторичным (преобразовательным) правом. Например, такая ситуация налицо в случае заключения возмездного опциона (ст. 429.2 ГК РФ): плата вносится за предоставление вторичного права на акцепт оферты. Это значит, что предоставление одной из сторон состоит не в принятии на себя и последующем исполнении обязательства, а в предоставлении контрагенту вторичного права.

В-пятых, одна из сторон может уговорить другую сторону согласиться на добровольное расторжение или изменение договора в обмен на некую плату. Возмездность налицо. Но здесь денежное обязательство устанавливается в обмен на совершенное сделочное волеизъявление, направленное на прекращение договора, а не в обмен на некое иное обязательство.

Примеры подобных безусловно возмездных сделок, опосредующих встречные предоставления, но (если не прибегать к фикциям) не за счет *создания и исполнения* взаимных обязательств, можно продолжать. Это и соглашение об уступке залогового старшинства в обмен на ту или иную компенсацию, и соглашение о прощении долга в обмен на прощение некоего иного неоднородного долга, и соглашение об отказе от некоего права в обмен на ту или иную плату, и соглашение о согласии на использование своего изображения в обмен на денежную компенсацию, и десятки других подобных случаев. Современная экономика порождает все новые и новые варианты кооперации людей, основанные на согласии вступить во взаимовыгодный обмен теми или иными предоставлениями, когда каждая из сторон получает выгоду за счет «жертвы», которую приносит другая сторона, но которые не всегда легко втиснуть в прокрустово ложе стандартной модели

договора, опосредующего возникновение взаимных обязательств и их последующее исполнение.

Все вышеуказанные сделки однозначно возмездны, но вопрос о том, являются ли они синаллагматическими, зависит от того, как мы понимаем само понятие синаллагматического договора: как синоним возмездного договора или как особую категорию возмездного договора, в рамках которой встречные предоставления осуществляются за счет порождения и исполнения взаимных обязательств.

1.2.3. Всегда ли очевидна возмездность?

Ситуация усложняется в связи с тем, что далеко не всегда можно уверенно отличить возмездные сделки от безвозмездных. И иногда кауза договора приобретает такую причудливую природу, что мы начинаем испытывать сомнения при квалификации договора в качестве возмездного.

Например, договор, который структурирует одностороннее экономическое предоставление, основанное на мотивах милосердия, щедрости, благорасположения, дружбы и любви, не является возмездным и синаллагматическим. Но могут быть случаи, когда цель стороны, осуществляющей одностороннее экономическое предоставление, далека от альтруизма (например, прощение пеней в обмен на добровольное досудебное погашение беспорного долга, безвозмездное отчуждение недвижимости головной компанией своему дочернему обществу и т.п.). В таких случаях сторона, осуществляющая предоставление, действует не просто в своем эгоистическом интересе (что может, в конце концов, охарактеризовать и некоторые обычные дарственные предоставления), а в результате своего предоставления непосредственно получает экономическое благо (например, при передаче недвижимости на баланс дочернего общества растет величина чистых активов последнего, от чего выигрывает и головная компания как держатель акций дочернего общества; при прощении санкций под условием досудебного погашения беспорного долга кредитор избегает несения издержек на взыскание основного долга). Но в таких случаях этот выигрыш опосредуется не некоей жертвой со стороны контрагента, не путем осуществления им встречного предоставления и происходит *не за его счет*. Рост чистых активов дочернего общества при передаче ему на баланс головной компанией на безвозмездной основе недвижимости не может рассматриваться как предоставление, исходящее от дочернего общества. То, что должник решил погасить беспорный долг в досудебном порядке, также вряд ли можно рассматривать как легитимное предоставление; должник лишь делает то, к чему он и так обязан. Как представляется, в описанных ситуациях о возмездности говорить нельзя. И если так,

то тем более нет оснований говорить о синаллагматичности договора. Проблема в том, что на практике и в таких ситуациях иногда говорят о возмездности, что не соответствует определению возмездности, закрепленному в ст. 423 ГК РФ.

Другой пример: сложная ситуация возникает в отношении таких алеаторных сделок, как деривативы (производные финансовые инструменты) или обычная игра (пари), включая договоры с тотализатором или участие в лотерее. Вопрос о том, являются ли такие договоры возмездными (т.е. направленными на осуществление встречных предоставлений), спорен. Иногда предлагается считать, что такие алеаторные договоры являются разновидностью возмездных и противопоставляются той категории возмездных договоров, которые носят меновый характер. Иначе говоря, предлагается все возмездные договора разделять на меновые и алеаторные, а синаллагматическими признавать только меновые. Но этот вопрос классификации не относится к категории тех, по которым имеется консенсус.

Возьмем для примера такой дериватив, как своп-договор, конструкция которого обозначена в п. 5 указания Банка России от 16 февраля 2015 г. № 3565-У «О видах производных финансовых инструментов». Так, в рамках валютного своп-договора стороны договариваются о том, что одна из двух сторон в будущем в означенную дату обязана перечислить другой разницу между рублевым эквивалентом некой абстрактной суммы в иностранной валюте по текущему рыночному курсу и рублевым эквивалентом той же суммы, определяемым по фиксированному в договоре курсу; при этом то, какая из сторон выплачивает эту разницу, зависит от того, будет ли реальный курс меньше или больше фиксированного. При заключении договора неизвестно, какова будет курсовая динамика, и, соответственно, какая из сторон в итоге будет вынуждена осуществлять такой платеж (т.е. мы имеем легализованное и подлежащее судебной защите по правилам ст. 1064 ГК РФ пари, сделку на разницу). Возмезден ли такой договор? Это вопрос дискуссионный. В любом случае синаллагматическим его очень сложно назвать.

Другой пример дериватива: одна сторона получает от контрагента фиксированный платеж, который она вправе оставить себе, если в течение определенного срока курс иностранной валюты не вырастет выше определенного уровня, но если этот барьер будет преодолен и на оговоренную в договоре дату курс окажется выше, первая сторона должна будет выплатить контрагенту разницу между рублевым эквивалентом некой абстрактной суммы в валюте, определенным по фиксированному в договоре курсу этой валюты, и рублевым эквивалентом той же

валютной суммы, определяемым по рыночному курсу, который сложится на эту дату, сколь бы драматична ни была эта разница. Является ли такой договор возмездным и синаллагматическим?

Или возьмем соглашение пользователя социальной сети и оператора такой сети. Суть сделки в том, что пользователь бесплатно пользуется соответствующей сетью, а сеть зарабатывает на том, что собирает его персональные данные и предоставляет их третьим лицам в обезличенном виде (в составе *Big Data*), а также вынуждает пользователя смотреть таргетированную рекламу. Что это за модель договора? Является ли он в принципе возмездным и можно ли «претерпевание просмотра рекламы» и предоставление своих персональных данных для обработки в целях дальнейшей их коммерциализации оператором в обезличенном виде рассматривать в качестве встречного предоставления в обмен на услуги сети?

Иногда утверждается, что не являются возмездными договоры, структурирующие кооперацию сторон во имя достижения некоей единой цели (например, простое товарищество, договор о создании ООО), координацию поведения сторон по поводу тех или иных объектов (например, соглашение участников общей долевой собственности о порядке использования вещи), корпоративный договор, регламентирующий порядок голосования в обществе в целях оптимизации управления, соглашение о взаимной конфиденциальности, соглашение о порядке ведения переговоров. Впрочем, и здесь могут вестись жаркие споры. Например, не исключен тезис о том, что в рамках соглашения о взаимной конфиденциальности происходит своеобразный обмен встречными предоставлениями («я молчу в обмен на то, что молчишь ты»), или при заключении сособственниками соглашения о порядке использования общей кухни по очереди предоставление в виде жертвы одной из сторон состоит в ограничении своей свободы (посредством принятия негативного обязательства) в отношении использования кухни по четным дням, а встречное предоставление другой стороны состоит в симметричном ограничении своей свободы в отношении использования кухни по нечетным дням. Встречается и воззрение об отнесении к возмездным и синаллагматическим договорам соглашения о простом товариществе. Вопрос спорный.

Часто не относятся к возмездным и тем более к синаллагматическим те договоры, которые направлены на оформление личного или вещного обеспечения третьего лица (поручительство, залог третьего лица), если третье лицо осуществляет такое предоставление в форме принятия на себя обеспечительного обязательства или согласия обременить свое имущество залогом в силу родственных или корпоративных связей

с должником. Но что, если рассмотреть отношения сторон комплексно и представить, что члены одной группы компаний – должник и поручитель – обеспечивают совместно комплексное встречное предоставление банку-кредитору в обмен на предоставление кредита? В тех же случаях, когда обеспечитель предоставляет залог или поручительство, получая за это вознаграждение от должника, при определенном взгляде на этот феномен может быть обнаружена своеобразная «треугольная синаллагма».

Сомнения вызывает мировая сделка по урегулированию спорной правовой ситуации, в рамках которой каждая из сторон идет на определенную уступку другой стороне, и при этом уступка одной из сторон состоит в признании того или иного спорного факта (например, соглашение об урегулировании страхового случая, в силу которого фиксируется согласие страховщика на отнесение того или иного события к страховому случаю, несмотря на спорность квалификации, и встречное согласие страхователя на установление в качестве страхового возмещения суммы, меньшей, чем та, которая установлена в полисе). Можно ли здесь говорить об обмене встречными предоставлениями? «Обменивается» ли согласие признать и не оспаривать в суде спорный факт на согласие другой стороны простить часть долга?

Так что читатель должен понимать, что вопрос о возмездности не столь прост, как может показаться на первый взгляд. А это, в свою очередь, заставляет сомневаться по поводу отнесения множества разных договорных конструкций к категории не только возмездных, но и синаллагматических.

1.2.4. Принятие обязательства как встречное предоставление

В ряде случаев возмездный договор предполагает, что одна сторона осуществляет экономическое предоставление, а встречное предоставление другой стороны состоит в самом принятии на себя обязательства, и отсутствие необходимости исполнения этого обязательства не отменяет завершенность экономического обмена.

В качестве примера можно привести соглашение между принципалом и гарантом о выдаче независимой гарантии (в обмен на плату со стороны принципала банк принимает на себя обязательство по гарантии в пользу третьего лица). Специфика такой модели синаллагмы в том, что обмен будет считаться реализованным, даже если гаранту не придется платить бенефициару в силу того, что нарушения принципалом своего обязательства не произойдет или бенефициар не потребует оплаты от гаранта по иным причинам. Предоставление гаранта, которое он осуществляет в обмен на получаемое от принципала вознаграждение, состоит в самом принятии на себя обеспечительного обя-

зательства. Достаточно обширная практика ВС РФ применяет к таким ситуациям правила ст. 328 ГК РФ (подробнее см. п. 2.5 комментария к настоящей статье).

Похожая ситуация возникает и в случае со страхованием. В частности, договоры, если они направлены на страхование имущественных потерь, осуществляют перераспределение риска таких потерь. Страховщик принимает на себя риск наступления страхового случая в виде обязательства выплатить страховое возмещение при условии наступления страхового случая, а страхователь вносит страховую премию. Если страховой случай не наступил, страховщик ничего не платит, а страхователь не может требовать возврата премии: программа их договорных правоотношений себя исчерпала, исполнена, так как ее суть состояла в том, что в обмен на премию страховщик принимает на себя риск страхователя (условное обязательство покрытия убытков при наступлении страхового случая).

При этом оборот не стоит на месте и формирует вовсе гибридные модели. Например, специфическая модель экономического обмена, в чем-то схожая со страхованием, наблюдается в контексте абонентских договоров (ст. 429.4 ГК РФ): предоставление одной стороной контрагенту (абоненту) правомочия затребовать тот объем исполнения, который понадобится абоненту в пределах тех или иных лимитов или без ограничений, а встречное предоставление абонента состоит во внесении абонентского платежа, который нельзя вернуть, если соответствующая услуга не понадобится и не будет запрошена. Если лицо заключило абонентский договор на оказание медицинских или косметологических услуг, вносит абонентскую плату, но ни разу не обратилось за помощью, обмен встречными предоставлениями состоялся, так как предоставление клиники состояло в поддержании готовности оказывать услуги по требованию пациента-абонента, и требовать возврата неотработанной части абонентской платы нельзя (Определение СКГД ВС РФ от 9 февраля 2021 г. № 49-КГ20-27-К6). Если востребование исполнения происходит, структура sinalлагмы несколько преобразуется, и абонентская плата засчитывается в счет самих оказываемых услуг, но, если востребование не происходит, абонентская плата целиком является, по сути, платой за предоставление секундарного права востребовать оказание услуг.

1.2.5. Промежуточные итоги

В общем и целом следует сказать, что далеко не все вопросы касательно границ понятия sinalлагматического договора в догматике российского частного права разрешены. Цивилисты часто используют это понятие, но консенсус по поводу его охвата отсутствует. У этого по-

нения есть «семантическая сердцевина» — те явления, которые данное понятие точно охватывает, и «семантический фронтир» — зона споров о демаркации границ этого понятия и смежных явлений.

Как бы мы ни решали вопрос соотношения категорий «возмездность» и «синаллагма», следует, видимо, согласиться, что правило о праве приостановить встречное исполнение в ответ на состоявшееся или предвидимое нарушение обязательства должником (реактивно- и превентивно-защитный аспекты встречности, п. 2 ст. 328 ГК РФ), а также правило о непопадании должника в просрочку до осуществления встречного исполнения в рамках одновременного обмена (функциональный аспект встречности, п. 3 ст. 328 ГК РФ) в ряде случаев с необходимыми адаптациями применимы к любым возмездным договорам. Также к любым возмездным договорам с необходимыми адаптациями применим и условный аспект встречности — прекращение одного обязательства при прекращении в силу невозможности исполнения или по иным, не связанным с исполнением или получением суррогата исполнения, причинам встречного обязательства (подробнее см. п. 2.2.15 комментария к настоящей статье). Просто в каждом конкретном случае эти феномены могут приобретать особую форму. Например, есть основания думать, что применимость реактивно-защитного аспекта встречности позволяет обосновать, что в случае невнесения стороной платы за опцион ее секундарное право на акцепт оферты блокируется, а также объяснить, почему по общему правилу страховая защита предоставляется с момента уплаты страховой премии.

То же касается и договоров, направленных на реализацию некой общей цели и координацию поведения сторон. Как уже отмечалось, вопрос о том, являются ли договоры простого товарищества, соглашения о порядке использования объекта общей долевой собственности или корпоративные договоры, регулирующие порядок голосования на общем собрании участников, синаллагматическими и даже возмездными, спорен, но, как бы то ни было, реактивно- или превентивно-защитный, функциональный и условный аспекты встречности здесь вполне применимы. Если в рамках договора, регулирующего порядок использования общего имущества участников долевой собственности, одна из сторон уклоняется от соблюдения согласованного режима использования квартиры, может ли другая сторона приостановить соблюдение тех ограничений, которые она взяла на себя по договору? В ряде ситуаций такая реакция может рассматриваться как допустимая. То же касается и права одной из сторон договора простого товарищества приостановить исполнение своего обязательства внести вклад в общее дело в ситуации, когда другая сторона не осуществляет свой вклад или

возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что она не внесет вклад в будущем. Если обязательство одной из сторон корпоративного договора или соглашения о взаимной конфиденциальности прекращается невозможностью исполнения, прекращается и аналогичное обязательство другой стороны.

1.2.6. Обязательства, находящиеся в прямой синаллагматической связи

Если отрешиться от вышеуказанных пограничных случаев и сконцентрироваться на типичных возмездных договорах, которые опосредуют экономический обмен посредством создания и последующего исполнения взаимных обязательств, доставляющих каждой из сторон соответствующие предоставления (и которые могут однозначно относиться к категории синаллагматических договоров), то в состоянии синаллагматической (обменной) взаимообусловленности находятся обязательства, направленные на осуществление основных договорных предоставлений. Далее мы будем в отношении таких ситуаций говорить о *прямой синаллагматической связи* двух договорных обязательств.

Например, договор подряда может порождать десятки разных обязательств каждой из сторон, среди которых и обязанность по выплате неустойки, и информационная обязанность, и обязанность по обеспечению конфиденциальности, и обязанность по внесению платы за отказ от договора в случае его расторжения по инициативе заказчика, и обязанность по уплате неустойки на случай просрочки, но в прямой синаллагматической связи находятся обязательство подрядчика выполнить работы и обязательство заказчика их оплатить. Эти последние взаимные обязательства опосредуют осуществление основных договорных предоставлений, т.е. достижение сторонами основных целей, ради которых договор и заключался.

К таким обязательствам по осуществлению основных договорных предоставлений применимы все аспекты встречности: и генетический, и реактивно- и превентивно-защитный, и функциональный, и условный. Взаимная обусловленность здесь вытекает из существа синаллагматических договоров как меновой сделки, это взаимообусловленность *par excellence*.

1.3. Расширенная синаллагматическая связь договорных обязательств

Однако сфера применения ст. 328 ГК РФ не сводится к взаимной обусловленности обязательств, опосредующих основные договорные предоставления по синаллагматическому договору и поему по определению находящихся в прямой синаллагматической, обменной связи. Достаточная взаимозависимость обязательств, оправдывающая как минимум возможность приостановления одного в ответ на произошед-

шее или предвидимое неисполнение другого (реактивно- или превентивно-защитный аспекты встречности), может быть обнаружена и за рамками архетипических случаев.

Но в подобных случаях требуется, чтобы между обязательствами наблюдалась взаимосвязь, при которой истребование исполнения обязательства одной стороны в ситуации неисполненности обязательства другой стороны представлялось бы явно нарушающим принципы разумности, справедливости и добросовестности. Это достаточно распространенный в континентально-европейском праве подход. Он признается в той или иной форме с разными догматическими обоснованиями. Это происходит либо за счет создания параллельных институтов приостановления исполнения по прямо синаллагматически увязанным обязательствам и удержания исполнения обязательств при наличии достаточно тесной связи между обязательствами (например, в Германии) или за счет широкого понимания единой концепции встречности обязательств. Например, последний подход прямо закреплен и в п. 4 ст. III.—1:102 Модельных правил европейского частного права, согласно которому обязательства являются взаимообусловленными не только в случае, когда исполнение одного обязательства осуществляется непосредственно в обмен на исполнение другого, но и тогда, когда одно обязательство «настолько явно связано с другим обязательством или его предметом, что исполнение одного обязательства разумно понимается как зависящее от исполнения другого обязательства».

О каких ситуациях идет речь?

1.3.1. Расширенная синаллагматическая связь при поэтапных взаимных предоставлениях

Некоторые аспекты встречности могут быть применены в ситуациях, когда обязательства находятся не в непосредственной, а в более опосредованной обменной связи на основании договора. Одну из таких ситуаций можно обозначить как расширенную синаллагму при поэтапных взаимных предоставлениях.

Если синаллагматический договор предусматривает поэтапное исполнение взаимных обязательств, которые могут быть представлены как серия экономических обменов под «зонтиком» единого договора, взаимные предоставления каждой из сторон, относящиеся к разным этапам (периодам), не находятся в прямой синаллагматической связи. Поставка второй партии товара не обменивается на оплату первой, а авансирование второго этапа работ не обменивается на выполнение работ первого этапа, но в широком смысле эти обязательства являются частями взаимных предоставлений. Между такими обязательствами

не в силу формальной синаллагматической связи, а в силу соображений разумности, справедливости и доброй совести обнаруживается взаимосвязь, достаточная для того, чтобы в случае заявления требования об исполнении обязательства в отношении одного этапа (части исполнения) должник мог приостановить исполнение, сославшись на то, что кредитор не осуществил надлежащее исполнение по предыдущему этапу. В контексте такой расширенной синаллагматической связи обязательств возникает право приостановить исполнение по смыслу п. 2 ст. 328 ГК РФ (реактивно-защитный аспект встречности). Также здесь мыслимо применение превентивно-защитного аспекта встречности: покупатель должен иметь право приостановить внесение предоплаты за первую из пяти согласованных в договоре партий, если сомнения в способности поставщика поставить эту первую партию после получения оплаты отсутствуют, но возникли обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что поставщик не сможет поставить третью, четвертую и пятую партии.

При этом условный аспект встречности применительно к такой ситуации не срабатывает. Если выполнение подрядчиком определенного этапа работ стало объективно невозможно, это не значит, что обязательство заказчика по авансированию следующего этапа работ, не затронутого той же невозможностью, автоматически прекращается.

Также сомнительно, что здесь можно применить функциональный аспект синаллагмы. Обеспечивать в таких ситуациях одновременность взаимных предоставлений вряд ли необходимо.

Иначе говоря, здесь оказываются применимы в силу соображений доброй совести, разумности и справедливости лишь реактивно- и превентивно-защитные аспекты встречности.

1.3.2. Расширенная синаллагматическая связь между обязательствами, одно из которых является дополнительным

Основные договорные предоставления часто сопровождаются многочисленными дополнительными договорными обязательствами (например, информировать, представить отчет, осуществлять гарантийный ремонт, предоставить обеспечение, уплатить неустойку в случае нарушения, возместить убытки в связи с допущенным нарушением и т.п.)? Эти обязательства опосредуют те или иные дополнительные предоставления, которые в том или ином плане обеспечивают реализацию основных предоставлений, носят организационный или даже охранительный характер и нередко созревают лишь при наступлении тех или иных обстоятельств.

В широком смысле весь комплект таких взаимосвязанных обязательств одной из сторон структурирует своеобразное «многокомпо-

нентное предоставление», которое обменивается на такое же «многокомпонентное предоставление», структурируемое исполнением комплекса обязательств другой стороны. Поэтому определенная логика в обнаружении связи между такими обязательствами одной стороны и основным обязательством другой стороны или дополнительными обязательствами последней может усматриваться, пусть она и не выражена так же ярко, как в случае с обязательствами по осуществлению основных договорных предоставлений, находящимися в прямой синаллагматической связи.

Но являются ли такие обязательства встречными? Например, встанет вопрос, можно ли считать встречным исполнение обязательства поставщика по техобслуживанию ранее отгруженного оборудования по отношению к обязательству покупателя по оплате новой партии оборудования? Или обязательство арендодателя по осуществлению капитального ремонта сданного в аренду здания по отношению к обязательству арендатора по обеспечению текущего ремонта того же здания? Или обязательство по уплате неустойки за просрочку в оплате ранее поставленной партии товара по отношению к обязательству поставщика отгрузить следующую партию в рамках графика поставки?

Прямой синаллагматической связи между такими обязательствами нет, но в ряде ситуаций может обнаруживаться достаточная связь, оправдывающая применение к таким обязательствам превентивно- и реактивно-защитного аспектов встречности. Как будет показано далее, положения п. 2 ст. 328 ГК РФ о приостановлении встречного исполнения в ответ на нарушение или предвидимое нарушение могут применяться и в некоторых из таких случаев, но только если взаимная обусловленность таких обязательств вытекает из принципов разумности, справедливости и добросовестности. В данном случае встречность исполнений для целей применения норм п. 2 ст. 328 ГК РФ о приостановлении исполнения может предопределяться фактической взаимосвязью, которая связывает оба исполнения настолько, что удовлетворение требования одной стороны без учета исполненности этой стороной своего обязательства по отношению к контрагенту будет противоречить принципам добросовестности, разумности и справедливости. Иначе говоря, здесь взаимная обусловленность не следует механически, формально из непосредственной синаллагматической, обменной связи двух обязательств, а зависит от контекста и политико-правовых соображений.

Условный аспект синаллагмы здесь вряд ли может быть применен: если справедливость допускает приостановление одного дополнительного обязательства в ответ на просрочку в исполнении другой

стороной своего дополнительного обязательства, это само по себе еще не значит, что при прекращении первого невозможностью исполнения или смертью должника второе должно автоматически прекращаться.

Реализация функционального аспекта встречности здесь также может вызывать сомнения. Обеспечивать одновременность обмена здесь нет необходимости.

1.3.3. Расширенная синаллага при наличии взаимосвязанных договоров

Взаимообусловленность обязательств может в ряде случаев наблюдаться и в тех случаях, когда они вытекают из разных, но тесно взаимосвязанных между собой договоров, структурирующих реализацию единой программы договорного взаимодействия. Это признается и во французском, и немецком праве. Иногда стороны оформляют свое тесное сотрудничество серией взаимосвязанных договоров, и в ряде случаев обнаружение достаточной для применения некоторых аспектов встречности взаимосвязи между обязательствами, вытекающими из таких договоров, возможно. А именно в некоторых ситуациях соображения разумности и справедливости могут подтолкнуть к выводу о реализации как минимум превентивно- или реактивно-защитного аспектов встречности.

Например, если продавец продал покупателю оборудование по одному договору, а вместе с этим договором между сторонами был заключен дополнительный контракт на регулярное техническое обслуживание оборудования и обеспечение расходными материалами и запчастями, а далее продавец перестал исполнять второй контракт, было бы справедливо предоставить покупателю право приостановить платежи по графику, согласованному в первом договоре купли-продажи.

Самым спорным является вопрос о наличии расширенной встречности в ситуации, когда обязательства сторон вытекают из серии последовательно заключаемых между сторонами односторонних договоров. Например, если стороны в рамках устойчивых деловых связей еженедельно заключают отдельные договоры на разовые поставки партий товара, формально речь идет о разных договорах. Может ли покупатель задержать авансирование поставки по одному из последующих договоров в ответ на просрочку в поставке товара по предыдущему контракту? Может ли поставщик приостановить поставку товара по одному договору в ответ на просрочку покупателя в оплате ранее поставленного по иному договору товара? Если эти разовые поставки осуществлялись на основании соглашений, конкретизирующих некий рамочный договор, расширенная встречность, достаточная для реализации реактивно- или превентивно-защитного аспектов встречности, скорее всего будет легко обнаружена судами. Но что, если этого рамочного договора

нет? Как представляется, вряд ли ответ на столь важный вопрос может зависеть от наличия или отсутствия рамочного договора, который сам по себе стороны к согласованию отдельных поставок не обязывает, а просто экономит транзакционные издержки на согласование юридических нюансов при согласовании конкретных поставок.

В похожей ситуации, когда встал вопрос о возможности «кросс-сальдирования» в банкротстве при расторжении нескольких договоров лизинга, заключенных между сторонами последовательно в рамках устойчивых деловых связей, ВС РФ после некоторых сомнений склонился к положительному ответу (п. 15 [Обзора](#) судебной практики по спорам, связанным с договором финансовой аренды (лизинга), утв. Президиумом ВС РФ 27 октября 2021 г.). Но применительно к приостановлению исполнения вопрос пока в судебной практике не был прояснен.

При этом условный аспект встречности здесь применен быть не может. Применение функционального аспекта в большинстве случаев также вряд ли уместно.

1.3.4. Расширенная синаллагма при несовпадающем субъектном составе сторон

Более того, вопросы о тех или иных аспектах встречности при определенных условиях могут встать в сценарии, когда речь идет о заключении одной стороной двух взаимосвязанных договоров с двумя разными контрагентами, выступающими между собой при заключении договоров в кооперации в целях осуществления в пользу кредитора взаимосвязанных и дополняющих друг друга предоставлений. Например, покупатель приобретает автомобиль и получает кредит на его покупку от банка, работающего в кооперации с автосалоном (например, аффилированного с салоном банка): в ряде случаев потребителю может быть предоставлено право приостановить исполнение своих обязательств по кредиту в ответ на нарушение продавцом своих обязательств в отношении качества проданного автомобиля (как минимум, на период простоя, вызванного ремонтом). Как представляется, реактивно- и превентивно-защитный аспекты встречности здесь могут быть реализованы (но не условный и не функциональный).

Здесь мы вступаем на зыбкую почву пока только начинающей развиваться в российском праве прежде всего в контексте защиты потребителя доктрины связанных договоров (*linked contracts*).

Подобная защита потребителя многими поддерживается и не вызывает серьезных возражений. Но распространение доктрины связанных договоров и практики «прокалывания вуали», которая формально разделяет договоры, заключенные пострадавшей стороной с несколькими

разными, но действующими в коллаборации контрагентами, в сфере сугубо коммерческих контрактов является вопросом более дискуссионным. Как представляется при первом приближении, и в сугубо коммерческой сфере такое «прокалывание договорной вуали», как минимум в аспекте расширения возможностей по приостановлению исполнения или отказу от договора вполне допустимо, если установлено, что нарушитель договора и тот контрагент, против которого пострадавшая сторона намеревается осуществить право на приостановление своего исполнения или отказ от договора, при заключении договора действовали как партнеры, в тесной коллаборации, обеспечивая пострадавшему кредитору «многокомпонентное» предоставление (их осуществляемые в пользу кредитора предоставления дополняли друг друга). Впрочем, этот вопрос требует более глубокой проработки (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 308 ГК РФ).

1.4. Взаимобусловленность договорных обязательств за рамками возмездных договоров

Достаточная взаимная обусловленность обязательств сторон по отношению друг к другу может проистекать не только из синаллагматического или возмездного договора, но и из иных договоров, в рамках которых изначально возникают или при определенных условиях могут возникнуть взаимные обязательства контрагентов (например, договоры ссуды, пожертвования и т.п.). Взаимобусловленность конкретных взаимных обязательств сторон таких договоров, достаточная для реализации как минимум превентивно- или реактивно-защитных аспектов встречности, может предопределяться соображениями разумности, справедливости и добросовестности.

Например, если предоставленное в рамках пожертвования в дар оборудование оказалось дефектным, в результате чего был причинен вред имуществу одаряемого, и даритель обязан возместить такой ущерб, но не делает этого, не дает ли это одаряемому право приостановить исполнение согласованных в договоре ограничений по использованию дара? Если поверенный по безвозмездному договору поручения, заключив сделку, не передает доверителю соответствующий документ, отражающий ее условия, может ли доверитель приостановить выплату возмещения понесенных поверенным расходов? Может ли ссудодатель приостановить исполнение своих обязательств по обеспечению охраны сданного в ссуду помещения, если ссудополучатель перестает соблюдать условия использования объекта ссуды, в связи с чем ссудодатель обращается в суд с иском о расторжении договора? Ответы на данные вопросы при первом приближении могут быть положительными. Впрочем, здесь требуется более пристальный анализ конкретных ситуаций.

В ряде ситуаций здесь может обсуждаться применение и условного аспекта встречности. Например, если исполнение поверенным своего основного обязательства по безвозмездному договору поручения становится объективно и перманентно невозможным и в связи с этим прекращается, видимо, автоматически должно прекращаться и обязательство доверителя авансировать расходы поверенного.

Реализация функционального аспекта встречности в виде блокирования возможности попадания одной из сторон в просрочку до получения исполнения от другой стороны в такого рода случаях кажется несколько избыточной.

1.5. Квазисиналаagma

Обязательства могут быть взаимообусловлены (т.е. носить встречный характер) в том или ином аспекте и тогда, когда они не опосредуют осуществление договорных предоставлений, если в силу соображений разумности, справедливости и добросовестности исполнение обязательства одной из сторон без оглядки на судьбу обязательства другой стороны неприемлемо. Это прежде всего касается обязательств обеих сторон договора по взаимному возврату полученного имущества при расторжении договора, а также о взаимной реституции при недействительности сделки. Здесь вполне применим как минимум функциональный аспект встречности.

Кроме того, такая взаимообусловленность может быть, видимо, обнаружена в обязательстве вернуть вещь на основании правил о неосновательном обогащении и обязанности кредитора по такому кондикционному обязательству возместить первой стороне расходы на содержание и хранение вещи (ст. 1108 ГК РФ), а также обязанности незаконного владельца вернуть вещь собственнику и в обязательстве собственника возместить понесенные незаконным владельцем затраты на возвращаемую вещь и стоимость неотделимых улучшений (ст. 303 ГК РФ).

1.6. Сфера применения правил о встречности

Как мы видим, встречность, понимаемая как взаимообусловленность обязательств, может проявляться с разной степенью интенсивности в различных связках двух обязательств. Далеко не все указанные в п. 2 и 3 комментируемой статьи и выводимые в доктрине и судебной практике правила и аспекты встречности применимы в одинаковой степени в контексте всех вышеописанных ситуаций.

Правила п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве на приостановление встречного исполнения в ответ на состоявшееся или предвидимое нарушение обязательств другой стороной (реактивно- и превентивно-защитный аспекты встречности) применимы во всех вышеописанных моделях встречности. Правило п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве на отказ от догово-

ра в ответ на нарушение или предвидимое нарушение, естественно, не применимо к сценарию квазисиналлагмы.

Функциональный аспект, отраженный в п. 3 ст. 328 ГК РФ, применим прежде всего в контексте договорных обязательств, структурирующих основные договорные предоставления по синаллагматическому договору и подлежащих одновременному исполнению, увязанных по модели квазисиналлагмы.

Правило о прекращении обязательства при прекращении в силу невозможности исполнения встречного обязательства (условный аспект встречности) может, видимо, применяться прежде всего в контексте обязательств, находящихся в прямой синаллагматической связи, и возможно в некоторых случаях расширенной синаллагмы и квазисиналлагмы.

1.7. Общая оценка ст. 328 ГК РФ

В целом следует признать, что ст. 328 ГК РФ неудачна. Она пытается в нескольких предложениях охватить абсолютно разные правовые институты. Из-за этой лаконичности многое в нюансах применения ст. 328 ГК РФ оказывается достаточно запутанным. Оптимальным было бы регулирование реактивно-защитного, превентивно-защитного, функционального и условного аспектов встречности в отдельных статьях Кодекса, как это и сделано во многих зарубежных странах. Применительно к каждому из таких аспектов возникает свой собственный набор вопросов, которые следует регулировать отдельно. Упомянутый в п. 2 ст. 328 ГК РФ сюжет с отказом от договора в ответ на предвидимое нарушение также следует регулировать отдельно, в гл. 29 ГК РФ об изменении и расторжении договоров. Там же следует регулировать вопрос об отказе от договора в ответ на начавшуюся просрочку, также затронутый в п. 2 ст. 328 ГК РФ. Иначе говоря, «цивилистический винегрет», который сейчас наблюдается в комментируемой статье, не выдерживает никакой критики. Но это вопрос, который уместно обсуждать *de lege ferenda*.

2. Отказ от договора и приостановление исполнения

Пункт 2 ст. 328 ГК РФ признает два способа защиты, применение которых возможно в случае неосуществления оговоренного в договоре встречного исполнения или возникновения обстоятельств, очевидно свидетельствующих о будущем нарушении такого обязательства. Первый из них — это право на отказ от осуществления своего встречного исполнения. Второй — право приостановить свое встречное исполнение.

Речь в данном пункте идет о реализации превентивно- и реактивно-защитного аспектов встречности обязательств.

2.1. Отказ от договора в ответ на нарушение встречного обязательства

Положение п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве на отказ от осуществления встречного исполнения при неосуществлении предусмотренного исполнения другой стороной означает не что иное, как указание на право внесудебного отказа от договора.

Это положение применимо прежде всего в контексте ситуаций, когда взаимные обязательства вытекают из единого договора (или группы тесно взаимосвязанных договоров, которые заключены между двумя сторонами и направлены на реализацию некой единой экономической операции). Но оно может применяться и в сценарии наличия связанных договоров, заключенных работающими в кооперации коммерсантами в целях осуществления совместными усилиями некоего «многокомпонентного предоставления» в адрес потребителя (а возможно и иного коммерсанта), при нарушении прав последнего по одному из таких договоров: пострадавшая сторона может получить право на отказ от обеих таких сделок, несмотря на то что существенным образом нарушена лишь одна из них (подробнее о феномене связанных договоров см. комментарии к п. 3 ст. 308 ГК РФ).

Отказываясь осуществлять свое встречное исполнение, пострадавший от нарушения договора контрагент тем самым заявляет о прекращении договорной связи (т.е. расторжении договора в форме одностороннего отказа) в целом или в пропорциональной части. На это указывают и практика ВС РФ (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49; ответ на вопрос № 7 в Обзоре по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*) № 1 (утв. Президиумом ВС РФ 21 апреля 2020 г.)), и практика ВАС РФ (п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, Постановление Президиума ВАС РФ от 3 декабря 2002 г. № 2430/02).

Фактически данное положение п. 2 ст. 328 ГК РФ является одним из тех случаев, когда в силу прямого указания в законе допускается право на отказ от договора (п. 1 ст. 310 ГК РФ). Если одна из сторон нарушила свое обязательство, другая сторона вправе отказаться от договора в одностороннем порядке (подробнее см. комментарии к ст. 450 и 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Условием для реализации права на отказ от договора, согласно п. 2 ст. 328 ГК РФ, является непредоставление стороной предусмотренного договором исполнения. Из смысла этой формулировки следует, что право на отказ от встречного исполнения возникает не только в случае текущей просрочки, но и при осуществлении ненадлежащего исполнения или при нарушении негативного обязательства.

При этом из применения п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10, п. 2 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ вытекает, что нарушение, допущенное должником, должно быть достаточно существенным, чтобы оправдать отказ от договора. Существенность нарушения является универсальным ограничителем права на расторжение договора, независимо от того, в каком порядке осуществляется расторжение — в судебном или внесудебном (о существенном нарушении см. комментарий к п. 2 ст. 450 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Это касается не только синаллагматических, но и любых иных договоров. Если одна из сторон существенно нарушает свои обязательства по договору, и это нарушение оправдывает разрыв договора, расторжение договора возможно. Критерий существенности нарушения, оценивающий справедливость разрыва договора в ситуации его нарушения одной из сторон, по причине своей всеохватности и гибкости вполне достаточен для обоснования права на расторжение.

Казалось бы, в этом контексте большого смысла в этой норме ст. 328 ГК РФ немного. Право на расторжение существенно нарушенного договора вытекает из общих правил п. 2 ст. 450 ГК РФ и множества специальных норм об отдельных договорах (см., например, ст. 475, 523, 723 ГК РФ). Но в российских реалиях норма п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве на отказ в ответ на нарушение оказывается небесполезной в силу того, что по недоразумению общим правилом в силу п. 2 ст. 450 ГК РФ является судебное расторжение нарушенного договора (вопреки тому, что сейчас принято в большинстве известных развитых правовых порядках и актах международной унификации частного права), а для внесудебного отказа от договора в силу ст. 450.1 ГК РФ требуется обнаружение специального законодательного основания. Пункт 2 ст. 328 ГК РФ наряду с п. 2 ст. 405 ГК РФ (о праве на отказ от принятия исполнения в ситуации, когда в результате просрочки кредитор потерял интерес к договору) в этом плане как раз и создают законодательное основание для предельного сужения сферы применения общего правила

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

о судебном расторжении нарушенного договора. В будущем в случае изменения п. 2 ст. 450 ГК РФ и замены судебного на внесудебное расторжение существенно нарушенного договора в качестве общего правила нормы п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ об отказе от исполнения (принятия исполнения) следовало бы из Кодекса удалить в силу их тавтологичности. В гражданских кодификациях большинства развитых европейских стран и международных актах унификации частного права подобных норм, дублирующих общее правило о внесудебном отказе от нарушенного договора, нет.

Подробнее о расторжении нарушенного договора и его внесудебной форме см. комментарии к ст. 450 и 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

2.2. Право на приостановление исполнения в ответ на нарушение обязательства

Положение п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве приостановить встречное исполнение при неполучении согласованного исполнения от контрагента закрепляет важный способ защиты, известный практически всем правовым порядкам мира и актам международной унификации договорного права (см. ст. 7.1.3 Принципов УНИДРУА, ст. III.—3:401 Модельных правил европейского частного права). Этот институт восходит в историческом плане к институту возражения о неисполнении договора другой стороной, разработанному на основе отдельных римских источников средневековыми цивилистами (*exceptio non adimpleti contractus*).

Данный способ защиты реализует реактивно-защитный аспект встречности. Приостановление осуществляется стороной, пострадавшей в результате нарушения обязательства контрагентом. Необходимо, чтобы нарушитель был обязан исполнить свое встречное обязательство ранее, но допустил текущую просрочку или иное устранимое нарушение. В таком случае в ответ на нарушение сторона, пострадавшая в результате нарушения и обязанная исполнить свое обязательство позднее, может правомерно задержать исполнение своего встречного обязательства, срок исполнения которого формально наступил.

Используя право приостановить исполнение, пострадавший в результате нарушения контрагент а) стимулирует должника исполнить просроченное обязательство или устранить допущенное ненадлежащее исполнение и б) предохраняет себя от исполнения в условиях, когда

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментариев к ст. 450 и 450.1 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

должник уже допустил нарушение и, вероятно, так и не исполнит свое обязательство, предотвращая тем самым усугубление убытков, и минимизирует риски.

Обязательство, нарушение которого дает право приостановить исполнение, должно носить характер, позволяющий добиться его принудительного исполнения. Поэтому сомнительна возможность приостановить исполнение только что созревшего обязательства одной стороны в ответ на нарушение встречного обязательства другой стороны, по которому истекла исковая давность. Если требование арендодателя об уплате арендной платы за несколько месяцев или возмещении убытков задавлено, было бы несправедливо, чтобы арендодатель был вправе приостановить исполнение некоего своего недавно созревшего встречного обязательства. Более спорный вопрос касается ситуации, когда приостановление началось в период, когда по нарушенному обязательству еще не истекла давность, но давность по этому обязательству истекает далее: теряет ли приостановившая сторона возможность правомерно сослаться на право приостановления? Пока ответ на этот вопрос в российском праве не прояснен.

На практике приостановление исполнения чаще всего выступает в качестве первого шага на пути, который может привести впоследствии к отказу от договора, если должник будет упорствовать в своем неисполнении или нежелании устранять нарушение.

Сторона, правомерно приостановившая исполнение, не будет считаться нарушителем договора, не несет какую-либо ответственность и не может столкнуться с применением иных санкций за просрочку. Более того, на период легитимного приостановления исполнения эта сторона не может быть принуждена по суду к исполнению своего обязательства в натуре, если в суде выдвинет — или сошлется на ранее заявленное во внесудебном порядке — отлагательное (дилаторное) возражение о реализации права на приостановление своего исполнения. Этого будет достаточно для отклонения иска, но это не будет препятствовать истцу впоследствии заявить новый иск после отпадения оснований для приостановления.

Правом приостановить встречное исполнение обладает пострадавшая от нарушения договора сторона, если встречность нарушенного и приостанавливаемого обязательств вытекает из строгой синаллагматической связи обязательств, т.е. когда эти обязательства структурируют обмен основными договорными предоставлениями.

Приостановление возможно также в тех случаях, когда оправданность смещения кредитором срока своего исполнения в условиях нарушения другой стороной своего обязательства предопределяется

принципами разумности, справедливости и добросовестности. Это касается прежде всего ситуаций расширенной синалагмы. Например, приостановление возможно в ситуации взаимных предоставлений, осуществляемых поэтапно, когда одна из сторон нарушает свое обязательство по предыдущему этапу, а другая сторона приостанавливает свое исполнение по следующему.

Также при соблюдении критериев разумности, справедливости и доброй совести возможно приостановление исполнения дополнительного обязательства в ответ на нарушение контрагентом основного обязательства или некоего дополнительного обязательства или приостановление исполнения основного обязательства в ответ на нарушение контрагентом дополнительного обязательства.

Наконец, приостановление исполнения может быть допущено при соблюдении критериев разумности, справедливости и доброй совести в ответ на нарушение обязательства, вытекающего из взаимосвязанного договора, а также в ситуациях, когда с точки зрения вышеуказанных оценочных критериев взаимная обусловленность обязательств вытекает из несиналагматических договоров.

При этом право приостановить исполнение востребовано в первую очередь в тех случаях, когда в договоре или законе *не* предусмотрено, что одна из сторон осуществляет свое исполнение (последующее исполнение) при условии предварительного осуществления исполнения другой стороной (предшествующее исполнение). Здесь сторона, решившая использовать такое возражение, должна об этом заявить, пусть и позже самого приостановления. Но если, как это часто бывает, в договоре установлено, что одна сторона исполняет свое обязательство в течение определенного срока после осуществления исполнения другой стороной (что прямо допускается нормой п. 1 ст. 314 ГК РФ), при неосуществлении предшествующего исполнения отложение встречного исполнения происходит в силу ненаступления оговоренного в договоре срока: соответствующее обязательство, опосредующее последующее исполнение, здесь просто не будет считаться созревшим. Смещение срока исполнения в таком случае происходит автоматически, в строгом соответствии с алгоритмом, закрепленным в договоре. А раз встречное обязательство не созревает, то нет и повода что-то приостанавливать; право приостановить свое исполнение или выдвинуть возражение против созревания своего долга и необходимости его исполнять бессмысленно в ситуации, когда срок исполнения не наступил. Иная ситуация налицо в тех случаях, когда такой прямой увязки сроков исполнения двух обязательств нет: именно здесь право по своей воле и в ответ на нарушение приостановить исполнение

и тем самым воспользоваться таким средством защиты оказывается востребованным прежде всего.

2.2.1. Квалификация института

В историческом плане приостановление исполнения воспринималось как дилаторное, откладывающее возражение (*exceptio*), временно блокирующее осуществление права.

Если истец, который сам ранее нарушил обязательство и не устранил нарушение, в судебном порядке требует от ответчика принудительного исполнения его встречного обязательства, а ответчик выдвигает в суде возражение, ссылаясь на свое право приостановить исполнение, или указывает на то, что ранее такое до истца такое возражение доводил, это возражение либо препятствует удовлетворению иска, либо влечет вынесение решения о двустороннем (в немецком праве — условном) присуждении.

Первая опция в виде отклонения иска используется тогда, когда ответчик согласно программе договорных правоотношений имел право на отсрочку встречного исполнения. Это касается ситуаций, в которых речь идет о взаимных обязательствах, находящихся в прямой или расширенной синаллагматической связи, которые должны были исполняться в силу закона, условий договора, обычаев или существа договора последовательно и ответчик имел право на отсрочку. Например, если покупатель должен был платить после поставки с отсрочкой в 90 дней, а поставщик, не заплатив, заявляет иск о взыскании долга, при выдвигании возражения налицо основания для отказа в иске.

Вторая опция в виде вынесения решения о двустороннем (или условном) присуждении означает, что суд в ответ на возражение ответчика о правомерном использовании права приостановить исполнение в ответ на ранее допущенную истцом просрочку не отказывает в иске, а либо удовлетворяет его, одновременно присуждая к встречному предоставлению самого истца и оговаривая последовательность исполнения в решении (модель, которая стала популярна в российской судебной практике), либо выносит решение о присуждении в пользу истца, которое можно будет обратиться к принудительному исполнению, если сам истец на стадии исполнительного производства осуществит свое встречное предоставление в пользу ответчика (немецкая модель условного присуждения *Zug-um-Zug*). Эта опция актуальна для тех ситуаций, когда речь идет об обязательствах, находящихся в расширенной синаллагматической связи (в частности, вытекающих из взаимосвязанных договоров), срок исполнения по обязательству истца наступил ранее, чем наступал срок исполнения по обязательству ответчика, что дало ответчику право на приостановление, но истец заявляет иск

о присуждении. Здесь нет смысла гарантировать ответчику право на исполнение вторым по очереди с той или иной отсрочкой и навязывать истцу принятие кредитного риска. Поэтому если к моменту рассмотрения иска срок исполнения по обязательству ответчика наступил, суд, осознавая их расширенную синаллагматическую связь, может вынести решение о двустороннем присуждении (подробнее о моделях двустороннего или условного присуждения см. комментарий к п. 3 ст. 328 ГК РФ). Модель двустороннего присуждения сейчас укоренилась в российской судебной практике применительно к взаимной реституции или взаимному возврату имущества при расторжении.

Но в материально-правовом смысле надо обосновать, что сторона, правомерно приостановившая исполнение, не просто не может быть в случае заявления возражения в принуждена к исполнению или вправе рассчитывать на то, что ее присудят к исполнению с гарантией получения встречного исполнения от истца (по модели двустороннего или условного присуждения), но и не несет ответственности за пропуск срока своего встречного исполнения, а также в отношении нее не могут использоваться иные средства защиты (например, блокируется право на расторжение).

Исключение ответственности можно было бы теоретически объяснить тем, что приостановившая исполнение сторона не отвечает за просрочку, но блокирование любых средств защиты, которые нарушившая договор сторона может в обычной ситуации применять в случае просрочки, говорит о том, что в данном случае нет и самой просрочки приостановившей исполнение стороны. Сторона, правомерно приостановившая свое исполнение в ответ на просрочку, не может испытать на себе никакие санкции в этой связи.

Как это догматически объяснить?

Когда в силу договора, закона, обычая или существа отношений установлена четкая последовательность исполнения и одна сторона должна исполнять свое обязательство строго после получения предварительного предоставления от контрагента с той или иной отсрочкой, налицо автоматическое смещение срока исполнения последующего исполнения. Здесь даже не требуется выдвижение возражения. Если по условиям договора покупатель платит после поставки с отсрочкой в три месяца, а поставщик задержал поставку, срок оплаты, привязанный к наступлению указанного условия, смещается за счет того, что условие не наступило.

Но что, если такая строгая последовательность не предусмотрена? Например, если по условиям договора поставщик должен поставить товар в январе, а покупатель — оплатить в феврале, и эти сроки прямо

между собой не увязаны, либо речь идет о расширенной синаллагме (например, поставщик просрочил поставку январской партии, а покупатель решил в связи с эти задержать авансирование февральской), на момент наступления срока исполнения обязательства покупателя уже возникла просрочка по взаимосвязанному обязательству поставщика, срок оплаты автоматически не смещается, но покупатель часто в силу соображений разумности, справедливости и добросовестности вправе приостановить оплату в ответ на просрочку. Какова правовая природа решения покупателя в такой ситуации приостановить оплату?

Во-первых, можно говорить о смещении предельного срока самого исполнения. Если покупатель должен был заплатить за январскую партию не позднее 10 февраля после поставки, но товар не был поставлен в срок, при решении покупателя приостановить оплату предельный срок оплаты смещается. Этот материально-правовой эффект смещения срока исполнения состоит в изменении темпорального модуса исполнения обязательства. И тогда право приостановить исполнение оказывается по своей природе секундарным правом на изменение срока исполнения путем совершения односторонней сделки.

Во-вторых, можно пытаться отрицать изменение срока исполнения при правомерном приостановлении в ответ на нарушение и упирать на различие дилаторного возражения и изменения срока исполнения своего обязательства. Если исходить из того, что речь идет о возражении, в нашем примере срок оплаты наступает, но в силу использования покупателем возражения (когда бы он его ни выдвинул и независимо от того, заявлено ли оно вне процесса или впоследствии в процессе), он освобождается от какой-либо ответственности за просрочку и не может столкнуться с иными санкциями в связи с пропуском срока своего исполнения. Выдвижение такого возражения — также как и заявление об одностороннем изменении условий обязательства — можно рассматривать как сделочное или квазисделочное волеизъявление, но его эффект будет состоять не в изменении условия о сроке своего исполнения, а в лишении задержки своего исполнения признака неправомерности. Причем такое возражение действует с обратной силой, и когда бы кредитор не заявил свое возражение, это будет достигать соответствующего исцеляющего эффекта в отношении его задержки.

Как представляется, последний вариант точнее. Если бы мы восприняли первое решение, догматическая логика подталкивала бы к тому, что само изменение срока произойдет только с момента доставки должнику извещения о реализации секундарного права на приостановление. Но здравый смысл подсказывает, что такое решение

некорректно. Действительно, из доброй совести (п. 3 ст. 307 ГК РФ) вытекает обязанность кредитора уведомить должника о приостановлении, если речь не идет об автоматическом смещении срока исполнения в связи с тем, что договор прямо привязывает срок встречного исполнения к получению предшествующего исполнения (см. п. 2.2.11 комментария к настоящей статье). Но вряд ли там, где направление извещения трелуется, оно должно носить конституирующий характер. Если направление извещения вытекает из доброй совести, последствием неизвещения должен быть не отказ в признании правомерным приостановления, а возложение на приостановившую исполнение сторону обязанности по возмещению убытков должника, спровоцированных незнанием о решении другой стороны отложить исполнение и основаниях такого шага.

Кроме того, следует обратить внимание на необходимость обнаружения ответа на вопрос о течении исковой давности по обязательству, исполнение которого было правомерно приостановлено. Если сторона допустила просрочку и тем самым создала основания для правомерного приостановления контрагентом своего встречного исполнения, сдвигается ли начало расчета исковой давности по требованию к приостановившему исполнению контрагенту? Или давность течет с момента, в который контрагент впал бы в просрочку, если бы ранее не случилась просрочка по обязательству другой стороны и контрагент не воспользовался бы правом приостановить исполнение? Если покупатель хотел заплатить за январскую партию в феврале согласно условиям договора, но поставщик задержал поставку на полгода, но все-таки поставил товар, обусловив тем самым созревание долга покупателя: не было бы справедливо считать, что давность по этому требованию об оплате начинает течь с момента, с которого она текла бы, не допусти поставщик просрочки? Теоретически этот вывод можно обосновать ссылкой на п. 4 ст. 1 ГК РФ (никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения). Для неспособного на иск давность течет не должна, но если эта неспособность добиться удовлетворения есть результат собственных нарушений кредитора, последний, возможно, не заслуживает защиты. Но в целом вопрос не прояснен и может вызывать споры. Если прийти к выводу о справедливости такого решения, последнее лучше вписывается в модель, объясняющую приостановление возражением, чем в модель одностороннего изменения срока.

Впрочем, в российском праве вопрос о правовой природе возражения о встречном неисполнении не прояснен и может вызывать дискуссии. В целом, следует признать, что доктрина возражений в российском праве изучена крайне плохо.

2.2.2. Текущая просрочка или ненадлежащее исполнение как основание для приостановления исполнения

Пункт 2 ст. 328 ГК РФ говорит о праве приостановить встречное исполнение при непредоставлении предусмотренного договором исполнения другой стороной. Здесь речь идет прежде всего о текущей просрочке. При этом существенность просрочки, в отличие от сценария расторжения договора, не имеет значения. Если должник допустил просрочку и при этом наступает срок осуществления встречного исполнения, пострадавший в результате просрочки и обязанный такое встречное исполнение осуществить кредитор вправе воспользоваться механизмом приостановления исполнения своего обязательства.

Но приостановление исполнения возможно и в ответ на осуществление ненадлежащего исполнения. Это общепризнано в европейском праве и подтверждается в актах международной унификации (п. 4 ст. 7.1.4 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. III.—3:204 Модельных правил европейского частного права).

Здесь, впрочем, должны быть одновременно соблюдены несколько дополнительных условий.

Во-первых, речь должна идти о существенности дефекта. Данный вывод легко выводится из правил ст. 14 ГК РФ о соразмерности использования средств самозащиты права (если относить приостановление к мерам самозащиты), в любом случае из п. 3 ст. 1 и п. 1 ст. 10 ГК РФ о доброй совести и запрете на злоупотребление правом, а также из п. 4 ст. 450 ГК РФ о добросовестности при одностороннем изменении условий договора. Если покупатель обнаружил в поставленном оборудовании несущественный дефект, который не дает ему права на отказ от договора, он может потребовать от продавца устранить его, но, если продавец не сможет этого сделать, покупатель вынужден будет ограничиться снижением цены или взысканием убытков. В таких условиях давать покупателю возможность приостановить оплату всей цены до устранения дефекта продавцом (вместо представления к зачету своих расходов на устранение или иных убытков, либо заявления о соразмерном уменьшении цены, которые приведут к бесповоротному уменьшению размера долга покупателя) было бы несправедливо и не соответствовало бы подразумеваемой воле сторон таких договоров.

Впрочем, здесь мыслимо приостановление оплаты той части цены, которая могла бы быть соразмерна возможным убыткам кредитора на случай неустранения должником несущественного дефекта. Например, если покупатель обнаружил в поставленном оборудовании несущественный устранимый дефект, не дающий в силу своего характера

покупателю право на отказ от договора, и потребовал от продавца его устранить, можно признать соразмерным приостановление оплаты той части цены, которая соответствует возможным расходам покупателя на самостоятельное устранение дефекта, которые покупателю придется нести, если продавец не устранил дефект сам.

При этом если дефект в осуществленном должником предоставлении существенен и теоретически дает покупателю право на немедленный отказ от договора или отказ от договора в ответ на неустранение нарушения в дополнительно отведенный разумный срок, кредитор может приостановить исполнение всего своего встречного обязательства при соблюдении всех дополнительных условий, указанных ниже.

Во-вторых, для возникновения у кредитора права приостановить все свое встречное исполнение в ответ на ненадлежащее исполнение само нарушение должно иметь устранимый характер. Дело в том, что сама функция приостановления исполнения состоит в том, чтобы на время задержать исполнение до тех пор, пока должник не исполнит свое обязательство. В случае ненадлежащего исполнения приостановление откладывает исполнение встречного обязательства до момента устранения нарушения. Если же нарушение в силу своей природы не может быть устранено, то кредитор при достаточной существенности нарушения имеет право на расторжение договора, может заявить о соразмерном уменьшении цены, требовать возмещения убытков, связанных с принятием ненадлежащего исполнения, но не вправе приостановить все свое встречное исполнение.

В-третьих, даже если нарушение носит существенный характер и в принципе может быть устранено, приостановление возможно, только если кредитор в разумный срок после того, как узнал о дефекте, отказался считать такое предоставление исполнением обязательства и потребовал устранения нарушения (п. 3 ст. III.—3:103 Модельных правил европейского частного права, п. 2 ст. 7.1.5 Принципов УНИДРУА). Такое требование может состоять в запросе на повторное надлежащее исполнение или исправление дефекта силами должника. В силу доброй совести при получении ненадлежащего исполнения и принципиальной устранимости самого нарушения кредитор, узнав о дефектности полученного предоставления, должен в разумный срок, без неоправданной задержки, заявить должнику о своем нежелании признавать такое исполнение погашающим его обязательство и либо о немедленном отказе от договора, либо об устранении дефекта в разумный срок. Если кредитор, узнав о дефекте, в разумный срок не заявил о нежелании принимать такое дефектное предоставление в счет договора и не потребовал от должника в претензионном порядке устранения нарушения,

то и невозможно приостановление исполнения. Если он в течение разумного срока не отверг такое предоставление, а просто годами молчит, не заявляя ни отказ от договора, ни требование об устранении, то он считается принявшим дефектное исполнение в счет договора. Его право на отказ от договора в силу п. 5 ст. 450.1 ГК РФ утрачивается, так как кредитор своим пассивным поведением дает должнику понять, что разрывать договор в ответ на такой дефект он не будет. А если он уже не сможет отказаться от договора, то было бы нелепо предоставлять ему право навечно задержать уплату всей цены договора. В этом случае он сохраняет возможность взыскать убытки и (или) заявить о соразмерном уменьшении цены, но уже не может ни отказаться от договора, ни продолжать безнаказанно приостанавливать оплату (или осуществление иного встречного предоставления) целиком.

Если же кредитор, узнав о существенности и устранимости дефекта в полученном предоставлении, в разумный срок потребовал повторного исполнения или исправления дефекта в дополнительный разумный срок, он трансформирует некачественное предоставление в текущую просрочку и только в этом случае получает право на приостановление встречного исполнения.

В-четвертых, кредитор, желающий легально использовать механизм приостановления исполнения, получив ненадлежащее исполнение и уже зная о существенном дефекте, не должен использовать полученное предоставление или иным образом вести себя так, что последующее расторжение по причине данного дефекта окажется заблокировано. Если он своими заявлениями или поведением сигнализирует, что договор по причине данного дефекта расторгаться не будет, право на расторжение блокируется (п. 5 ст. 450.1 ГК РФ). А если право кредитора на отказ в ответ на такой дефект утрачивается, то блокируется и возможность приостановления исполнения. Например, если покупатель получил дефектный, некомплектный или не сопровождаемый необходимыми документами товар, но, узнав о нарушении, приступает к использованию товара или распоряжается им, он в большинстве случаев (за рядом исключений вроде вынужденного использования покупателем купленной коровы в форме ее доения) дает продавцу понять, что об отказе от договора речь уже не пойдет, подтверждает сохранение договора по смыслу п. 5 ст. 450.1 ГК РФ и теряет право на отказ (расторжение). А раз так, то использование такого рычага, как приостановление всего встречного денежного исполнения (в нашем примере приостановление оплаты полученного и уже используемого товара), как минимум в большинстве случаев является не соответствующим принципу доброй совести. Именно к такой позиции склонился

ВС РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 6 февраля 2018 г. № 305-ЭС17-16171, Определение СКГД ВС РФ от 1 октября 2019 г. № 117-КГ19-22). Покупатель в такой ситуации, решив все-таки принять дефектный товар, может заявлять о соразмерном снижении цены или вычестить из цены причиненные убытки, а образующуюся после этого разницу погасить, но не может приостанавливать оплату всей цены.

В-пятых, что, если существенный дефект в осуществленном исполнении носит устранимый характер, кредитор, потребовав устранения дефекта или повторного исполнения в разумный срок, правомерно приостановил свое встречное исполнение на этот период, но должник отказался от исправления нарушения, просто проигнорировал данную претензию или не смог исправить нарушение по объективным причинам? Если право на отказ от договора не было заблокировано ранее активными действиями или заявлениями кредитора (например, кредитор не начал использовать полученное, зная о дефекте), может ли кредитор навечно задержать осуществление встречного исполнения, продолжая удерживать результат осуществленного дефектного предоставления?

Принцип доброй совести требует, чтобы в такой ситуации кредитор, желающий отказаться от договора и вернуть полученное или заявить обоснованный иск о понуждении к устранению дефекта, реализовал эти права в разумный срок после истечения дополнительного срока, отведенного должнику на устранение дефекта, или получения от должника отказа от устранения дефекта. В силу доброй совести кредитор теряет право на принуждение к устранению дефекта по причине непредъявления иска в разумный срок. Это правило пока не признано в российской судебной практике, но может быть выведено из принципа доброй совести. Оно широко представлено в зарубежном праве и международных актах унификации (п. 4 ст. III.—3:302 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.2.2 Принципов УНИДРУА). Заявлять в суд иск о принуждении к исправлению дефекта в проданном товаре через 2 года 11 месяцев после того, как поставка была осуществлена и дефект выявлен, ненормально (подробнее на сей счет см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). Кроме того, как уже отмечалось выше, кредитор, столкнувшийся с дефектным предоставлением, теряет и право на отказ от договора в ответ на дефектное предоставление в случае его нереализации в разумный срок. Если же он вначале потребовал исправить нарушение в дополнительный разумный срок, но эта попытка не увенчалась успехом, разумный срок на отказ от договора начинает рассчитываться после истечения дополнительного срока или отказа должника устранить нарушение (об этом см. комментарий к п. 5

ст. 450.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Если кредитор потерял оба эти права в силу своей пассивности, он также теряет и право на приостановление встречного исполнения. Будет несправедливо, если кредитор, получив дефектное предоставление, не откажется от договора сразу, потребует в претензии устранить дефект в разумный срок, столкнется с отказом или неспособностью должника это сделать и далее на годы законсервирует нелепую ситуацию, удерживая полученное дефектное предоставление, но не платя за него ни копейки. Соответственно, при пассивности кредитора в подобных ситуациях он оставляет за собой лишь возможность заявить о соразмерном уменьшении цены и уплатить нарушителю соответствующую разницу либо вычесть из размера своего долга свои убытки и перечислить остаток, положив конец состоянию подвешенности.

Как итог: если должник осуществил дефектное неденежное предоставление, дефект существенен и дает право на отказ от договора, потенциально устраним, кредитор, узнав о дефекте или получив возможность узнать об этом, без неоправданной задержки потребовал от должника устранения дефекта в дополнительный разумный срок, он может приостановить все свое встречное исполнение (в большинстве случаев платеж) на весь этот дополнительный срок. Если должник отказывается устранять дефект, игнорирует требование кредитора или не справляется с исправлением, кредитор сохраняет возможность легально и дальше не осуществлять свое встречное исполнение, только если он в разумный срок после истечения отведенного должнику срока на устранение дефекта или получения от должника отказа его устранять заявит в суд иск об устранении дефекта (если существо обязательства допускает в принципе удовлетворение такого иска). Пока разбирается данный иск, кредитор может рассчитывать на оценку своего приостановления в качестве правомерной реакции. Дело в том, что пока кредитор пытается добиться реального исполнения (вначале в претензионном, а затем и в судебном порядке), он сохраняет возможность при упорстве должника в дальнейшем, потеряв надежду, отказаться от договора. А в той степени, в которой сохраняется такая перспектива, справедливость позволяет кредитору предотвратить усугубление своих рисков и не осуществлять встречное исполнение. Как только кредитор теряет право на отказ от договора (например, при подтверждении сохранения договора по п. 5 ст. 450.1 ГК РФ своими

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

активными действиями или заявлениями либо в силу пассивности в осуществлении средств защиты), перспектива разрушения синаллагмы отпадает, и кредитор, получивший дефектное предоставление, уже не может продолжать задерживать свое встречное исполнение в целом.

Впрочем, читатель должен понимать, что большинство из указанных выше выводов не относятся к тем, по поводу которых в российском праве есть консенсус и устоявшаяся судебная практика. Многие нюансы могут быть предметом споров. Поэтому участникам оборота следует рекомендовать тщательно регулировать данные аспекты в условиях договора.

2.2.3. Применимость механизма приостановления к негативным обязательствам

Когда кредитор сталкивается с длящимся и потенциально устранимым нарушением негативного обязательства, может вставить вопрос о праве приостановления встречного позитивного обязательства. Приостановление здесь будет направлено на стимуляцию должника к прекращению нарушающей договорный запрет деятельности.

Например, если заемщик в нарушение взятого на себя ковенанта не инициировать процесс реорганизации в период действия договора кредитной линии запускает процесс разделения компании, то приостановление банком выделения кредитных траншей может оказаться вполне адекватной дисциплинирующей мерой, возвращающей заемщика к строгому соблюдению договора и стимулирующей прекратить начатый процесс реорганизации.

Когда же имеется неустранимое нарушение негативного обязательства (например, разглашение конфиденциальной информации), то приостановление встречного исполнения не может использоваться. Механизм приостановления направлен на стимуляцию должника к исполнению договора. При осуществлении неустранимого нарушения негативного обязательства интересы кредитора страдают бесповоротно, и требование реального исполнения бессмысленно. Соответственно, кредитор не вправе использовать здесь приостановление исполнения. Вместо этого кредитор может отказаться от договора и потребовать возмещения убытков (уплаты штрафа).

Теперь рассмотрим обратную ситуацию. Что, если негативным обязательством является встречное обязательство, исполнение которого контрагент планирует приостановить в ответ на нарушение? Допустимо ли в принципе приостановление в этом случае? И как реально функционирует здесь приостановление?

Специфика приостановления в данном случае в том, что приостановление исполнения будет выглядеть как совершение активных

действий, воздержание от совершения которых было предметом негативного обязательства. Можно ли представить такие случаи? Думается, что они, в принципе, возможны.

Например, если эксклюзивный дистрибьютор перестает выплачивать иностранному поставщику автомобилей положенную оплату за отгруженные автомобили, было бы логично, если бы поставщик мог приостановить исполнение своего негативного обязательства воздержаться от поставок автомобилей на российский рынок через других посредников. Прямая и явная угроза потерять столь ценную эксклюзивность может подтолкнуть дистрибьютора-нарушителя погасить накопившиеся долги и начать соблюдать платежную дисциплину.

Единственный нюанс заключается в том, что приостановление исполнения возможно только в отношении тех негативных обязательств, исполнение которых носит длящийся характер (в вышеуказанном примере не поставлять аналогичный товар конкурентам дистрибьютора). Если встречное негативное обязательство кредитора не носит длящийся характер, приостановление невозможно. Кредитор в такой ситуации должен выбирать между исполнением своего встречного негативного обязательства или расторжением договора. Так, например, разглашение конфиденциальной информации никак не может быть способом приостановления исполнения по ее неразглашению.

2.2.4. Приостановление исполнения и взаимные обязательства, структурирующие основные договорные предоставления по синаллагматическому договору

Приостановление исполнения в ответ на нарушение всегда возможно в тех случаях, когда нарушенное и встречное обязательства находятся в прямой синаллагматической связи, т.е. опосредуют встречный обмен основными предоставлениями, входящими в предмет договора. Даже если стороны прямо не установили, что одна исполняет только после получения исполнения от другой, а оговорили сроки исполнения календарными датами, приостановление возможно, достаточно того, что оба исполнения находятся в прямой синаллагматической связи.

В принципе, право продавца приостановить исполнение обязательства по передаче товара после того, как покупатель уклонился от исполнения своего обязательства по открытию аккредитива или открыл его в банке на иных, нежели оговоренные, условиях, можно отнести к этой же категории приостановления в ответ на нарушение обязательства, находящегося в прямой синаллагматической связи (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 15 января 1999 г. № 39, Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 9924/11).

В случае неосуществления контрагентом своего исполнения в назначенный срок другая сторона вправе приостановить свое встречное исполнение, находящееся в прямой синаллагматической связи с просроченным обязательством, на то количество дней, на которое просрочил свое исполнение контрагент. Даже если должник успел осуществить просроченное исполнение к моменту, когда наступает срок осуществления встречного исполнения, кредитор вправе сместить срок своего последующего исполнения. Так, например, если покупатель не внес предоплату, которую он должен был внести до 1 февраля, вовремя, а внес ее лишь 15 февраля, то продавец, чье встречное обязательство по поставке должно было быть исполнено до 1 марта, вправе соразмерно отодвинуть срок поставки на 15 дней.

В то же время такое смещение сроков может быть в отдельных ситуациях признано недобросовестным (п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 ГК РФ), если просрочка, допущенная должником, была незначительной, не могла повлиять на способность кредитора осуществить свое встречное исполнение в назначенный срок, и при этом очевидно, что своевременное исполнение своего встречного обязательства кредитором имеет принципиальное значение для должника. Если должник по первому обязательству исполняет его, например, с двухдневной просрочкой, но до наступления срока осуществления кредитором встречного исполнения остается еще достаточно большой промежуток времени, справедливо ли давать кредитору право пропорционально отсрочить свое исполнение на то же количество дней? По общему правилу да, но в некоторых случаях это может показаться недобросовестным. Например, представим себе договор на поставку елочных игрушек к Новому году со сроком отгрузки 20 декабря, по которому покупатель должен был сделать предоплату за три месяца. Вообразим, что покупатель перечислил предоплату не 20 сентября, как было положено по договору, а 30 сентября, т.е. с 10-дневной просрочкой. Дает ли это право поставщику без каких-либо дополнительных оснований отсрочить отгрузку на 10 дней и отгрузить их 30 декабря, если очевидно, что а) 10-дневная просрочка в оплате, допущенная покупателем, с учетом наличия у поставщика в запасе еще более чем двух месяцев никак не могла напрямую вынудить поставщика отсрочить отгрузку и б) пропорциональная отсрочка в отгрузке лишает договор всякого смысла для покупателя? Политико-правовая интуиция подсказывает, что в данном случае пропорциональное смещение срока встречного обязательства будет несправедливым и недобросовестным, так как санкция должна быть соразмерна серьезности нарушения. В то же время, если в данном примере трехмесячный срок предоплаты был обусловлен тем,

что поставщику было необходимо именно такое время, чтобы после получения предоплаты разместить заказ на заводе-изготовителе, вывезти его, пройти таможенные процедуры и доставить партию елочных игрушек на склад покупателя, и поставщик не мог при сохранении того же уровня своих издержек ускорить данный процесс, дабы наверстать потерянное в связи с просрочкой в предоплате время, то пропорциональная отсрочка в отгрузке выглядит куда более обоснованной.

Если суммировать, то очевидно, что ничего лучше, чем правило о приостановлении исполнения на срок, соответствующий периоду, в течение которого обусловленное предшествующее исполнение не было осуществлено, придумать вряд ли получится. При этом было бы разумно данный подход установить в качестве общего правила, указав, что иное может вытекать с учетом конкретных обстоятельств из принципов добросовестности, разумности и соразмерности. При этом, безусловно, бремя доказывания несоразмерности и недобросовестности пропорционального смещения срока лежит на нарушителе.

Сказанное касается и тех ситуаций, когда приостановление осуществляется в ответ на существенное и устранимое ненадлежащее исполнение, в связи с которым кредитор правомерно воспользовался правом потребовать устранения нарушения, и налицо иные условия для приостановления в ответ на дефектное предоставление, которые были раскрыты в п. 2.2.2 комментария к настоящей статье. Российский закон в ряде случаев эту мысль подтверждает. Так, согласно п. 2 ст. 520 ГК РФ покупатель вправе отказаться от оплаты полученного товара «впредь до устранения недостатков и доукомплектования товаров либо их замены»: здесь под отказом от оплаты имеется в виду не что иное, как приостановление исполнения. В норме говорится о праве приостановления до устранения недостатков, но корректнее было бы говорить о соразмерном смещении срока оплаты на период, соответствующий отрезку времени, разделяющему дату, в которую должно было быть осуществлено качественное предоставление, и дату, когда дефект, препятствующий использованию вещи, был устранен. Если поставщик согласовал с покупателем отсрочку в оплате на три месяца, поставил товар в срок, но товар оказался дефектным, и покупатель смог воспользоваться товаром только через два месяца — после того, как продавец по требованию покупателя устранил дефект, ситуация мало отличается от ситуации, в которой поставщик поставил качественный товар с двухмесячной просрочкой. Несправедливо было бы лишать покупателя согласованной преференции в виде трехмесячной отсрочки платежа.

2.2.5. Приостановление исполнения обязательства в ответ на нарушение в ситуации расширенной синаллагматической связи в сценарии поэтапного взаимного обмена

Следует признать разумным, соразмерным и добросовестным приостановление исполнения стороной одного из своих обязательств по очередному этапу в случае текущей просрочки другой стороны в осуществлении предшествующего этапа взаимодействия (например, при поставке товара партиями). Обязательство покупателя по оплате поставленной первой партии товара опосредует предоставление, которое обменивается на поставленную первую, но не следующую, вторую партию, и такая оплата за первую партию и поставка второй партии не находятся в прямой синаллагматической связи, но тем не менее очевидно, что приостановление поставки второй партии при неоплате первой по смыслу п. 2 ст. 328 ГК РФ возможно. То же и в случае, когда поставщик просрочил поставку предоплаченной партии товара, а покупатель в ответ приостанавливает внесение аванса за следующую партию. Речь идет о расширенной модели синаллагмы. Это же касается и ситуации, когда одна из сторон осуществила ненадлежащее предоставление с устранимым дефектом и другая сторона потребовала его устранить и на период до устранения приостановила исполнение по следующему этапу, части договорной программы. Например, если в поставленной первой партии обнаружился скрытый существенный дефект, и покупатель потребовал его устранить, он вправе задержать авансирование второй партии.

Применительно к таким случаям приостановления исполнения в контексте не прямой, а расширенной синаллагматической связи не работает механизм симметричного смещения срока встречного исполнения на период, равный продолжительности просрочки должника, который выше обсуждался применительно к сценарию с взаимными обязательствами, находящимися в прямой синаллагматической связи. Этот механизм соразмерного смещения не уместен в контексте приостановления в формате расширенной синаллагмы при поэтапном обмене. В описываемых ситуациях приостановить исполнение обязательства, срок исполнения которого наступил, можно по общему правилу только на фоне продолжающейся просрочки в исполнении другой стороной своего обязательства и до тех пор, пока такая просрочка сохраняется.

Например, если поставщик задержал поставку предоплаченной партии товара, приостановление внесения предоплаты за следующую партию допустимо, только если к моменту наступления срока авансирования второй партии сохраняется просрочка в поставке предыдущей

партии. Покупатель в таком случае вправе задержать авансирование до поставки предыдущей партии. Если просроченная поставка была все-таки осуществлена и эта просрочка завершилась задолго до наступления срока авансирования следующей партии, покупатель не может механически отсрочить авансирование на то количество дней, в течение которых имелась просрочка в поставке предыдущей партии, если иное не оговорено в договоре.

Этот вывод применительно к купле-продаже отражен в п. 5 ст. 486 ГК РФ, согласно которому «в случаях, когда продавец в соответствии с договором купли-продажи обязан передать покупателю не только товары, которые покупателем не оплачены, но и другие товары, продавец вправе приостановить передачу этих товаров до полной оплаты всех ранее переданных товаров, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором».

Но проведение в жизнь этой идеи требует в ряде случаев корректировки с учетом принципа доброй совести, особенно в отношении ситуации, когда речь идет о приостановлении исполнения неденежного обязательства. Например, в контексте ситуации, описанной в п. 5 ст. 486 ГК РФ, с опорой на действующий в российском праве принцип доброй совести (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ) можно предположить, что а) если предыдущая партия была оплачена с просрочкой незадолго до наступления срока поставки следующей партии, и период времени, отделяющий дату фактического погашения долга и оговоренную дату поставки следующей партии, меньше разумного срока на поставку товара, то этот срок продлевается настолько, чтобы у поставщика имелся разумный срок на осуществление поставки, и б) если покупатель не успел погасить долг за предыдущую партию к моменту наступления срока поставки следующей партии, поставщик правомерно приостановил поставку последующей партии на фоне имевшей место просрочки, но затем долг покупателем был погашен, то право на приостановление поставки последующей поставки сохраняется в течение разумного срока на ее осуществление.

В частности, если речь шла о поставке хранящегося у поставщика товара с возложением на него бремени транспортировки, у поставщика после погашения долга за предыдущую партию должен в любом случае оставаться разумный срок, необходимый для организации отгрузки и доставки товара; в ситуации же поставки товара, который поставщик должен был производить, поставщику, приостановившему производство и отгрузку на фоне неопределенности с погашением долга за предыдущую партию, после погашения покупателем долга необходим разумный срок не только на отгрузку и транспортировку,

но и на производство товара. Эти уточнения необходимы для того, чтобы поставщик, который правомерно воспользовался указанным в п. 5 ст. 486 ГК РФ и вытекающим из идеи расширенной синаллагмы правом приостановить поставку последующей партии, всегда имел резервный разумный срок на поставку после того, как покупатель погасил свой просроченный долг.

Более того, в ряде случаев в силу доброй совести здесь может пойти речь о смещении всего графика исполнения обязательств в отношении всех последующих этапов. Например, представим, что производитель должен был произвести и поставить покупателю в течение года 12 партий товара со сроком поставки каждой партии в период с 1 по 10 число каждого из месяцев, а покупатель должен был внести постоплату за товар в течение пяти дней после поставки, далее первая партия была отгружена в срок 9 января 2021 г., но покупателем оплата этой партии в положенное время осуществлена не была, и производитель вполне ожидаемо приостановил производство и отгрузку следующей, февральской партии, не имея гарантий того, что покупатель собирается в принципе исполнять договор. В итоге покупатель в связи с возникшими временными финансовыми затруднениями внес оплату за январскую партию только в конце марта, и производитель после этого готов запустить производство второй партии и возобновить реализацию программы договорных правоотношений. В такой ситуации речь может пойти не только о праве производителя приостановить поставку февральской и даже мартовской партий после погашения покупателем задолженности, а также о предоставлении производителю разумного срока на производство и транспортировку приостановленной февральской и мартовской партий, но и о смещении сроков поставки всех оставшихся партий, если технически производить в апреле и февральский, и мартовский, и апрельский объем продукции невозможно.

Впрочем, здесь многое зависит от конкретных обстоятельств и применении к ним принципа доброй совести. Какой-либо однозначной практики высших судов касательно реализации реактивно-защитного аспекта встречности в сценарии расширенной синаллагмы пока нет.

2.2.6. Приостановление исполнения в ответ на нарушение в иных сценариях расширенной синаллагмы

Если просроченным исполнением и подлежащим приостановлению встречным исполнением являются исполнения, не находящиеся в прямой синаллагматической связи, и как минимум одним из таких обязательств является дополнительное договорное обязательство, приостановление исполнения, как уже отмечалось, возможно, только если

это соответствует принципам разумности, соразмерности и добросовестности.

Тест на приемлемость приостановления здесь, возможно, должен быть такой. Приостановить исполнение основного обязательства в ответ на нарушение другой стороной своего дополнительного обязательства, либо приостановить исполнение дополнительного обязательства в ответ на нарушение основного, либо, наконец, приостановить исполнение дополнительного обязательства в ответ на нарушение другой стороной своего дополнительного обязательства можно, если нарушение обязательства носит устранимый характер (например, налицо текущая просрочка либо устранимый существенный дефект в предоставлении, который кредитор потребовал устранить), и при этом использование права на приостановление в такой ситуации не будет явно несоразмерным с учетом анализа соображений разумности, справедливости и добросовестности.

Например, сомнительно право поставщика приостановить поставку товара в случае невнесения покупателем согласованной в договоре неустойки, начисленной за завершившуюся просрочку в оплате ранее поставленной по договору продукции. Неуплата начисленной неустойки в большинстве случаев не является нарушением, дающим право на расторжение, если обязательство, чья просрочка спровоцировала начисление неустойки, уже исполнено.

То же и в случае, когда не исполнено обязательство возместить убытки. Например, представим, что покупатель газа накопил долг за ранее полученный объем газа. В ответ экспортер приостановил поставку газа и вынудил тем самым покупателя погасить задолженность. Можно с уверенностью признать, что поведение поставщика в такого рода ситуации является правомерным. Но далее, после того как основной долг был погашен, поставщик все же не приступает к подаче газа, ссылаясь на то, что покупатель не перечислил ему сумму неустойки, начисленной в связи с ранее имевшими место просрочками в оплате газа. Думаем, что такая реакция поставщика не должна считаться правомерной, особенно с учетом того, что вопрос о соразмерности неустойки может быть предметом спора. Погашение основного долга лишает его права легально воздерживаться от исполнения договора, так как неполучение начисленных пеней не угрожает его базовым экономическим интересам и несоразмерно степени их ущемления.

Также не является добросовестным уклонение поверенного от исполнения обязанности вернуть доверенность после отказа от договора и отзыва доверенности в ответ на пропуск доверителем срока оплаты оказанных услуг.

Право покупателя приостановить внесение промежуточных платежей в рамках графика рассрочки платежа в ответ на уклонение продавца от осуществления технического обслуживания поставленного ранее оборудования представляется соответствующим принципам разумности, соразмерности и добросовестности, если отказ от обслуживания блокирует возможность использования купленного оборудования и теоретически дает покупателю право на расторжение всего договора. Если покупатель вправе отказаться от договора при упорстве поставщика, то покупатель в качестве промежуточной меры вправе и приостановить платежи в рамках графика.

Думается, нет серьезных причин воспрещать приостановление исполнения в тех случаях, когда речь идет о существенном нарушении ковенантов или иных обязательств организационного характера. Допустим, что заемщик нарушает ковенант, обязывающий его до возврата выданного кредитного транша предоставлять отчетность по международным стандартам или воздерживаться от инвестирования средств в биржевые ценные бумаги. Вправе ли банк приостановить выделение согласованных кредитных траншей по договору кредитной линии до тех пор, пока заемщик не начнет соблюдать эти согласованные организационные обязанности? Ответ должен быть положительным, если нарушение создает значимые риски для банка.

Еще один пример: представим себе, что правообладатель в нарушение договора франчайзинга начинает сам конкурировать с пользователем в регионе, где тот осуществляет свою основную деятельность под полученным от правообладателя товарным знаком. Например, некий туристический оператор, предоставивший другой компании право на использование своего товарного знака в определенном регионе, в нарушение соответствующего договорного запрета открывает в этом регионе свою собственную точку продаж. Может ли пользователь в ответ на нарушение правообладателем такого обязательства приостановить выплату роялти по договору, по крайней мере до тех пор, пока перспективы дальнейшего сотрудничества не прояснятся? Нам представляется, что такое поведение пользователя будет вполне законным, если с учетом конкретных обстоятельств нарушение, допущенное правообладателем, действительно способно серьезно ущемить права пользователя.

В равной степени в судебной практике признается допустимым приостановление лизингополучателем внесения лизинговых платежей при отказе лизингодателя уступить ему право на получение страхового возмещения при гибели застрахованного в пользу лизингодателя предмета лизинга (п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17).

Представим себе, что комиссионер обязался по заданию комитента от своего имени, но за счет полученных от комитента средств приобрести для него некое имущество. В нарушение договора комиссионер перестал предоставлять комитенту ежемесячные отчеты о закупках и освоении полученных средств. Справедливо было бы предоставить комитенту в такой ситуации право приостановить выплату комиссионеру комиссионного вознаграждения за ранее закупленное по данному договору имущество? Думается, что с учетом того, что нарушение комиссионером своего обязательства представлять отчеты свидетельствует о возникновении рисков нецелевого использования средств, комитент должен обладать легальным правом по возможности минимизировать эти риски. Приостановление выплаты причитающегося комиссионеру вознаграждения может, с одной стороны, в какой-то степени компенсировать комитенту его убытки в случае «дефолта» комиссионера и потери средств, переданных ему для реализации комиссионного задания. С другой стороны, приостановление выплаты вознаграждения в данном случае может стать хорошим стимулом для комиссионера вернуться на путь соблюдения договорной дисциплины. В конечном счете комиссионер не теряет права получить заслуженное вознаграждение: для «размораживания» обязательств комитента по его выплате достаточно начать соблюдать свои обязательства по предоставлению достоверных отчетов.

Что насчет права арендатора приостановить выплату арендной платы или соблюдение договорных ограничений в отношении порядка использования помещения в ответ на задержку в осуществлении арендодателем капитального ремонта?

Примеры можно продолжать.

Каждый из таких примеров должен обсуждаться отдельно с учетом существа отношений и применения принципов разумности, справедливости и доброй совести.

Можно ли каким-то образом формализовать критерии, позволяющие объявить встречными взаимные обязательства сторон, не находящиеся в прямой синаллагматической связи? Возможно, здесь стоит обсуждать как минимум одну презумпцию: если продолжение просрочки должника в исполнении некоего дополнительного обязательства или неустранение им допущенного по такому обязательству устранимого нарушения способно оправдать расторжение договора, то по умолчанию следует считать, что приостановление кредитором своего основного договорного обязательства презюмируется допустимым, если иное явно не вытекает из обстоятельств. В остальных случаях (приостановление одной стороной своего дополнительного

обязательства в ответ на нарушение другой стороной своего дополнительного обязательства либо приостановление исполнения дополнительного обязательства в ответ на нарушение основного) какую-либо презумпцию установить сложнее.

В зарубежных правовых порядках проблему обоснования права приостановить исполнение в ответ на нарушение обязательства, не находящегося в строгой синаллагматической связи, также пытаются решить за счет использования оценочных понятий. Например, согласно ст. 6:52 ГК Нидерландов кредитор вправе приостановить исполнение своего обязательства в ответ на нарушение — за рамками напрямую синаллагматически увязанных обязательств (где приостановление доступно по умолчанию в силу ст. 6:262 Кодекса) — при условии, что между нарушенным обязательством и обязательством, в отношении которого намереваются использовать приостановление, существует взаимосвязь, оправдывающая использование такого средства защиты; при этом достаточная взаимосвязь в том числе опровержимо презюмируется, если встречные обязательства проистекают из общего правоотношения или регулярных коммерческих взаимоотношений сторон. Похожее решение реализовано и в Германии, где отдельно регулируются приостановление встречного исполнения по синаллагматическому договору и «удержание» исполнения в ответ на нарушение обязательства в иных случаях с уточнением, что в последней ситуации требуется, пусть и не прямая синаллагматическая, но определенная связь между обязательствами, опирающаяся на общность или взаимосвязь их правовых оснований (§ 273, 274 и 320 ГГУ).

При этом в описанных выше случаях, когда приостанавливается исполнение обязательства, не находящегося в прямой синаллагматической связи с нарушенным другой стороной обязательством, следует иметь в виду, что право на приостановление (так же как и в ситуации расширенной синаллагмы) возникает только в том случае, если нарушенное обязательство не исполнено к моменту наступления срока встречного исполнения. Если нарушенное обязательство к этому сроку исполнено, контрагент должен осуществить свое встречное исполнение в согласованный срок, если только некоторая разумная задержка не оправдана в силу характера обязательства (например, разумный срок на производство и транспортировку приостановленной отгрузки товара). Кроме того, в тот момент, когда просроченное исполнение все-таки будет осуществлено, возникшее ранее право приостановить исполнение отпадает, и контрагент обязан в разумный срок осуществить исполнение. Так, например, если поставщик после некоторой задержки в ремонтном обслуживании поставленного оборудования

все-таки возобновит обслуживание оборудования, право покупателя задержать уплату очередных платежей в рамках графика рассроченных платежей отпадает, и покупатель должен в разумный срок возобновить платежи, уплата которых была ранее приостановлена. В этом наблюдается отличие приостановления исполнения в подобных случаях от приостановления исполнения по встречным обязательствам, находящимся в прямой синаллагматической связи: в последнем случае, как уже отмечалось выше, контрагент по общему правилу вправе отсрочить свое встречное исполнение на период, соразмерный периоду просрочки другой стороны.

2.2.7. Приостановление исполнения и нарушение обязательств по несиналлагматическому договору

Как уже отмечалось в п. 1 комментария к настоящей статье, в ряде случаев взаимообусловленность может быть обнаружена между обязательствами сторон несиналлагматического договора. Это возможно в тех случаях, когда нарушение носит устранимый характер (текущая просрочка, длящееся нарушение негативного обязательства или устранимый дефект в осуществленном предоставлении) и при этом использование приостановления как стимулирующего инструмента соразмерно серьезности нарушения с точки зрения соображений справедливости, разумности и доброй совести.

Так, например, кажется вполне допустимым приостановление доверителем исполнения своего обязательства по возмещению поверенному понесенных расходов в рамках безвозмездного договора поручения в ответ на нарушение поверенным своей обязанности предоставить отчет о совершенных им от имени доверителя сделках.

Здесь работает та же механика применения приостановления, которая была описана в п. 2.2.6 комментария к настоящей статье.

2.2.8. Взаимосвязанные договоры, в том числе с различным субъектным составом

Важно также отметить, что в ситуации, когда просроченное обязательство одной из сторон и некое обязательство другой стороны вытекают из разных, но тесно связанных между собой договоров, структурирующих достижение некой единой экономической цели, приостановление исполнения также вполне возможно, если это соответствует принципам соразмерности, справедливости и добросовестности. В таких случаях взаимная обусловленность обязательств вытекает из существа связанных между собой договорных отношений. Это особенно важно в условиях, когда нередко стороны оформляют, по сути, единую экономическую трансакцию комплексом взаимосвязанных договоров. Данное положение не предусмотрено в законе,

но вытекает из принципов разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ).

Например, если стороны решили оформить взаимный обмен активами, заключив не договор мены, а два встречных договора купли-продажи с одинаковой ценой, приостановление исполнения обязательства одной стороны по передаче актива возможно, если другая сторона допустила просрочку по своему обязательству из другого договора.

Но речь может идти не только о ситуациях, когда дробление договоров носит очевидно искусственный характер или несколько одновременно заключенных договоров оформляют единую экономическую операцию. Есть определенные основания допускать применение этого средства защиты и в ответ на нарушение иного договора в ситуации, когда речь идет о регулярно заключаемых дискретных контрактах, структурирующих периодические однотипные операции (например, поставки товара партиями на основании заявок покупателя в рамках долгосрочного сотрудничества). Представим, что поставщик регулярно осуществляет отгрузки товаров покупателю, но оформляется это взаимодействие разными договорами на каждую отгрузку. Возникает ли у поставщика право приостановить отгрузку очередной партии при неоплате покупателем предыдущей отгрузки, оформленной, как уже отмечалось, другим договором? Кажется, что на этот вопрос следует ответить утвердительно. Именно такое решение признается в праве многих зарубежных стран (например, Нидерландов, Германии и т.п.).

Другой пример: если заемщик задерживает исполнение своей обязанности по регистрации ипотеки на основании договора ипотеки, заключенного между сторонами в обеспечение будущего заемного (кредитного) долга, займодавец (банк) может приостановить исполнение своего обязательства выдать заем (кредит), несмотря на то что речь идет о двух договорах, и такое дробное оформление кредитного и залогового правоотношений не является искусственным.

Но, как уже отмечалось, в ряде ситуаций приостановление исполнения возможно и в сценарии связанных договоров, когда сторона намерена приостановить исполнение своего обязательства из договора с одним контрагентом в ответ на нарушение договора другим ее контрагентом. Если контрагент, против которого используется приостановление, и контрагент, который допустил нарушение, выступали по отношению к пострадавшей стороне в качестве совместно действующих партнеров и сотрудничали при осуществлении в адрес этой стороны взаимосвязанных и дополняющих друг друга предоставлений, условия для такого приостановления налицо. Как минимум такая защита может предоставляться, если потерпевшей стороной является потребитель.

Например, если потребитель купил автомобиль в автосалоне, на оплату которого ему предоставил потребительский кредит работающий в тесной коллаборации с автосалоном банк, но далее автосалон задержал передачу автомобиля потребителю, последний, видимо, должен иметь право приостановить исполнение своих обязательств по погашению кредита по графику. Но при первом приближении можно допустить такое «кросс-приостановление» и во имя защиты коммерсанта, оказавшегося пострадавшей стороной в описанной ситуации (подробнее см. комментарий к п. 3 ст. 308 ГК РФ).

2.2.9. Предъявление иска о принудительном исполнении к стороне, правомерно приостановившей исполнение в ответ на нарушение

Если обязательства находятся в прямой синаллагматической связи, установлена последовательность взаимных предоставлений, одна из сторон, которая была обязана осуществить открывающее предоставление, впала в просрочку, а контрагент правомерно приостановил исполнение, при попытке первой стороны добиться присуждения ответчика к исполнению в принудительном порядке суд должен при выдвигании ответчиком соответствующего возражения такой иск отклонять, так как согласно договорной программе ответчик был вправе рассчитывать на отсрочку исполнения и истец не может его произвольно этой льготы лишить.

В ситуации, когда взаимные обязательства сторон не находятся в прямой синаллагматической связи, но налицо расширенная синаллагматическая связь, допускающая реализацию реактивно-защитного аспекта встречности и приостановление одной стороной исполнения своего обязательства в ответ на допущенную контрагентом просрочку, правомерно приостановившая исполнение сторона не несет ответственность за задержку исполнения. Но что, если сторона, допустившая просрочку, заявляет иск о присуждении к встречному исполнению? Казалось бы, можно было бы в такой ситуации также отклонять иск со ссылкой на то, что ответчик, правомерно приостановивший исполнение, правомерно воспользовался дилаторным возражением. Но, возможно, стоит решать вопрос иначе и выносить решение о взаимном исполнении, как если бы речь шла о встречных обязательствах, находящихся в прямой синаллагматической связи и подлежащих одновременному исполнению (см. п. 3.1 комментария к настоящей статье). В принципе, когда взаимные обязательства находятся в расширенной синаллагматической связи, достаточной для оправдания приостановления исполнения в ответ на просрочку, при заявлении иска о присуждении просрочившей стороны логично удовлетворять иск с оговоркой о взаимном исполнении за исключением ситуации, когда

была установлена четкая последовательность взаимных предоставлений и ответчик согласно программе договорных правоотношений имел право исполнять с отсрочкой после осуществления исполнения истцом. При этом если российские суды будут и далее понимать оговорку о взаимном исполнении так, что в такой ситуации выносится решение о присуждении каждой из сторон к исполнению (включая самого истца), а не в смысле немецкой модели условного присуждения *Zug-um-Zug*, другим исключением должна быть ситуация, когда обязательство истца носит такой характер, который не предполагает возможность его принудительного исполнения.

Например, если арендатор неправомерно задерживает возврат предмета аренды, арендодатель вправе приостановить возмещение арендатору неотделимых улучшений или возврат обеспечительного платежа (эти взаимные обязательства находятся хотя и не в прямой, но расширенной синаллагматической связи), но, если арендатор заявил к арендодателю иск о выплате таких компенсаций или возврате обеспечительного платежа, было бы неразумно отказывать в иске. Если ответчик сошлется на свое право приостановить исполнение, логично вынести решение о двустороннем присуждении. Раз мы пока отказываемся реализовывать немецкую альтернативу в виде условного присуждения по модели *Zug-um-Zug*, модель двустороннего присуждения выглядит эффективно с точки зрения процессуальной экономии и минимизирует кредитные риски каждой из сторон.

Впрочем, следует признать, что пока практика по данному вопросу не сложилась.

2.2.10. Утрата кредитором права на приостановление исполнения при уклонении от принятия предложенного должником исполнения

Право кредитора приостановить исполнение встречного обязательства утрачивается, если должник попытался исполнить свое обязательство, но не смог довести исполнение до конца по причине просрочки кредитора (например, отказа кредитора принимать предложенное исполнение). Этот вывод вытекает из толкования п. 3 ст. 405 и ст. 406 ГК РФ: просрочка должника не течет, если наступила просрочка кредитора. А раз нет просрочки должника, то кредитор теряет право легитимно, не рискуя оказаться ответственным за нарушение договора, приостановить свое исполнение. Это разумное и общепризнанное решение, характерное для многих зарубежных правовых порядков.

2.2.11. Уведомление

Когда приостанавливается встречное исполнение, не находящееся в прямой синаллагматической связи с нарушенным обязательством, по общему правилу требуется предварительное направление соответ-

ствующего уведомления, так как предвидеть такую реакцию пострадавшего контрагента не всегда возможно. Знание о выборе кредитором такого средства защиты, как приостановление встречного исполнения, и основаниях такого шага необходимо, чтобы скоординировать поведение сторон и предотвратить ненужные издержки, которые должник может нести в ожидании принятия исполнения.

Это требование направить уведомление прямо в законе не предусмотрено, но вытекает из принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ). Например, если поставщик решает приостановить отгрузку очередной партии товара из-за возникшей просрочки покупателя в оплате одной из предыдущих партий, такое уведомление позволит покупателю своевременно узнать о принятом поставщиком решении задержать отгрузку и не нести издержки на подготовку к принятию товара.

Необходимость направления такого уведомления в ситуации, когда приостанавливаемое и просроченное исполнения двух сторон находятся в прямой синаллагматической связи, менее очевидна. Например, покупатель просрочил внесение предоплаты на несколько недель и наступает срок поставки. То, что поставщик в такой ситуации решит приостановить поставку, достаточно очевидно. Но если поставщик решит сместить срок поставки на период, соразмерный периоду просрочки во внесении предоплаты, возможно, направление извещения соответствует принципу добросовестности, так как такое решение поставщика не предопределено. Направление извещения необходимо, чтобы покупатель смог своевременно узнать о планах поставщика и взаимодействие сторон было скоординировано.

При этом стоит напомнить о том, что ситуация, когда в договоре срок исполнения встречного обязательства рассчитывается в качестве периода времени с момента осуществления предшествующего исполнения (например, внесения предоплаты), корректно говорить не об инициативной реализации кредитором способа защиты, а о механическом, автоматическом смещении срока исполнения встречного обязательства. Соответственно, в такой ситуации направление какого-либо уведомления однозначно не требуется, так как момент осуществления встречного исполнения смещается *ipso facto* (т.е. в силу самого факта просрочки в осуществлении предшествующего исполнения).

В тех случаях, когда необходимость направления уведомления вытекает из принципа доброй совести, возникает вопрос о последствиях нарушения данной обязанности. Как представляется, нет оснований считать, что направление такого уведомления является сделочным волеизъявлением, реализующим секундарное право на изменение срока

исполнения. Соответственно, вряд ли логично последствием ненаправления уведомления признавать невозможность ссылаться на приостановление. Приостановление исполнения в ответ на нарушение является способом защиты, реализуемым в форме возражения, которое при этом лишает задержку кредитором своего исполнения признака неправомерности ретроактивно. Последствием неисполнения обязанности уведомить нарушителя о том, что ему не стоит рассчитывать на получение встречного предоставления, должно быть не лишение приостановления атрибута правомерности и не привлечение приостановившей исполнение стороны к ответственности за просрочку, а взыскание с этой стороны убытков, которые контрагент не понес бы, если бы получил своевременное извещение (например, зря понесенных расходов на транспортировку партии товара).

2.2.12. Приостановление исполнения и удержание

Право приостановить исполнение следует отличать от такого способа обеспечения обязательств, как удержание (ст. 359 и 360 ГК РФ). По сути, удержание и приостановление встречного исполнения являются институтами, сферы применения которых пересекаются как концентрические круги.

С одной стороны, удержание есть особая разновидность приостановления исполнения, характеризующаяся тем, что: а) производится кредитором-ретентором в отношении не любого своего обязательства, а лишь обязательства передать другой стороне вещь; б) права на вещь, от передачи которой воздерживается кредитор-ретентор в рамках удержания, должны принадлежать должнику (в некоторых случаях третьему лицу), но ни в коем случае не самому ретентору, так как согласно ст. 360 ГК РФ у ретентора возникает залоговое право на эту вещь¹; в) удержание возможно в целях стимулирования к исполнению лишь денежного обязательства.

С другой стороны, окончательно признать удержание просто особым, частным случаем приостановления исполнения мешает то, что

¹ Иначе говоря, когда продавец воздерживается от поставки товара из-за нарушения покупателем обязательства по оплате, имеет место приостановление исполнения, но речь не идет об удержании, так как вещь, от поставки которой продавец воздерживается, принадлежит ему. Если же подрядчик удерживает вещь, переданную ему заказчиком в ремонт, в ответ на просрочку в оплате работ, то тут идет речь именно об удержании, так как вещь остается в собственности заказчика. Этот аспект крайне важен, так как в силу ст. 360 ГК РФ «требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом». Удовлетворение своих требований путем обращения взыскания по правилам о залоге возможно лишь в отношении вещи, находящейся в собственности не кредитора, а должника (в некоторых случаях и другого лица).

согласно п. 1 ст. 359 ГК РФ применительно к предпринимательским отношениям законодатель указывает на то, что обеспечиваться может любое денежное требование, даже вовсе никак не связанное с обязанностью передать вещь. Таким образом, критерий встречности при удержании в предпринимательских отношениях куда шире, чем в классическом приостановлении исполнения. В рамках удержания взаимные обязательства могут быть вовсе никак не связаны. Это значит, что удержание в целом ряде аспектов уже по сфере своего применения, но в одном важном аспекте — шире.

Наиболее логичный взгляд состоит в том, чтобы рассматривать удержание и приостановление как схожие, но самостоятельные институты.

Тем не менее очевидно, что некоторые нормы из п. 2 ст. 328 ГК РФ могут применяться и к удержанию. По сути, речь идет о а) норме п. 2 ст. 328 ГК РФ, которая дает стороне право приостанавливать исполнение даже до того, как наступил срок исполнения контрагентом своего встречного обязательства, если имеются очевидные свидетельства в пользу того, что этот контрагент в означенный срок свое исполнение не произведет, а также о б) норме п. 2 ст. 328 ГК РФ, которая предусматривает, что на случай исполнения обязательства не в полном объеме кредитор вправе приостановить свое встречное исполнение пропорционально тому, что было не исполнено.

Дополнительно об институте удержания см. комментарий к ст. 359 и 360 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

2.2.13. Соотношение институтов приостановления исполнения и просрочки кредитора

Интересная проблема возникает и в области соотношения положений ст. 328 ГК РФ и института просрочки кредитора (ст. 406 ГК РФ). В тех случаях, когда неисполненная обязанность сама по себе не была направлена на некое экономическое предоставление и удовлетворение того или иного интереса другой стороны, а состояла в принятии исполнения (например, приемка груза) или была направлена на обеспечение должнику возможности исполнить свое собственное обязательство (например, передача материалов подрядчику), речь идет о применении института просрочки кредитора. Должник не попадает в просрочку не потому, что происходит приостановление исполнения в ответ на нарушение встречного обязательства кредитором, а потому

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментариев к ст. 359 и 360 ГК РФ — С.В. Сарбау).

что налицо просрочка кредитора (нарушение им своих кредиторских обязанностей) и должник в силу п. 3 ст. 405 ГК РФ не считается впавшим в просрочку, если не мог исполнить свое обязательство на фоне просрочки кредитора. Соответственно, здесь должна применяться ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора, а не правила ст. 328 ГК РФ.

В силу п. 3 ст. 405 ГК РФ пока течет просрочка кредитора, не начинает течь просрочка должника. Часто в такого рода ситуациях говорить об использовании контрагентом своего права приостановить исполнение обязательства в ответ на нарушение кредиторской обязанности другой стороной затруднительно, так как до исполнения кредитором своей кредиторской обязанности исполнение обязательства должника просто невозможно, и просрочка должника не наступает в силу положений закона *ipso facto* (в силу самого факта просрочки кредитора). Из толкования данной нормы следует, что должник не только не считается просрочившим свое исполнение на фоне продолжающейся просрочки кредитора, но и может пропорционально сдвинуть срок своего исполнения в ответ на просрочку исполнения кредитором своей обязанности обеспечить должнику возможность исполнения. Например, если заказчик передал подрядчику материалы с просрочкой на месяц, соразмерное смещение сроков выполнения работ в большинстве случаев вполне разумно и справедливо. В таком случае механика реализации права на смещение сроков исполнения начинает напоминать ту, которая реализуется в рамках приостановления исполнения на основании ст. 328 ГК РФ.

В ряде ситуаций у должника существует фактическая возможность исполнения, несмотря на просрочку кредитора, но он в связи с просрочкой кредитора вправе приостановить исполнение своего обязательства (например, при уклонении кредитора от исполнения своей обязанности выдать расписку в подтверждение принятия долга или в ситуации неопределенности фигуры кредитора, возникшей на фоне оспаривания уступки требования). По сути, здесь возникает именно право приостановить исполнение, но триггером является не нарушение встречного обязательства, а просрочка кредитора или возникновение иных указанных в законе обстоятельств.

Итак, кредиторская обязанность одной стороны и полноценное обязательство другой стороны не находятся по смыслу ст. 328 ГК РФ в состоянии взаимной обусловленности, и не стоит смешивать применение этой статьи и правил о просрочке кредитора. На это справедливо обращает внимание и ВС РФ (п. 59 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Но в практическом плане сходство этих ситуаций очевидно, особенно когда, несмотря на просрочку кредитора,

должник теоретически может исполнить обязательство, но не делает этого, приостанавливая исполнение.

С учетом сходства неудивительно, что в праве наблюдаются примеры смешения этих институтов. Так, стоит вспомнить упоминание ссылки на ст. 328 в п. 1 ст. 719 ГК РФ, в котором говорится о праве подрядчика приостановить выполнение работ в случае непередачи ему технической документации, материалов или вещи для переработки. Более корректным было бы использование в данной норме отсылки к ст. 406 и п. 3 ст. 405 ГК РФ. Иногда и суды путают эти институты. Даже на уровне практики высших судов можно обнаружить примеры такого смешения. Например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 30 ноября 2010 г. № 9217/10 Суд сослался на ст. 328 ГК РФ для описания последствий нарушения покупателем акций своей кредиторской обязанности подать депозитарию встречное поручение о внесении приходной записи по счету депо, необходимое для зачисления акций на счет депо покупателя.

2.2.14. Приостановление исполнения и расторжение договора

Иногда юристы не вполне четко проводят тонкую грань, которая отделяет приостановление исполнения от расторжения договора.

В случае с договором, предусматривающим разовый обмен, спутать два данных средства защиты сложно. Если поставщик поставил лишь 30% от согласованного объема товара, то покупатель, конечно же, вправе отказаться от договора в части непоставленной ему продукции, при этом приняв и оплатив то, что ему было фактически отгружено. В данном случае то, что покупатель не осуществляет платеж в отношении 70% продукции, объясняется тем, что в результате пропорционального отказа от договора встречные обязательства сторон в отношении этих неисполненных 70% товара прекращены.

Это, конечно, не отменяет того факта, что в такого рода случаях приостановление оплаты часто является неким переходным этапом к пропорциональному отказу. Например, покупатель может приостановить оплату в отношении непоставленной части продукции и ждать некоторое время, прежде чем решится отказаться от нее вовсе. Никто не оспорит его право на приостановление в таком случае. Тем не менее во всех подобных случаях опытный юрист без труда определит, что до момента отказа имеет место приостановление исполнения, а после – происходит прекращение обязательств. Спутать два данных средства защиты здесь достаточно сложно.

Другое дело, когда мы имеем договор, предполагающий длящееся предоставление, в обмен на которое периодически должны вноситься платежи (например, аренда, энергоснабжение). В таких случаях иногда

различить два данных средства защиты труднее. Например, если покупатель не оплачивает фактически потребленную энергию за прежние периоды, а энергоснабжающая организация приостанавливает подачу энергии, имеем ли мы приостановление исполнения в чистом виде, или речь идет уже о частичном расторжении договора? С одной стороны, обычно юристы описывают данную ситуацию в терминах приостановления исполнения. С другой стороны, все зависит от того, прекращается ли та часть обязательств кредитора, исполнение которой он приостановил, и корреспондирующее ей встречное просроченное обязательство должника, находящиеся в синалагматической связи. Если да, и налицо усечение объема синалагмы в части соответствующего периода или этапа, то налицо не приостановление исполнения в истинном смысле этого слова, а своего рода частичный отказ от договора. Если энергоснабжающая компания приостанавливает подачу потребителю энергии из-за накопившихся долгов за предыдущие периоды, как правило, не подразумевается, что в случае погашения долгов она, приступая к подаче энергии, увеличит объем подаваемой энергии на то количество, которое она не подавала в период приостановки. Не происходит и удлинение срока договора. По сути, взаимные обязательства по подаче энергии и ее оплате на период легального использования энергоснабжающей компанией своего права приостановить подачу энергии прекращаются. Происходит усечение масштабов синалагмы (прекращение взаимных обязательств сторон за соответствующий период «приостановления»). Это значит, что речь идет о расторжении договора в соответствующей части.

Аналогичная ситуация возникает и в случае, когда арендодатель приостанавливает допуск арендатора в сданное ему помещение по причине накопления долга. Здесь при погашении долга арендатор возобновляет использование помещения, но на период, когда он не допускался в помещение, встречные обязательства сторон считаются безвозвратно прекращенными. Если, например, арендатор не допускался в помещение 30 дней, пока не погасил накопившийся долг, то впоследствии он не обязан платить за эти 30 дней, в течение которых он был лишен возможности использовать помещение, но арендодатель не обязан пролонгировать период пользования на эти 30 дней. *De facto* договор в части этих 30 дней просто расторгается.

Совсем иная ситуация имеет место тогда, когда поставщик, не получив оплату за одну из предыдущих партий, приостановил отгрузку очередной партии. Данное средство защиты будет являться полноценным приостановлением исполнения по смыслу п. 1 ст. 328 ГК РФ, так как обязательство по поставке задержанной поставщиком партии

не прекращается, а будет им произведено в будущем, как только покупатель погасит свой долг (если, конечно, договор впоследствии не будет расторгнут). Так как здесь обязательство, чье исполнение приостанавливается, сохраняется со смещением срока, мы имеем применение института приостановления исполнения.

Итак, в конкретной ситуации приостановление исполнения может влечь лишь смещение приостановленного предоставления в будущее, не усекая масштаб синаллагмы, а может *de facto* означать усечение масштабов синаллагмы и изменение договора в отношении объемов взаимных согласованных предоставлений. В этом последнем случае, по сути, речь идет о частичном отказе от договора, прекращающем обязательство. Соответственно, такая реакция кредитора должна проверяться на предмет соразмерности с точки зрения критерия существенности нарушения. Это важный тезис. Если мы имеем дело с классическим приостановлением, реализация которого лишь переносит на будущее положенное предоставление в ответ на просрочку в исполнении встречного обязательства, право приостановить исполнение, находящееся в прямой синаллагматической связи, носит абсолютно бесспорный характер, и особых фильтров здесь применять не следует. Но если под видом приостановления скрывается фактически частичное расторжение, ситуация меняется, и здесь следует применять критерий существенности нарушения (п. 2 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ).

Так, например, при просрочке во внесении очередного арендного платежа за предстоящий месяц с точки зрения критерия существенности нарушения немедленное блокирование арендатору доступа в арендованное помещение, отключение электроэнергии, телефонии, ограничение доступа автотранспорта арендатора и его клиентов на парковку и т.п. кажется неприемлемым. Просрочка должна стать достаточно продолжительной, чтобы оправдать расторжение договора в части обязательств сторон за соответствующий период. Ведь в конечном счете возникшая задолженность может быть погашена, и это позволяет сохранить объемы взаимных предоставлений, пусть одно из них и будет осуществлено несколько позднее.

2.2.15. Приостановление исполнения и прекращение обязательства на фоне прекращения невозможностью исполнения встречного обязательства

Также следует отличать институт приостановления исполнения в ответ на просрочку по смыслу п. 2 ст. 328 ГК РФ от срабатывания условного аспекта встречности. Иногда эти феномены оказываются очень похожи. Такая ситуация налицо, когда возникает невозможность

исполнения обязательств арендодателя по обеспечению спокойного владения и пользования: отпадение обязанности арендатора по оплате за соответствующий период объясняется не тем, что он приостанавливает оплату в ответ на нарушение встречного обязательства, а тем, что обязательство арендодателя по обеспечению спокойного владения и пользования прекращается по обстоятельствам, за которые отвечает арендодатель, бесповоротно на данный период. Так как срок договора не пролонгируется, осуществить то предоставление, которое арендодатель не осуществил в этот период, уже будет невозможно, и *de facto* нарушение арендодателем обязательства приводит к окончательной невозможности его исполнения за данный период. В такой ситуации вследствие условного аспекта встречности прекращается и встречное обязательство арендатора по внесению арендных платежей за этот период. Это происходит не потому, что арендатор приостанавливает исполнение своего обязательства по оплате, допуская, что в будущем такое исполнение будет произведено, если арендодатель одумается, а в силу срабатывания правила об условном аспекте синаллагмы. Обязательство арендатора по внесению арендной платы в этот период прекращается в силу самого факта неполучения от арендодателя в этот период основного предоставления. Если и когда арендодатель возобновит исполнение, арендатор опять будет обязан платить, но эти платежи пойдут в счет будущих периодов владения и пользования. Обязательства же по внесению арендных платежей за период, когда арендатор был лишен возможности владеть и пользоваться объектом, бесповоротно и автоматически прекращаются.

Высшие суды в целом ряде дел признают отпадение обязанности по оплате за соответствующий период со ссылкой на ст. 328 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 9 апреля 2013 г. № 13689/12; определения СКЭС ВС РФ от 16 июня 2020 г. № 310-ЭС19-16588, от 29 января 2015 г. № 302-ЭС14-735, от 26 ноября 2019 г. № 309-ЭС19-13850, от 29 января 2019 г. № 305-ЭС18-16642; определения СКГД ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 89-КГ16-7, от 15 ноября 2016 г. № 32-КГ16-23; п. 5 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 12 июля 2017 г.)). Во всех данных делах речь шла о препятствиях к владению и пользованию арендованным объектом, исходящих от арендодателя или возникающих по обстоятельствам, находящимся в сфере его контроля. Но здесь имеется в виду не реактивно-защитный аспект встречности (право на приостановление оплаты как особое организационное средство защиты прав арендатора), так как исполнение обязательств сторон за соответствующий период не откладывается, и даже не право арендатора на пропорциональный

отказ от договора в отношении соответствующего этапа взаимодействия сторон (так как заявление об отказе не требуется), а срабатывание условного аспекта встречности.

Подробнее об условном аспекте встречности см. п. 2.6 комментария к настоящей статье и комментарий к ст. 416 ГК РФ.

2.3. Право на отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении

Пункт 2 ст. 328 ГК РФ устанавливает право на отказ от встречного исполнения (т.е. отказ от договора) и приостановление встречного исполнения и в тех случаях, когда нарушение договора контрагентом еще не произошло, но предвидится (возникают обстоятельства, очевидно свидетельствующие о том, что такое встречное исполнение произведено не будет).

Право на отказ от договора и на приостановление исполнения при предвидимом нарушении признается многими законодательствами и актами международной унификации договорного права (п. 2 ст. III.—3:401 и ст. III.—3:504 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.3 и 7.3.4 Принципов УНИДРУА, ст. 71 и 72 Венской конвенции 1980 г.).

2.3.1. Понятие предвидимого нарушения

Условием реализации права на отказ от договора и приостановление при предвидимом нарушении является возникновение после заключения договора обстоятельств, при которых становится очевидным, что встречное исполнение не состоится в принципе, будет осуществлено с существенной просрочкой или окажется пораженным существенным дефектом. То же касается и ситуации, когда становится очевидным, что в будущем обязательство должника прекратится невозможностью исполнения.

В принципе, эти последствия должны наступать и в тех случаях, когда после заключения договора сторона узнала о неких неизвестных ей на момент заключения, но фактически уже имевшихся к тому времени обстоятельствах. Например, после заключения посредством переписки договора на оказание услуг личного фитнес-тренера заказчик, который по условиям договора должен внести предоплату, узнает, что уже на момент заключения договора исполнитель находился в местах лишения свободы. В данном примере никакие новые обстоятельства после заключения договора не произошли, но заказчик узнает о риске, который ему не был известен на момент заключения договора.

Иначе говоря, важно, чтобы обстоятельства, свидетельствующие об очевидности будущего нарушения, либо стали известны кредитору, либо произошли после заключения договора.

Самая типичная ситуация использования таких средств защиты при предвидимом нарушении возникает тогда, когда один из контрагентов еще до наступления срока исполнения прямо заявляет другому о своем нежелании или неспособности исполнять свои обязательства. В рамках данного заявления контрагент должен недвусмысленно указать на то, что он по каким-то более или менее уважительным причинам или вовсе без указания причин не собирается исполнять договор. Такой отказ в силу ст. 310 ГК РФ сам по себе не приводит к прекращению договора. Соответственно, права и интересы кредитора еще не пострадали. Они будут затронуты фактически только в будущем, когда должник, возможно, реализует свою угрозу и действительно не будет исполнять договор. В данном случае само объявление о своем нежелании или неспособности в будущем исполнять договор не есть в узком смысле нарушение обязательства и, следовательно, у кредитора, казалось бы, не возникает право на отказ от договора, взыскание убытков или приостановление своего исполнения. Но здравый смысл, соображения справедливости и экономической эффективности подтолкнули юристов многих стран и российского законодателя признать право контрагента, столкнувшегося с таким заявлением своего партнера, выйти из договора еще до того, как договор будет фактически нарушен. И действительно, зачем кредитору выжидать, возможно, не самый короткий срок, чтобы фактически столкнуться с тем, о чем его контрагент уже предупредил? Ведь это будет пустой потерей времени, а в рыночной экономической парадигме время, как известно, деньги. Соответственно, право многих стран дало кредитору, получившему такое заявление, возможность в ответ отказаться от договора. Нельзя исключить и то, что в ответ на такое заявление должника кредитор вначале приостановит свое исполнение и только затем откажется от договора, если убедить должника передумать не удастся.

Второй случай — это возникновение обстоятельств, за которые отвечает должник, неких препятствий, которые делают очевидным будущее нарушение договора со стороны должника при отсутствии его прямого заявления об отказе от исполнения. Например, к этой категории относятся случаи ареста по требованиям третьих лиц, а равно добровольного отчуждения третьим лицам обещанного покупателю имущества или уникального оборудования, которое должно было использоваться в ходе выполнения работ. Если должник прямо не отказывается от исполнения, но его действия (бездействие) приводят к тому, что становится крайне вероятным будущее нарушение договора, то допустимо рассматривать данную ситуацию наравне с выше-

описанным примером с прямым заявлением должника о нежелании (неготовности) исполнять свое обязательство.

Наконец, следует выделить и третий случай. Предвидимое нарушение может возникнуть и тогда, когда объективно создаются условия, в которых будущее нарушение договора становится крайне вероятным, но сам должник не отвечает за возникновение таких обстоятельств. В качестве примеров таких случаев предвидимого нарушения можно привести ситуации, когда правительственные органы вводят эмбарго или тот или иной экспортно-импортный запрет, а также любое другое ограничение свободного экономического обмена. Эти меры никак не могут быть вменены должнику в вину, но сам факт того, что они вводятся, создает угрозу для осуществления в будущем того или иного экономического предоставления. Например, правительство решило ввести запрет на ввоз в Россию определенной продукции некоей страны. Срок поставки продукции – через три месяца, но вероятность того, что данное ограничение не будет снято, очень высока. Разумно ли дать покупателю, обязанному к внесению предоплаты, право законно приостановить оплату до прояснения ситуации, а при особой серьезности угрозы – отказаться от договора? Наш ГК РФ вслед за правом многих стран отвечает утвердительно. Другие примеры: помещение должника, обязанного к оказанию услуги, в СИЗО при отсутствии к тому правовых оснований, попадание его в долговременную кому и т.п.

Предвидимое нарушение может состоять в угрозе возникновения в будущем текущей просрочки, осуществления ненадлежащего исполнения, нарушения негативного обязательства. Например, если по условиям договора купли-продажи доли в ООО покупатель должен внести предоплату, и при этом до момента внесения предоплаты покупатель узнает, что ключевое заверение, которое дал продавец в отношении характеристик общества, доля которого продается, перестало отвечать реальности, и ключевой актив общества оказался объектом виндикационного иска третьего лица, покупатель может либо приостановить внесение аванса, так как в ином случае с большой долей вероятности произойдет ненадлежащее исполнение обязательств продавца – передача актива с качественными характеристиками, отличными от тех, которые оговорены в договоре, либо вовсе отказаться от договора в превентивном порядке в ответ на такое предвидимое существенное ненадлежащее исполнение.

2.3.2. Кто может воспользоваться правом на приостановление или отказ?

Правом приостановить исполнение при предвидимом нарушении обладает сторона, которая должна была осуществить свое исполне-

ние первой по очереди, но к моменту наступления срока исполнения по своему обязательству начинает обоснованно опасаться того, что встречное исполнение контрагентом в будущем произведено не будет или контрагентом будет допущено иное существенное нарушение (например, если после заключения договора, но до внесения заказчиком аванса погодные условия изменились настолько, что становится крайне вероятным, что к назначенному числу подрядчик не закончит работы, заказчик вправе отказаться от договора до внесения аванса).

Правом же отказаться от договора при предвидимом нарушении обладает та сторона, которая:

а) должна была исполнить свое обязательство первой по очереди, но до момента своего исполнения столкнулась с обстоятельствами, которые с очевидностью указывают на то, что в отношении встречного обязательства в будущем будет допущено существенное нарушение;

б) должна была исполнить свое обязательство первой по очереди, исполнила его, но до истечения срока осуществления встречного исполнения становится очевидным, что встречное исполнение в срок не произойдет (если в описанном выше примере заказчик внес аванс, но вскоре на фоне погодных условий и низких темпов работ становится понятно, что подрядчик не сможет выполнить работы в срок, то заказчик вправе отказаться от договора, не дожидаясь просрочки подрядчика, как то прямо указано в п. 2 ст. 715 ГК РФ, но могло бы быть выведено из общих правил и при отсутствии такой специальной нормы);

в) должна была исполнить свое обязательство второй по очереди, но до истечения срока на осуществление другой стороной предшествующего исполнения становится очевидным, что предшествующее исполнение так произведено и не будет (если в описанном примере заказчик должен был оплачивать работы постфактум, но на фоне создавшихся обстоятельств будущее существенное нарушение подрядчиком своих обязательств становится крайне вероятным, то заказчик вправе на основании п. 2 ст. 715 ГК РФ совершить превентивный отказ от договора, не дожидаясь впадения подрядчика в просрочку).

2.3.3. Степень очевидности будущего нарушения

Когда будущее нарушение предопределено (например, возникла временная невозможность исполнения, которая абсолютно точно не прекратится к моменту наступления срока исполнения), предвидимое нарушение налицо.

То же и в случае прямого заявления должника о нежелании или неспособности исполнить свое обязательство в будущем надлежащим образом.

В остальных случаях вероятность будущего нарушения для реализации прав на приостановление и отказ должна быть достаточно высокой, чтобы оправдать приостановление или отказ от договора. Какой конкретно уровень вероятности здесь должен присутствовать, решается с учетом соображений разумности, справедливости и доброй совести и принимая во внимание природу договора, существо отношений, характер осуществляемой превентивной меры защиты и иные значимые обстоятельства.

Так, уровень вероятности будущего нарушения, достаточный для реализации права на превентивный отказ от договора, должен быть более высоким, чем для реализации права на приостановление. Чем жестче превентивная санкция, тем более очевидны должны быть риски будущего нарушения. Для превентивного приостановления исполнения достаточно значимого возрастания после заключения договора кредитного риска (вероятности столкнуться с тем, что после осуществления своего предоставления встречного исполнения сторона так и не дожидается). Для превентивного же отказа от договора требуется либо более драматическое возрастание таких рисков, приближающее вероятность будущего нарушения к уровню если не предопределенности, то соответствия стандарту «вне разумных сомнений», либо затянувшееся сохранение умеренно выросшего риска. Например, если наступает срок внесения поставщику многомиллионной 50%-ной предоплаты по договору на поставку сборочной линии, но к этому моменту счета поставщика оказались арестованы по требованию налоговых органов, против руководителей поставщика возбуждено уголовное дело, и поставщик явно столкнулся с очень серьезными проблемами, разумный покупатель задержит внесение предоплаты, и в данной фабуле это будет соответствовать п. 2 ст. 328 ГК РФ. Безусловно, сгустившиеся над поставщиком тучи могут разойтись, но выросший риск достаточен, чтобы оправдать покупателя, решившего перестраховаться на фоне такой бури. Если же покупатель в подобной ситуации решит немедленно отказаться от договора, не подождав ни дня возможного прояснения на бизнес-небосводе поставщика, в большинстве случаев эта реакция может показаться непропорциональной риску. Но если вся эта тяжелая ситуация сохранится без динамики надолго, покупатель должен получить право на отказ от договора и возможность найти другого контрагента.

При этом уровень вероятности будущего нарушения, достаточный для отказа от договора стороны, которая должна осуществлять предшествующее исполнение (предоставить кредит, аванс, поставить товар с отсрочкой платежа и т.п.), может быть меньше, чем тот уро-

вень, который мог бы оправдать отказ от договора стороны, решившей не дожидаться наступления срока встречного исполнения в ситуации, когда она либо уже осуществила свое предоставление, либо должна осуществить свое предоставление второй по очереди. Если, например, покупатель внес плату за помещение, которое ему должно быть отчуждено по итогам строительства, срок передачи помещения – через два года, но к концу первого года темпы строительства таковы, что вероятность окончания строительства к сроку становится низкой, возможность превентивного отказа от договора может обсуждаться, но все же вероятность существенной просрочки в данном сценарии должна быть очень высокой. Значительного возрастания риска столкнуться с существенной просрочкой может быть недостаточно. Но если бы в этом примере покупатель, который внес при заключении договора аванс в 30%, должен был по условиям договора к концу первого года после заключения договора внести очередной транш размером в 20% цены, то же существенное отставание в темпах строительства могло бы оправдать приостановление внесения этого транша.

Иначе говоря, при определении соразмерности использования таких превентивных мер защиты необходим поиск баланса интересов сторон и учет различных обстоятельств.

2.3.4. Доказывание очевидности будущего нарушения

Самый сложный вопрос здесь состоит в доказывании обоснованности соответствующих опасений. С учетом серьезности таких мер, как приостановление исполнения или тем более отказ от договора, вполне естественно, что должник, сомнения в отношении будущего исполнения которого и стали поводом к их применению, может не согласиться с расторжением договора или приостановлением исполнения. Поэтому кредитор, пожелавший использовать свое право на отказ от договора или приостановление исполнения на данном основании, должен быть готов к предоставлению в случае спора убедительных доказательств, подтверждающих обоснованность возникших у него опасений. Например, если покупатель решил приостановить внесение предоплаты из-за возникшей угрозы того, что поставщик впоследствии товар не поставит, он должен быть осторожен. Поставщик может не согласиться с такой реакцией покупателя и предъявить к нему иск о взыскании убытков за необоснованную просрочку платежа. И тогда покупателю придется доказывать обоснованность своей оценки соответствующих угроз.

Опасения стороны, решившей реализовать обсуждаемые здесь меры превентивной защиты, должны быть реальными и опираться на фактические данные, а не на домыслы и предположения. Субъективные страхи и беспочвенные подозрения не могут приниматься в расчет.

При этом факторы, указывающие на обоснованность опасений, должны оцениваться через призму той информации, которой владеет или должен был владеть контрагент в момент принятия решения о приостановлении исполнения или об отказе от договора. Следует учесть, насколько обоснованной была реакция кредитора на имеющуюся у него информацию. Если разумный участник гражданского оборота на месте кредитора, имея ту же самую информацию, считал бы ее достоверной и очевидным (крайне вероятным), что должник существенным образом нарушит договор, то приостановление исполнения или отказ от договора должны считаться обоснованными. Оценивать обоснованность реакции кредитора необходимо, поставив среднестатистическое разумное лицо на его место и тем самым представив, насколько разумна была оценка кредитором имеющейся у него информации об очевидности будущего нарушения.

Возникает вопрос о том, насколько источник информации, использованный кредитором при принятии решения, заслуживал доверия. Представим, что кредитор предвидит будущее нарушение, узнав о финансовых трудностях партнера из недостоверного источника, которому не поверило бы разумное лицо (например, кредитор положился в этом вопросе на гороскоп), но каким-то чудесным образом он угадал правду, и должник действительно оказался в бедственном положении. В такой ситуации предвидение оказалось точным, но источники информации, положенные в основу предвидения, смехотворны и не убедили бы разумное лицо на месте кредитора.

Как представляется, если кредитор (пусть и при помощи карт Таро или прозрений во сне) угадал реальное состояние дел, совершенные им в связи с этим отказ от договора или приостановление собственного исполнения должны считаться правомерными. Если же нет, его реакция будет неправомерной.

Но возникает и более сложный вопрос. Та информация, которая имела у кредитора и которая в глазах разумного третьего лица могла оцениваться как вполне достоверное и убедительное свидетельство в пользу крайне вероятного будущего нарушения договора контрагентом, может быть в реальности неполной или недостоверной. Если бы кредитор обладал всей полнотой информации, оснований предвидеть будущее нарушение не было бы. Как быть в такой ситуации? Если объективно будущее нарушение не является высоко вероятным, но ошибочно казалось таковым кредитору с учетом доступной ему информации в силу неполноты или несовершенства имеющихся у него знаний о фактах или любому разумному лицу, которое обладало бы той же информацией на его месте, ситуация более сложная.

Решение этой проблемы, видимо, может быть следующим. Интересы сторон в такой ситуации балансируются за счет правила, согласно которому кредитор, прежде чем приостанавливать исполнение или расторгать договор на основании предвидимого нарушения, обязан провести с должником переписку, предупредив его о планируемой реакции, дав возможность развеять сомнения или предоставить достаточные обеспечения будущего своего исполнения (это правило признано в практике ВС РФ (см. п. 2.3.7 комментария к настоящей статье)). Если должник, получив запрос, развеял сомнения кредитора и сообщил ему дополнительную или опровергающую информацию, обоснованность реакции кредитора будет оцениваться с учетом всей этой информации. Если же должник в ответ на запрос промолчал, он впоследствии не может оспаривать совершенный отказ или приостановление, ссылаясь на то, что информация, на которую опирался кредитор, недостоверна или неполна, и в реальности соответствующих угроз, которые могли бы оправдать такую реакцию, не было, если в глазах разумного третьего лица доступная кредитору информация могла быть оценена как указывающая на предвидимое нарушение.

Остается отметить, что ситуацию можно упростить, если в договоре прямо обозначить обстоятельства, наступление которых будет давать право на отказ или приостановление. Этот прием договорной техники очень распространен на практике, и его следует только приветствовать, так как он позволяет снять очень многие вопросы.

2.3.5. Существенность нарушения

Для оправдания превентивного отказа от договора или приостановления исполнения предвидеться должно не всякое, а только лишь существенное нарушение (если иное не предусмотрено договором). Если, например, из факта задержки выхода сухогруза из порта отправления стало очевидно, что он придет в порт назначения на несколько дней позже, покупатель, пожелавший отказаться от договора превентивно со ссылкой на предвидимое нарушение срока поставки, должен быть готов к тому, что в суде начнет анализироваться вопрос о существенности предвидимой просрочки (ст. III.—3:504 Модельных правил европейского частного права, ст. 7.3.3 Принципов УНИДРУА). По той же причине покупатель вряд ли может приостановить внесение предоплаты в ситуации, когда предвидится незначительное нарушение, которое не будет предоставлять кредитору право на отказ от договора.

2.3.6. Возбуждение дела о банкротстве как предвидимое нарушение

Вопрос о том, может ли в качестве обстоятельства, дающего право на превентивный отказ от договора или приостановление исполнения обязательства, выступать возбуждение против должника дела о банк-

ротстве или введение той или иной банкротной процедуры (прежде всего конкурсного производства), может вызывать споры. Общим правилом должно быть признание допустимости применения в такой ситуации норм п. 2 ст. 328 ГК РФ. В конечном счете трудно найти более убедительный резон сомневаться в способности должника исполнить в будущем его обязательство, чем возбуждение против должника дела о банкротстве. Например, в большинстве случаев, право приостановить исполнение обязательства по внесению аванса по договору строительного подряда в ответ на возбуждение против подрядчика дела о банкротстве должно признаваться. В то же время, если кредитор, узнав о возбуждении против должника дела о банкротстве, не приостановил свое исполнение (например, внесение предоплаты), а сразу отказался от договора, такое поведение в ряде ситуаций может выглядеть как не вполне соответствующее принципам честной деловой практики. Ведь само возбуждение дела о банкротстве могло быть необоснованным, а дело могло быть быстро прекращено. Но если дело дошло до конкурса, отказ от договора со стороны контрагента со ссылкой на предвидимое будущее нарушение уже точно должен признаваться, как минимум по общему правилу (если, конечно, сам арбитражный управляющий не реализовал право на отказ от договора от имени должника).

Иногда возникают споры в отношении вопроса о допустимости превентивного отказа кредитора от договора на основании п. 2 ст. 328 ГК РФ по причине возбуждения против должника дела о банкротстве в ситуации, когда речь идет о длящихся договорах, наличие которых предопределяет в значительной степени бизнес должника (например, франчайзинг, дистрибьюторский договор, аренда основного производственного актива и т.п.). Более того, в ряде зарубежных правовых порядков условия договоров, предоставляющие право на такой отказ от договора в ответ на возбуждение против контрагента дела о банкротстве (так называемые условия *ipso facto*), ставятся под сомнение. Превентивный отказ кредитора от подобных договоров только по той причине, что против должника завели дело о банкротстве, практически неизбежно «добьет» должника и лишит его каких-либо шансов на нормальное функционирование в ходе осуществления процедур наблюдения и возможную реабилитацию (когда и если реабилитационные механизмы в российском банкротном праве реально заработают), что может поставить под удар интересы других кредиторов. В таких ситуациях интерес конкретного кредитора в прекращении реализации договора может в ряде случаев уступить интересам остальных кредиторов сохранить функционирование должника. Соответст-

венно, суд не лишен возможности с учетом конкретных обстоятельств заблокировать право на отказ на основании п. 2 ст. 328 ГК РФ и даже условия договора, эксплицитно предоставляющего такое право, если очевидно, что с учетом баланса интересов конкретного контрагента и интересов конкурсных кредиторов такой отказ представляет собой злоупотребление правом.

В Определении СКЭС ВС РФ от 28 января 2021 г. № 304-ЭС15-17252 (3) по похожему поводу (правда, в контексте уже имеющейся просрочки арендатора) указано следующее: «Действительно, в процедурах банкротства сталкиваются разнонаправленные интересы. С одной стороны, интересы публичного собственника сданного в аренду имущества, наделенного правомочиями по распоряжению этим имуществом (с учетом прав и обязанностей сторон договора аренды (статьи 209, 606 Гражданского кодекса Российской Федерации), особенностей земельных отношений), с другой – интересы рассчитывающих на максимальное пополнение конкурсной массы должника и его кредиторов.

Определяя баланс интересов, суд может признать публичного арендодателя лицом, злоупотребившим правом, и по этой причине отказать ему в защите (статья 10 Гражданского кодекса Российской Федерации). При этом участники дела о банкротстве должника, заявляя о злоупотреблении правом, должны раскрыть, в чем именно это злоупотребление заключается, а суд – соответствующие доводы проверить и установить свидетельствующие об этом обстоятельства».

Нельзя исключить, что подобные же рассуждения применимы *a fortiori* и к ситуации, когда нарушения договора арендатором нет, и оно лишь предвидится.

Впрочем, пока в российском праве не работают механизмы реабилитации, блокирование прав на отказ от подобных договоров кажется не столь актуальным и востребованным. Вынуждать контрагента сохранять договор в силе на фоне существенно выросших – в условиях попадания партнера под банкротные (особенно конкурсные) процедуры – рисков будущего существенного нарушения в большинстве случаев несправедливо. В случае введения в российское право эффективных процедур банкротной реабилитации данный вопрос станет столь же актуальным, как и в ряде зарубежных стран. Насколько известно, в рамках обсуждаемых на момент написания настоящего текста предложений по имплементации в российском банкротном праве механизмов реабилитации фигурирует и идея о блокировании права контрагента на отказ от ряда договоров с должником, в отношении которого вводятся реабилитационные процедуры.

2.3.7. Предупреждение о планируемой реализации мер превентивной защиты и уведомление о реализации таких мер

Прежде чем воспользоваться своим правом на отказ от договора или на приостановление исполнения при предвидимом нарушении, сторона должна предупредить другую сторону и сообщить ей о возникших опасениях.

Контрагент, получивший такое предупреждение, может развеять возникшие сомнения, дав соответствующие пояснения. Так, например, когда основанием для приостановления внесения предоплаты становится информация о неполучении продавцом разрешительных документов на экспорт товара, сомнения в будущем надлежащем исполнении могут быть развеяны направлением в адрес покупателя, приостановившего выплату аванса, извещения о том, что такие разрешения все же были получены (например, со ссылками на исходные данные соответствующей разрешительной документации), а следовательно, риск непоставки товара в срок отпал. Если поводом для приостановления стала информация о начавшейся забастовке, то в ответ на предупреждение сторона, чье будущее исполнение было поставлено под сомнение, может довести до своего партнера достоверную информацию о прекращении забастовки.

Впоследствии наличие таких опровержений или уточнений по поводу информации о рисках может использоваться судом при оценке очевидности и степени вероятности предполагаемого нарушения, а молчание должника, чье будущее исполнение поставлено под сомнение, может быть использовано против него в ситуации, когда доступная кредитору информация действительно могла восприниматься в глазах разумного лица на месте кредитора как указывающая на предвидимое нарушение, пусть в реальности она была неполной или недостоверной. Как уже отмечалось, если должник, получив предупреждение, не попытался устранить информационную асимметрию, он впоследствии не может оспаривать использованные кредитором с опорой на п. 2 ст. 328 ГК РФ средства защиты, ссылаясь на несоответствие действительности или неполноту информации, на которую кредитор опирался, принимая решение.

Другая цель направления предупреждения состоит в том, чтобы предоставить контрагенту возможность в ответ на предупреждение вместо уточнений или опровержений предоставить достаточные дополнительные обеспечения своего встречного исполнения. Например, он может предложить поменять очередность исполнения и выразить готовность осуществить свое поставленное под сомнение исполнение первым по очереди, предоставить поручительство третьего лица или независимую гарантию. Если достаточные обеспечения предоставле-

ны, право на отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении отпадает, если реализация таких способов защиты с учетом наличия таких предложений будет противоречить доброй совести.

При этом крайне важно отметить, что гарантии будут считаться достаточными, даже если они не гарантируют, что нарушение не произойдет, но при этом гарантируют, что исполнение будет осуществлено, хотя бы и с незначительными нарушениями (например, с небольшой просрочкой).

При этом выражение готовности предоставить обеспечение не всегда заблокирует право на отказ или приостановление. Например, если для администрации города принципиально важно завершить те или иные работы по благоустройству к праздничной дате и после заключения договора возникают обстоятельства, которые с очевидностью указывают на то, что подрядчик не справится со своими обязательствами (например, темп работ крайне медленный), администрация должна иметь право на превентивный отказ от договора, даже если подрядчик предложит независимую гарантию надежного банка в обеспечение своих обязательств по возмещению убытков в случае, если нарушение все-таки будет допущено. Если администрацию волнуют не деньги и покрытие своих убытков, а реальное исполнение, то ей лучше как можно скорее отказаться от договора с проблемным подрядчиком и нанять другого, когда еще есть шанс успеть сделать намеченное. Если этого не сделать, при столкновении с нарушением договора со стороны подрядчика возмещение финансовых потерь администрации за счет независимой гарантии может быть слабым утешением.

Положение о необходимости направления предупреждения не закреплено в ст. 328 ГК РФ, но очевидно вытекает из принципа добросовестности (п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ), предусмотрено в международных актах унификации договорного права (п. 3 ст. 71 и п. 2 ст. 72 Венской конвенции 1980 г., ст. 7.3.4 Принципов УНИДРУА, п. 2 ст. III.–3:401 Модельных правил европейского частного права) и в конечном счете поддержано в практике ВС РФ (п. 57 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54).

Также очевидно, что никаких предупреждений высылать нет необходимости, если обстоятельством, свидетельствующим о будущем существенном нарушении, является прямой отказ контрагента исполнять свои обязательства (п. 3 ст. 72 Венской конвенции 1980 г.).

Каковы последствия нарушения данной обязанности направить предварительное предупреждение? Если кредитор отказался от договора или приостановил свое исполнение, не дав контрагенту возмож-

ности объясниться, развеять сомнения или предоставить дополнительные обеспечения, можно теоретически обсуждать такую санкцию, как лишение отказа или приостановления признаков правомерности. Но есть сомнения в том, что такая санкция уместна.

Как минимум если очевидно, что опасения кредитора были на самом деле обоснованными и при этом никакие обеспечения, вероятнее всего, либо не были бы предоставлены, либо не смогли бы парализовать право кредитора на отказ или приостановление с точки зрения доброй совести, ставить под сомнение правомерность реализации указанных способов защиты нелогично.

При этом кредитор, который заявляет отказ или приостанавливает исполнение, не предупредив должника, действует на свой риск. Если кредитор не дал должнику шанс прояснить ситуацию, он несет риск того, что его решения о приостановлении или отказе могут быть позднее поставлены под сомнение в случае, если реальная картина и объективные риски не соответствовали той информации, которой обладал кредитор, даже при условии, что доступная кредитору информация объективно казалась вполне убедительной и достаточной для вывода о предвидимом нарушении и была бы так же оценена любым разумным лицом на месте кредитора.

Единственный спорный случай проявляет себя тогда, когда информация, доступная кредитору, достоверна и полна, но должник мог бы парализовать право кредитора на приостановление или отказ, предоставив обеспечение. Здесь заявление об отказе или приостановлении, совершаемое без предварительного предупреждения, лишает должника возможности воспользоваться правом предоставить обеспечение. Доказать убытки, возникающие у должника в связи с лишением его гипотетической возможности парализовать приостановление или отказ за счет предоставления обеспечения или иных гарантий, в такой ситуации крайне сложно. Если ответственности за нежелание предупреждать *de facto* не будет и нарушение данной обязанности мы не признаем обязательным условием для реализации прав на превентивные приостановление или отказ, какой стимул будет у кредитора такое предупреждение направлять?

Возможно, в таких ситуациях должник, не получивший предварительное предупреждение, но получивший заявление об отказе или уведомление о приостановлении, должен наделяться правом ретроактивно лишить такие шаги кредитора эффекта правомерности, предложив в разумный срок достаточное обеспечение или иные гарантии. Если должник этого не делает, впоследствии оспаривать правомерность отказа или приостановления он уже не может.

Иначе говоря, в этих вопросах многое зависит от различных нюансов и фактических обстоятельств, что требует интенсивного применения судом принципа доброй совести.

При этом выше речь шла о необходимости предупреждения. Совсем иной вопрос касается обязанности направления уведомления о реализации указанных превентивных санкций. Об отказе от договора в ответ на существенное предвидимое нарушение необходимо заявить, так как такой отказ – это односторонняя сделка, требующая восприятия и влекущая правопрекращающий эффект с момента доставки такого заявления (ст. 165.1, п. 1 ст. 450.1 ГК РФ).

Необходимо уведомить контрагента и о реализации права приостановить исполнение, так как контрагент должен точно знать, что ему не стоит ждать исполнения. При этом в случае фактического приостановления исполнения ненаправление уведомления не должно само по себе лишать приостановление эффекта правомерности, но контрагент, чье будущее нарушение предвидится, должен иметь право на взыскание убытков, вызванных тем, что он не знал о сделанном контрагентом выборе в пользу приостановления и мог, находясь в неведении, тщетно нести те или иные издержки, связанные с подготовкой к принятию исполнения.

2.3.8. Предвидимое нарушение кредиторской обязанности

В ряде случаев предвидимым нарушением может оказаться просрочка кредитора. И тогда может стать востребованным применение по аналогии указанного в п. 2 ст. 328 ГК РФ механизма приостановления исполнения. Так, представим, что должник, обязанный осуществить исполнение, получает информацию, из которой становится очевидным, что кредитор не примет его исполнение. Имеет ли право должник приостановить свое исполнение до прояснения ситуации? Например, поставщик получил из независимого источника информацию о том, что покупатель с большой долей вероятности не сможет принять товар из-за аварии в порту назначения или получил от самого покупателя письмо, в котором тот заявил о своем нежелании принимать товар. В такой ситуации поставщик вполне резонно предвидит, что в случае доставки имущества покупателю оно им не будет принято. Другой пример: если подрядчик узнает, что заказчик не передаст ему в срок картину для реставрации, так как она была украдена, он вправе приостановить исполнение тех своих договорных обязательств, которые он, согласно договорной программе, должен был осуществлять еще до передачи картины на реставрацию (например, по закупке материалов, проектированию и согласованию реставрационных работ и т.п.). Иначе говоря, когда мы имеем ситуацию предвидимого нарушения

кредиторской обязанности, было бы верхом несправедливости лишать сторону, решившую задержать исполнение своих обязательств или даже отказаться от договора, соответствующего права. Но многое зависит от конкретных обстоятельств и принципа доброй совести.

2.3.9. Убытки

При этом положения п. 2 ст. 328 ГК РФ вслед за рядом правопорядков мира в дополнение к праву на отказ от договора при предвидимом нарушении предусматривают также и право на взыскание убытков. Кредитор, эффективно отказавшийся от договора в ответ на возникновение ситуации предвидимого нарушения, вправе также потребовать от должника возмещения убытков. Судя по всему, имеется в виду возмещение убытков по модели защиты позитивного договорного интереса на основании ст. 393, 393.1 и п. 5 ст. 453 ГК РФ. Это с точки зрения реальных правовых последствий и доступных санкций фактически полностью приравнивает ситуацию очевидности будущего нарушения к реальному уже состоявшемуся нарушению договора.

Взыскание убытков в подобной ситуации наряду с правом на отказ от договора однозначно оправдано в ситуации, когда должник прямо заявляет о нежелании или неспособности исполнить договор в будущем. Но закон допускает взыскание убытков и в иных случаях предвидимого нарушения. Возможно, здесь требуется некоторая дифференциация: допущение взыскания таких убытков только в тех случаях, когда будущее существенное нарушение предвидится с вероятностью вне разумных сомнений и по обстоятельствам, за которые отвечает должник.

Как было показано, в ситуации, когда кредитор, решившийся отказаться от договора, должен был по его условиям осуществлять предшествующее исполнение, кредитовать должника, справедливость требует допущения отказа и в менее очевидных случаях, когда после заключения договора просто существенно возрастает кредитный риск. Но в подобной ситуации предоставление отказавшейся стороне еще и права взыскания убытков кажется избыточным и несправедливым. Например, если банк отказывается от выдачи кредита в ситуации ухудшения финансового положения заемщика, он действует в своем праве (ст. 328, 807, 821 ГК РФ), но предоставление банку еще и права на взыскание убытков кажется избыточным и не вполне справедливым.

Кроме того, даже в ситуации, когда после заключения договора возникли обстоятельства, которые предопределяют неизбежное будущее существенное нарушение, при привлечении к ответственности необходимо учесть правила ст. 401 ГК РФ об основаниях освобожде-

ния от ответственности. Если речь идет об обстоятельствах, которые, дожидись кредитор формального нарушения, освобождали бы должника от ответственности, взыскать убытки нельзя. Например, если преподаватель, привлеченный институтом для чтения лекции на краткосрочном курсе повышения квалификации на основании гражданско-правового договора, тяжело заболел, и стало очевидно, что он не сможет принять участие в курсе в согласованные сроки, институт, видимо, может отказаться от договора с ним на основании п. 2 ст. 328 ГК РФ, не дожидаясь даты проведения курса и констатации нарушения договора преподавателем, но о взыскании убытков речь идти не может в силу отсутствия вины (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ).

2.3.10. Специальные нормы

Специальные нормы закона в ряде случаев уточняют или подтверждают положения п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве отказаться от договора или приостановить исполнение при предвидимом нарушении.

Например, в силу п. 3 ст. 807 и п. 1 ст. 821 ГК РФ в договоре консенсуального займа или кредита займодавец или банк вправе отказаться от предоставления заемщику предусмотренного договором займа или кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленный заем или кредит не будет возвращен в срок. Очевидно, что речь должна идти о значимом возрастании после заключения договора кредитных рисков, резко повышающих вероятность невозврата заемщиком займа, если таковой будет предоставлен.

Согласно п. 2 ст. 715 ГК РФ «если подрядчик... выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения убытков». Норма же п. 3 ст. 715 ГК РФ гласит: «если во время выполнения работы станет очевидным, что она не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назначить подрядчику разумный срок для устранения недостатков и при неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования отказаться от договора подряда либо поручить исправление работ другому лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков». Обе нормы дают заказчику право на превентивный отказ от договора до того, как само нарушение в виде просрочки или сдачи некачественного результата работ состоялось.

В соответствии с ч. 1.1 ст. 9 Закона об участии в долевом строительстве по требованию участника долевого строительства договор может быть расторгнут в судебном порядке в случае «прекращения или приостановления строительства (создания) многоквартирного

дома и (или) иного объекта недвижимости, в состав которых входит объект долевого строительства, при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что в предусмотренный договором срок объект долевого строительства не будет передан участнику долевого строительства». Иногда нижестоящие суды считают, что из этой нормы следует, что превентивный отказ возможен, только если строительство формально прекращено или приостановлено, а если оно движется, пусть и настолько черепашьими темпами, что будущая существенная задержка в сдаче дома в эксплуатацию становится неизбежной, а следовательно, будет неизбежно допущена существенная просрочка по обязательству передать помещение, превентивный отказ невозможен. Данное толкование нелепо. Очевидно, что в описанной фабуле покупатель должен иметь право не дожидаться неизбежной будущей просрочки, а требовать расторжения договора и возврата уплаченной цены превентивно, дабы купить на эти средства другое жилье.

Подробный разбор этих и иных подобных специальных норм выходит за рамки настоящего комментария.

2.4. Приостановление исполнения или отказ от договора в ответ на нарушение обязательства в форме частичного исполнения

2.4.1. Пропорциональное приостановление или отказ

Абзац второй п. 2 ст. 328 ГК РФ предусматривает механизм пропорционального отказа от договора или пропорционального приостановления исполнения в случае, если должник осуществил лишь часть причитающегося с него исполнения. В данном случае отказ от договора или приостановление исполнения осуществляются в части, пропорциональной неисполненной части обязательств другой стороны. Это, естественно, возможно, только если встречное исполнение делимо (например, оплата цены). Соответственно, если покупатель выплатил лишь 50% от предусмотренной договором предоплаты, поставщик вправе поставить 50% от объема поставки и приостановить поставку остальных 50% товара или отказаться от договора в части этой половины. Последнее возможно, только если просрочка в исполнении оставшейся части носит существенный характер (п. 2 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ).

Эта же логика применима и в тех случаях, когда у должника перед кредитором было несколько взаимосвязанных обязательств, структурирующих несколько предоставлений, а кредитор в обмен должен был уплатить единую цену или осуществить иное единое, но делимое предоставление. Если должник не исполнил одно из таких обязательств, кредитор вправе приостановить уплату части цены, соразмерной тому

предоставлению, которое не было исполнено. Если кредитор в такой ситуации желает бесповоротно отказаться от уплаты соответствующей части цены, то речь идет фактически о реализации права на соразмерное уменьшение цены (см. п. 2.5 комментария к настоящей статье). В ситуации, когда речь идет о просрочке в осуществлении одного из предоставлений, такой пропорциональный отказ в форме уменьшения цены возможен только при существенности просрочки.

То же касается и ситуации, когда часть осуществленного должником предоставления оказалась дефектной. Если дефект существенен и устраним, кредитор потребовал устранения дефекта и налицо иные условия для приостановления исполнения в ответ на ненадлежащее исполнение (п. 2.2.2 комментария к настоящей статье), кредитор может приостановить исполнение своего делимого встречного обязательства в соразмерной части. Например, если в поставленной партии 30% товара оказались дефектными, покупатель потребовал заменить эту часть товара в течение дополнительного срока, он может оплатить 70% цены и приостановить оплату 30% цены до замены этой части товара. Но если дефект существенен и такое нарушение оправдывает немедленный пропорциональный отказ с точки зрения п. 2 ст. 450 и п. 4 ст. 450.1 ГК РФ, кредитор может не давать должнику второй шанс и заявить отказ от договора в части дефектного предоставления. Так, в вышеописанном примере покупатель может уплатить 70% цены и заявить отказ в отношении дефектной части отгрузки, отказавшись от этой части полученного товара и вернув его, если такой немедленный отказ оправдан в точки зрения доброй совести.

Возможность пропорционального приостановления исполнения или отказа от договора признается во всех известных правопорядках и многих актах международной унификации частного права (п. 1 ст. 51 Венской конвенции 1980 г., п. 4 ст. III.—3:401 и п. 2 ст. III.—3:506 Модельных правил европейского частного права).

2.4.2. Непропорциональные приостановление или отказ

В описанной в п. 2.4.1 ситуации нарушения обязательства в форме частичного исполнения или исполнения обязательства с дефектом, затрагивающим лишь часть исполнения, пострадавшая сторона может при определенных условиях приостановить свое встречное исполнение или отказаться от договора *в целом*. Такая непропорциональная реакция в ряде случаев вполне допустима.

Согласно ст. 311 ГК РФ кредитор по общему правилу вправе не принимать исполнение по частям. Но кредитор может принять частичное исполнение в надежде на то, что должник далее исполнит остальное, не теряя возможность в дальнейшем отказаться от договора в целом

и вернуть полученное, если оставшаяся часть предоставления так и не будет осуществлена. В связи с этим кредитор, получивший частичное исполнение, вправе приостановить исполнение своего встречного обязательства в целом до момента, пока должник не предоставит остальное. Если у него есть право на непропорциональный отказ при сохранении просрочки в отношении оставшейся части, то у него есть и право приостановить все исполнение непропорционально. Например, если продавец переоформил на покупателя передаточным распоряжением не весь согласованный пакет акций, пообещав переоформить остальное в ближайшее время, сняв с них залог, покупатель может принять предложенное, но приостановить оплату не пропорционально полученной части акций, а полностью.

Но такая непропорциональная реакция должна быть обусловлена существенным характером нарушения должником условия об объеме исполнения, создающим для кредитора реальную угрозу утери интереса в исполнении договора в целом в случае непредоставления оставшейся части. Например, если поставщик вместо 100 т привез 99,5 т груза, обещая оставшееся довести позднее, попытка покупателя, принявшего первую часть, непропорционально отказаться в дальнейшем от всего договора в целом (с возвратом отгруженного) вместо пропорционального отказа от договора в части непоставленных 500 кг при неспособности поставщика довести этот остаток, с учетом конкретных обстоятельств может быть признана недобросовестной и несоразмерной. По той же причине в подобной ситуации будет недобросовестной и попытка приостановить платеж всей цены, а не 0,5% такой цены. Непропорциональное приостановление будет соразмерной реакцией только в той степени, в которой кредитор будет иметь право на непропорциональный отказ в ситуации продолжения просрочки в отношении неисполненной части обязательства.

Соответственно, если частичное неисполнение подрывает интерес кредитора в исполнении договора в целом, возможны непропорциональный отказ от договора или непропорциональное приостановление встречного исполнения. Такой подход находит поддержку и в судебной практике (см.: Определение СКЭС ВС РФ от 9 декабря 2014 г. № 305-ЭС14-3435; абзац первый п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35).

Соответственно, сторона, столкнувшаяся с исполнением обязательства должника в ненадлежащем объеме, вправе выбрать стратегию защиты и приостановить свое встречное исполнение или отказаться от него либо пропорционально, либо непропорционально; последнее возможно при такой существенности нарушения, которая оправдывает

непропорциональность приостановления или отказа. Данная альтернатива четко отражена в п. 4 ст. III.—3:401 и ст. III.—3:506 Модельных правил европейского частного права, а также в ст. 51 Венской конвенции 1980 г.

То же с необходимыми адаптациями применимо и к случаям осуществления исполнения, часть из которого поражена дефектом. Заказчик, столкнувшийся с тем, что часть из выполненных подрядчиком работ поражена дефектом, может приостановить всю оплату до его устранения, если дефект носит такой характер, что его неустранение будет оправдывать полный, непропорциональный отказ от договора подряда.

В то же время, если кредитор получил частичное исполнение, он теряет право на непропорциональное приостановление исполнения в случаях, если в разумный срок не заявит иск о понуждении должника к исполнению, либо в силу природы обязательства (ст. 308.3 ГК РФ) не может заставить должника исполнить остальное. Приостановление исполнения направлено на стимулирование реального исполнения, но в ситуации, когда оно не предвидится и кредитор не намерен добиваться его в принудительном порядке, кредитор должен переходить к отказу от договора. При этом кредитор не вправе пользоваться полученной частью предоставления, и он не может не осуществлять все свое встречное исполнение бесконечно. Добрая совесть требует от него в такой ситуации осуществить либо пропорциональный отказ от договора, либо непропорциональный отказ, когда это оправдано с точки зрения баланса интересов сторон и принципов справедливости и соразмерности. Например, если продавец переоформил на покупателя часть обещанного пакета акций, но остальное переоформить ему так и не удалось (так как банк отказался снимать залог с этой части его пакета), покупатель не может одновременно использовать корпоративные права, вытекающие из приобретенного пакета акций, воздерживаться от реализации своих прав на отказ от договора ни в целом, ни пропорционально и при этом не платить продавцу ни копейки вечно. Покупатель, получив от продавца сообщение о неспособности обеспечить переоформление остальной части продаваемого пакета акций, должен прекратить это состояние подвешенности либо в разумный срок подать иск о переоформлении акций, если такой иск имеет перспективы, либо отказавшись от договора в целом и вернув полученные акции, либо отказавшись от договора пропорционально, оставив себе полученное и заплатив за него, но прекратив взаимные обязательства сторон в отношении оставшейся части пакета акций.

2.5. Соразмерное снижение цены

Российское право вслед за правовыми порядками многих европейских стран признает такой способ защиты, как соразмерное уменьшение договорной цены в ответ на получение дефектного встречного предоставления (продажи некачественного товара, передачи арендатору объекта аренды с дефектом, выполнения работ или услуг ненадлежащего качества и т.п.). Данное средство защиты предусмотрено в ст. 475, 612, 723 ГК РФ и ряде других норм. Логика этого средства защиты в том, что лицо, осуществившее предоставление более низкого качества, чем оговорено в договоре или следует из закона, иного правового акта или обычаев, не вправе претендовать на уплату всей согласованной цены. Если цена была уже уплачена, плательщик, управомоченный на снижение цены, вправе потребовать возврата части уплаченной цены; если еще нет, то соответствующая часть его долга просто списывается.

ВС РФ выводит право на соразмерное снижение цены за рамки тех случаев, в отношении которых закон прямо указал на доступность такого средства защиты. Так, устоялась практика снижения цены, уплаченной принципалом гаранту за выставление независимой гарантии в ситуации, когда в результате введения в отношении банка-гаранта моратория, отзыва у него лицензии и признания банка банкротом «эффективность гарантии снизилась». Суд считает, что в такой ситуации необходимо дать оценку эквивалентности предоставленного банком исполнения и встречного исполнения со стороны принципала, провести при необходимости экспертизу и определить ту часть согласованного вознаграждения банка-гаранта, которая подлежит возврату или более не подлежит уплате банку (см. определения СКЭС ВС РФ от 3 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-11743, от 18 апреля 2019 г. № 305-ЭС18-19708, от 20 марта 2019 г. № 304-ЭС18-20504).

Целый ряд деталей функционирования такого способа защиты в российском праве не прояснен (о формуле снижения цены, отличиях от взыскания убытков по модели защиты позитивного договорного интереса или зачета своего требования о взыскании таких убытков к своему долгу о внесении цены и мн. др.). Здесь не место погружаться в разбор правового режима такого способа защиты. Важно отметить, что, как видно из вышеуказанных определений по снижению вознаграждения за выдачу гарантии, суды выводят этот институт из идеи синаллагмы и ссылаются на правила ст. 328 ГК РФ, как минимум когда для снижения цены не находится специальное законодательное основание. В каком-то смысле действительно идея синаллагмы и взаимобусловленности здесь заявляет о себе в полной мере.

2.6. Реализация условного аспекта синаллагмы при прекращении обязательства невозможностью исполнения

В силу п. 1 ст. 416 ГК РФ в той интерпретации, которая поддержана ВС РФ, обязательство прекращается объективной бесповоротной невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает. Согласно п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 по общему правилу, если обязанность одной стороны прекратилась невозможностью исполнения, то прекращается и встречная обязанность другой стороны. Это известное проявление идеи синаллагмы (так называемый условный аспект синаллагмы) Суд вывел из толкования п. 1 ст. 328 ГК РФ, т.е. из самой природы встречного исполнения.

По мнению ВС РФ, исключения составляют случаи, когда на должнике по встречному обязательству лежит риск наступления невозможности исполнения в виде сохранения его обязанности, несмотря на то что обязательство другой стороны прекратилось невозможностью исполнения (риск непополнения встречного предоставления), и (или) в виде наступления обязанности возместить убытки (риск убытков). Эта позиция подтверждается и в практике ВС РФ по конкретным делам (Определение СКЭС ВС РФ от 6 августа 2020 г. № 301-ЭС19-25810).

Это правило применимо прежде всего к обязательствам, находящимся в прямой синаллагматической связи. Но оно также применимо и к таким договорам, как простое товарищество, учредительный договор о создании ООО, корпоративный договор, соглашение о порядке использования общего имущества. Например, если невозможностью исполнения погашается обязательство внести вклад в общее дело одной из сторон, должно прекращаться и обязательство другой стороны.

Вышеуказанное правило в принципе по аналогии применимо и к тем случаям, когда речь идет о кредиторской обязанности. Если становится бесповоротно объективно невозможным и прекращается в силу п. 1 ст. 416 ГК РФ обязательство одной из сторон по осуществлению договорного предоставления, автоматически прекращается и кредиторская обязанность другой стороны принять исполнение и содействовать ему. И, наоборот, если становится бесповоротно невозможным исполнение кредиторской обязанности принять исполнение или обеспечить должнику возможность исполнения его обязательства по осуществлению предоставления, последнее также автоматически прекращается (например, обязательство подрядчика выполнить ремонт вещи прекращается, если вещь погибла).

Подробнее об условном аспекте синаллагмы см. комментарий к ст. 416 ГК РФ.

3. Функциональный аспект встречности

Пункт 3 ст. 328 ГК РФ в актуальной его редакции, вступившей в силу с 1 июня 2015 г., содержит правило, согласно которому в договоре, предусматривающем встречное исполнение, ни одна из сторон не вправе требовать исполнения от другой стороны, не предоставив причитающееся с нее встречное исполнение.

Как следует толковать данное положение закона?

Из нормы п. 3 комментируемой статьи следует, что сторона, которая ранее не осуществила надлежащее предоставление по договору, не вправе требовать исполнения встречного обязательства другой стороны даже при формальном наступлении срока исполнения такого обязательства в той степени, в которой этой другой стороне принадлежит право на приостановление исполнения. Впрочем, этот вывод следует непосредственно из содержания п. 2 ст. 328 ГК РФ, закрепляющего реактивно-защитный аспект встречности. Так что далее мы рассмотрим иные импликации комментируемого пункта.

3.1. Одновременность исполнения взаимных обязательств по синаллагматическому договору

Из положения комментируемого пункта можно, в частности, вывести порядок осуществления взаимного обмена встречными предоставлениями в ситуации, когда из условий договора, закона, иного правового акта, обычая, принципа доброй совести следует, что стороны осуществляют свои встречные предоставления, находящиеся в синаллагматической связи, одновременно. Это касается тех случаев, когда одновременность обмена, в принципе, технически возможна.

В принципе, одновременность взаимного обмена по умолчанию подразумевается в силу характера договора всякий раз тогда, когда из закона, иного правового акта, обычая, условий сделки или принципа доброй совести не следует четкая очередность осуществления встречных предоставлений, находящихся в прямой синаллагматической связи, и, соответственно, нет ясности в вопросе, кто из сторон должен делать первый шаг. Согласно устоявшемуся подходу, в такой ситуации взаимный обмен должен осуществляться одновременно, если это, в принципе, возможно (п. 1 ст. 6.1.4 Принципов УНИДРУА, ст. III.–2:104 Модельных правил европейского частного права).

Впрочем, на практике ситуация одновременного обмена возникает крайне редко, так как в подавляющем большинстве случаев из закона, иного правового акта, обычаев или условий сделки очередность обмена все-таки вытекает. По умолчанию вначале работы или услуги должны выполняться и только потом оплачиваться (п. 1 ст. 711 ГК РФ), то же в силу обычая и с арендой недвижимости (если авансирование

не предусмотрено, то арендатор, как минимум при аренде недвижимости, уплачивает арендную плату периодически за предыдущий период использования). Более того, согласно вполне разумному правилу п. 2 ст. 6.1.4 Принципов УНИДРУА, основанному на принятом в ряде правопорядков решении, «в той степени, в какой для исполнения лишь одной стороной требуется период времени, эта сторона обязана осуществить свое исполнение первой, если обстоятельства не указывают на иное».

Если вдуматься, режим одновременного обмена взаимными предложениями мыслим в основном лишь по договорам купли-продажи вещи или имущественного права, либо по договорам мены при условии, что стороны прямо не оговорили очередность обмена.

Правила о договоре мены ожидаемо молчат о том, кто из сторон должен передать имущество первым, и здесь применимо восполняющее правило об одновременном обмене.

В отношении купли-продажи вопрос менее очевидный. Правила о купле-продаже в п. 1 ст. 486 ГК РФ говорят о том, что по общему правилу, если иное не оговорено, покупатель оплачивает приобретаемое имущество непосредственно до или после его передачи. Это правило не позволяет определить сторону, которая обязана сделать первый шаг, и, соответственно, если в договоре очередность и сроки исполнения не установлены, может действовать режим одновременного обмена. Впрочем, в п. 16 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18 Суд из толкования п. 1 ст. 486 ГК РФ вывел следующую правовую позицию: «...при расчетах за товар платежными поручениями, когда иные порядок и форма расчетов, а также срок оплаты товара соглашением сторон не определены, покупатель должен оплатить товар непосредственно после получения и просрочка с его стороны наступает по истечении предусмотренного законом или в установленном им порядке срока на осуществление банковского перевода, исчисляемого со дня, следующего за днем получения товара покупателем (получателем)». Это разъяснение можно понимать так, что «непосредственно до или после передачи» Суд толкует как по общему правилу «самое позднее после передачи» и понимает как указание на то, что первый шаг по умолчанию должен делать продавец. Но вполне возможно, что ВАС РФ этого не имел в виду, а его правовая позиция сводится к тому, что если продавец передал товар покупателю, покупатель должен произвести оплату в срок, отводимый законом для осуществления банковского перевода. Как представляется, последнее прочтение указанных разъяснений ВАС РФ верно, и применительно к купле-продаже логично исходить из применения восполняющего

правила об одновременном обмене для ситуаций, когда четкая очередность взаимных предоставлений в законе или договоре не установлена и из обычаев не вытекает.

Правило об одновременном обмене означает, что ни одна из сторон не обязана принимать на себя бремя первого шага в обмене и связанный с этим кредитный риск, т.е. в ситуации, когда она осуществит свое предоставление первой, а встречное предоставление так и не получит и далее, возможно, столкнется с банкротством контрагента и окажется у разбитого корыта. Но как выйти из тупика в ситуации, если одна из сторон хочет осуществить обмен, а другая сторона уклоняется?

В обеих ситуациях, когда применим режим одновременного обмена (купля-продажа и мена), в силу положения п. 3 ст. 328 ГК РФ каждая из сторон не вправе требовать исполнения, не предоставив свое встречное исполнение.

На применимость нормы п. 3 ст. 328 ГК РФ к ситуации одновременного обмена указывает и [проект Концепции](#) реформирования общей части обязательственного права (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.)). Согласно п. 2.9 разд. II указанного [проекта Концепции](#) новелла, закрепленная в п. 3 ст. 328 ГК РФ, была рассчитана разработчиками на ситуации, когда в законе или договоре четкая очередность обмена не закреплена.

3.1.1. Детализация режима одновременного обмена

Как понимать эту норму в контексте ситуации одновременного обмена?

Ответ достаточно очевиден и известен практически всем правопорядкам, он вытекает из функционального аспекта синаллагмы. Ни одна из сторон не находится в просрочке должника и вправе приостановить свое исполнение, пока другая сторона не осуществит свое встречное исполнение или как минимум не предложит принять свое исполнение. Согласно п. 1 ст. 7.1.3. Принципов УНИДРУА «если стороны должны исполнить свои обязательства одновременно, любая из них может приостановить исполнение до тех пор, пока другая сторона не предложит свое исполнение». О том же говорят и п. 1 ст. III.–3:401 Модельных правил европейского частного права, и национальное право многих европейских стран.

Иначе говоря, каждая из сторон имеет против другой стороны *exceptio non adimpleti contractus* (возражение о неисполнении договора). В ситуации, описанной в п. 2 ст. 328 ГК РФ, право на приостановление используется в качестве средства защиты на случай ранее допущенного

или предвидимого нарушения (реактивно- и превентивно-защитный аспекты встречности). В контексте же п. 3 ст. 328 ГК РФ речь идет о функциональном аспекте синалагмы, предоставлении каждой из сторон возможности избежать принятия на себя кредитного риска и не оказываться в просрочке, пока другая сторона не решится взять на себя риск первого шага и осуществить предоставление первой.

Если одна из сторон решила выйти из тупика, предоставив свое исполнение первой, и такое предоставление она осуществляет, она ставит контрагента в просрочку и может предъявить иск об убытках (неустойке, мораторных процентах и т.п.). Если сторона, решившая сделать первый шаг, предлагает контрагенту принять исполнение, но контрагент уклоняется, последний впадает в просрочку кредитора по данному обязательству (ст. 406 ГК РФ) и одновременно в просрочку по своему встречному обязательству (ст. 405 ГК РФ). Попытка осуществить предоставление, дабы произвести обмен, достаточна для того, чтобы ввести контрагента в просрочку.

Если сторона не исполняет и не предлагает принять исполнение (т.е. не делает и не пытается сделать первый шаг), она не вправе обвинить контрагента в просрочке по исполнению его обязательства и не может рассчитывать на взыскание убытков или неустойки (мораторные проценты) за просрочку.

Может ли сторона, решившая вывести ситуацию из тупика, не брать на себя кредитный риск и не пытаться исполнить свое обязательство первой, а сразу заявить иск о понуждении к исполнению? Ранее в судебной практике ВАС РФ встречался отрицательный ответ (Постановление Президиума ВАС РФ от 6 марта 2001 г. № 7601/00). Логика Суда, видимо, была такой: если ответчик не в просрочке, так как у него сохраняется возможность ссылаться на неосуществление предоставления истцом, то нет и оснований для удовлетворения иска о присуждении к исполнению в натуре, ведь для удовлетворения иска о присуждении требуется установить, что право истца нарушено, а при наличии у ответчика эффективного возражения и права приостановить исполнение ответчик не находится в просрочке.

Но такое толкование п. 3 ст. 328 ГК РФ кажется не вполне разумным. Получается, что тупиковая ситуация консервируется навечно. Даже отказаться от договора никто из сторон не сможет, так как ни одна из них не находится в просрочке. Выйти же из положения может помочь только принятие одной из сторон на себя серьезного риска осуществить исполнение первой и затем, возможно, столкнуться с банкротством контрагента. Это будет противоречить самой природе одновременного обмена.

Более логично допускать такой иск и удовлетворять его, если природа обязательства не противится присуждению к исполнению в натуре (ст. 308.3 ГК РФ). Если ответчик признает наличие правовых оснований для осуществления одновременного обмена и предъявит встречный иск, суд удовлетворит оба, если принудительное исполнение обоих обязательств возможно, выдаст два исполнительных листа и далее мы перейдем на стадию исполнительного производства, на которой будет осуществлен принудительный обмен встречными предоставлениями (подробнее об этой стадии см. п. 3.1.2 комментария к настоящей статье).

Но что, если контрагент, который попробовал осуществить свое встречное исполнение, дабы вывести отношения из тупика, столкнулся с просрочкой кредитора и заявил иск о присуждении к исполнению просроченного обязательства, либо контрагент не рискнул предложить свое исполнение первым и тем не менее заявил иск о присуждении к исполнению, а ответчик встречный иск об исполнении договора не заявил, так как стал апеллировать, например, к ничтожности договора или ненаступлению условий для осуществления обмена или заявил встречный иск об оспаривании договора? Заявление в такой ситуации встречного иска об исполнении встречного обязательства и необходимость его правового обоснования будут противоречить позиции ответчика по первичному иску. Неужели суд должен в таком случае, отвергнув возражения ответчика об отсутствии правового основания для обмена, удовлетворить иск, не решив одновременно вопрос о судьбе встречного обязательства истца? Ведь это будет противоречить идее одновременности обмена. Ответчик будет присужден к исполнению, но гарантии, что потом сам истец добровольно исполнит свое встречное обязательство, нет. По сути, должник будет принужден к осуществлению кредитования своего контрагента, делать то, о чем стороны не договаривались.

Здесь возможны три варианта решения этой проблемы.

Первая модель: возможно рассмотреть допущение в российском праве *условных встречных исков*. В таком случае ответчик мог бы возражать против удовлетворения первичного иска, считая, что для одновременного обмена нет правовых оснований (например, договор ничтожен), но на случай, если суд посчитает иначе, ответчик заявлял бы условный встречный иск об исполнении встречного обязательства. Если суд удовлетворит первичный иск, он будет должен удовлетворить и встречный условный иск, выдать два исполнительных листа и перевести взаимный обмен на стадию исполнительного производства.

К сожалению, определенности в вопросе о допустимости в российском праве условных встречных исков нет. Иногда утверждается, что такая процессуальная форма защиты права недопустима. Но, как представляется, нет принципиальных препятствий для ее реализации. Если признать такую возможность, все проблемы решаются. Если ответчик такой условный встречный иск не заявил, суд, обнаружив правовые основания для обмена и удовлетворения первичного иска, удовлетворяет его без каких-либо условий. Ответчику, который исполнит такое решение, придется впоследствии при желании получить положенное ему рассчитывать на добросовестность истца, а в случае уклонения истца от встречного исполнения – обращаться в суд с новым иском к нему. Очевидно, что разумный ответчик опцией заявить условный встречный иск в такой ситуации воспользуется, а неразумному стоит винить только себя.

Вторая модель состоит в следующем. Суд удовлетворяет иск в любом случае, но если ответчик в суде выдвинет возражение о неисполнении истцом своего обязательства и нарушении логики одновременного обмена, то суд удовлетворяет иск истца путем вынесения *условного судебного решения*. Согласно этому решению, истец может добиться принудительного исполнения своего требования на стадии исполнительного производства, только если он решится добровольно осуществить в пользу ответчика свое встречное предоставление на стадии исполнительного производства (или как минимум предложит ответчику принять такое предоставление и столкнется с просрочкой кредитора со стороны ответчика). Ответчик в рамках данной модели не может добиться присуждения в свою пользу, так как исполнительный лист ему не выдается, но истец вынужден на стадии исполнительного производства исполнить свое обязательство первым или как минимум предложить ответчику принять свое предоставление, если, конечно, хочет, чтобы условие для исполнения вынесенного в его пользу решения было признано наступившим, и выданный ему исполнительный лист можно было обратиться к принудительному исполнению. Эта модель взаимного исполнения *Zug-um-Zug* (шаг за шагом) принята в немецком праве. Если имущество, причитающееся с ответчика, арестовано, истец не будет сильно рисковать, предложив ответчику на стадии исполнительного производства принять встречное предоставление.

Проблема с этой моделью в том, что в российском процессуальном праве под сомнением находится вопрос о допустимости не только условных исков, но и вынесения условных судебных решений за рамками случаев, прямо указанных в законе. Но, в принципе, эта модель также вполне обсуждаема.

Третья модель состоит в том, что суд в этом отношении будет использовать уже известную в российском праве модель, которая давно применяется по искам о реституции по недействительным сделкам (см. п. 80 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126), а с недавних пор и по искам о возврате полученного по расторгнутому договору (см. определения СКЭС ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064, от 26 марта 2021 г. № 303-ЭС20-20303). Суть ее в том, что суд, удовлетворяя иск одной из сторон, которая в случае его удовлетворения сама должна немедленно осуществить симметричное встречное предоставление, одновременно присуждает к исполнению и самого истца, несмотря на то что никакого встречного иска ответчик не заявлял. Данную модель можно обозначить *моделью двустороннего присуждения*. Соответственно, при переносе этой модели на случай взаимного обмена по синаллагматическому договору мы получаем, что при удовлетворении первичного иска о принуждении к исполнению суд обязывает и самого истца осуществить исполнение своего встречного обязательства в пользу ответчика, выдавая исполнительные листы как истцу, так и ответчику. Далее запускается стадия исполнительного производства.

Эта модель, безусловно, противоречит базовым принципам процессуального и частного права (принципам диспозитивности реализации процессуальных прав и защиты своих материальных прав), так как присуждение осуществляется в пользу того, кто иск не подавал (так как, например, занимал по делу в итоге отвергнутую судом позицию о незаключенности, ничтожности договора, отсутствии условий для исполнения обязательств, оспаривал договор и т.п.). Кроме того, эта модель дает сбой в случае правопреемства по одному из требований, а также в случае, если обязательство стороны, заявившей иск, не предполагает возможность принудительного исполнения. Было бы, видимо, логичнее перейти к использованию либо модели допущения условного иска, либо модели условного присуждения *Zug-um-Zug*. Тем не менее, модель двустороннего присуждения в российском праве уже много лет применяется в контексте недействительности и двусторонней реституции, а с недавнего времени распространена и в отношении взаимного возврата полученного по расторгнутому или расторгаемому судом договору.

Использование этой несовершенной модели российскими судами требует важной оговорки. Суд должен вынести вопрос о присуждении в пользу ответчика на случай, если он найдет основания удовлетворить первичный иск, на обсуждение сторон. Недавно ВС РФ признал

это применительно к двустороннему присуждению в контексте взаимного возврата полученного по расторгнутому договору (Определение СКЭС ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064). Если после вынесения вопроса на обсуждение ответчик не заявит, что желает получить причитающееся ему в случае удовлетворения первичного иска, а суд все же решит его удовлетворить, то суд не должен осуществлять присуждение в пользу ответчика. Если же ответчик поддержит такое возможное присуждение в его пользу под условием удовлетворения первичного иска, будет налицо скрытое условное встречное исковое притязание, которое суд и удовлетворит при вынесении решения одновременно с удовлетворением исходного иска. Честно говоря, куда проще было бы признать прямо условный встречный иск, и тогда ответчику, который не воспользовался такой опцией, останется только пенять на себя. Но если суды почему-то не пожелают приглашать этот феномен прямо через парадный вход и начнут зазывать его через форточку, то мир не перевернется, разве что бюджет останется без госпошлины.

3.1.2. Стадия исполнительного производства: «исполнительное эскроу»

Аспект исполнения решения об условном присуждении *Zug-um-Zug* мы здесь обсуждать не будем, так как пока никаких намеков на реализацию этой немецкой модели в российском праве нет. Обсудим стадию исполнения решения суда о двустороннем присуждении к одновременному обмену.

Если в рамках режима одновременного исполнения синаллагматически увязанных обязательств а) в ответ на иск одной из сторон о присуждении ответчик заявил безусловный или условный (в случае признания последней модели) встречный иск об осуществлении взаимного предоставления, либо б) ответчик такой встречный иск не заявил, так как оспаривал наличие оснований для запуска обмена, но после вынесения вопроса на обсуждение согласился с тем, что в случае удовлетворения первичного иска он желал бы также получить причитающееся ему (если, конечно, такая модель, принятая сейчас в практике в отношении взаимного возврата имущества при недействительности или расторжении, будет реплицирована для сценария одновременного обмена по договору), то суд выносит решение о присуждении к одновременному исполнению обеих сторон процесса, и мы оказываемся на стадии исполнительного производства.

Как обеспечивается та самая одновременность и функциональный аспект синаллагмы на этой стадии?

Полной ясности по данному вопросу в российском праве нет. Далее будет предложено возможное решение.

В судебном решении об одновременном осуществлении взаимных предоставлений суд должен установить порядок исполнения решения обеими сторонами. Этот порядок, видимо, может, в частности, сводиться к следующему. Если речь идет об обмене денег на некое имущество, то тот, кто должен заплатить деньги, обязан либо добровольно перечислить их оппоненту без гарантий получения встречного предоставления, либо при наличии у него опасений внести деньги на публичный депозитный счет приставов (при принудительном исполнении денежная сумма, полученная в результате обращения взыскания на имущество плательщика, зачисляется на депозитный счет приставов или арестовывается на банковском счете плательщика). После этого приставы, работающие по исполнительному листу об отобрании вещи или присуждении к передаче иного имущества, должны приступить к отобранию и (или) переоформлению имущества. После передачи имущества открываются условия для перечисления денег с публичного депозитного счета. В самом решении суда и выданном исполнительном листе должно быть указано, что прямое списание денег со счета плательщика в банке не допускается (иначе эта доступная в силу ч. 1 ст. 8 Закона об исполнительном производстве опция способна нарушить логику одновременного обмена на стадии исполнительного производства).

Если речь идет о взаимной передаче имущества, приставы осуществляют изъятие, арест или принимают иные подобные обеспечительные меры в отношении подлежащего передаче имущества каждой из сторон, и после того, как соответствующее имущество изъято, арестовано или иначе заблокировано у обеих сторон, приставы обеспечивают передачу положенного каждой из них.

Впрочем, процедурные детали можно обсуждать. Главное, что на стадии исполнительного производства вполне можно добиться исключения риска разрыва синаллагмы и предотвратить ситуацию, когда одна из сторон свое предоставление на основании решения суда осуществит, а другая решение суда не исполнит и далее впадет в банкротство.

В условиях отсутствия всех этих правил в Законе об исполнительном производстве суд должен взять на себя инициативу и прямо в решении и исполнительных листах установить данный или подобный порядок исполнения решения суда. Ничего невероятного в установлении в решении суда последовательности взаимного возврата нет. ВС РФ в одном из недавних определений (Определение СКЭС ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064) о взаимном возврате имущества при расторжении договора прямо указал на наличие у суда права,

и даже обязанности, установить в решении порядок и *очередность* действий при взаимном возврате имущества в контексте расторжения. В п. 29.5 Постановления Пленума от 23 декабря 2010 г. № 63 ВАС РФ также допускал установление строгой очередности взаимного возврата имущества в решении о двустороннем присуждении. От этой опции до описанной выше модели «исполнительного эскроу» один шаг.

Урегулирование этого вопроса имеет важное практическое значение, ибо иначе при вынесении решения о взаимном присуждении по синаллагматическому договору, предполагающему одновременный обмен, возникает риск того, что одна из сторон будет вынуждена совершить исполнение на основании решения без гарантии того, что другая сторона исполнит решение, т.е. возникнет тот самый кредитный риск, который стороны пытались избежать, договорившись об одновременном обмене, а это означало бы разрыв функциональной синаллагмы.

3.1.3. Квасисиналлагма

В случае признания взаимно исполненного договора недействительным, при учинении взаимных предоставлений по ничтожному договору, а также при расторжении взаимно исполненного договора (например, при отказе покупателя, внесшего оплату, от договора в связи с выявлением существенных дефектов в купленном товаре или при отказе продавца, передавшего товар, от договора на фоне получения от покупателя лишь части положенной цены) между сторонами возникают взаимные обязательства по возврату ранее осуществленных взаимных предоставлений. Формально эти предоставления не связаны по модели классической синаллагмы, так как такой реверсивный обмен не входил в исходный предмет договора. Тем не менее вполне уместно здесь применять правила о синаллагме по аналогии. Например, в Германии говорят о применении правил об одновременном обмене встречными предоставлениями по синаллагматическому договору к взаимному возврату имущества при расторжении договора по аналогии закона. Французская судебная практика, в частности, распространяет правила о возражении о встречном неисполнении к отношениям о взаимной реституции по недействительному договору.

При этом здесь должно применяться выводимое из правил п. 3 ст. 328 ГК РФ (подробнее см. п. 3.1.1 и 3.1.2 комментария к настоящей статье) положение об одновременном обмене, праве каждой из сторон приостановить исполнение до момента, когда другая сторона осуществит свое встречное предоставление или как минимум предложит его принять, а также о праве каждой из сторон вывести ситуацию из тупика путем предъявления иска в суд даже до начала просрочки и о прису-

ждении сторон к взаимному возврату полученного (как минимум если ответчик поддерживает такой сценарий).

Согласно устоявшейся судебной практике (см. п. 80 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25¹, п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126) при присуждении реституции по ничтожному или аннулированному договору, который ранее был взаимно исполнен, суд одновременно присуждает и самого истца к реституции полученного, даже если встречный иск не заявлялся (модель принудительной двусторонней реституции). Взаимный возврат имущества на стадии исполнительного производства должен обеспечивать реализацию идеи функциональной синаллагмы, так как взаимные обязательства по реституции носят встречный характер.

О том, что правила ст. 328 ГК РФ, из которых выводится механизм обеспечения функциональной синаллагмы, применимы к двусторонней реституции, говорит и п. 29.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63. Соответственно, здесь подлежат применению выводы, которые были сделаны в п. 3.1.2 комментария к настоящей статье в отношении реализации функционального аспекта встречности на стадии исполнительного производства.

Применительно к сценарию взаимного возврата имущества при расторжении этот подход долгое время не применялся. Суд удовлетворял иск о возврате имущества, который заявлял ранее контрагент, отказавшийся от договора или добившийся судебного расторжения, но при отсутствии встречного иска оставлял вопрос о судьбе имущества, подлежащего возврату истцом, не разрешенным. Когда нижестоящие суды пытались распространить на эту ситуацию модель двусторонней реституции, ВС РФ такую опцию отвергал (Определение СКГД ВС РФ от 14 августа 2018 г. № 32-КГ18-15).

Но затем в ряде определений Суд изменил подход. В Определении СКЭС ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064 Суд указал на «неразрывную взаимосвязь и взаимозависимость требований сторон» о взаимном возврате предоставленного после расторжения (см. также Определение СКЭС ВС РФ от 26 марта 2021 г. № 303-ЭС20-20303). В Определении СКЭС ВС РФ от 22 июля 2021 г. № 307-ЭС21-5824 Суд

¹ «По смыслу пункта 2 статьи 167 ГК РФ взаимные предоставления по недействительной сделке, которая была исполнена обеими сторонами, считаются равными, пока не доказано иное. При удовлетворении требования одной стороны недействительной сделки о возврате полученного другой стороной суд одновременно рассматривает вопрос о взыскании в пользу последней всего, что получила первая сторона, если иные последствия недействительности не предусмотрены законом».

опять подтвердил, что взаимные обязательства сторон расторгнутого договора по возврату полученного носят встречный и взаимообусловленный характер. По сути, концепция квазисиналагмы при возврате имущества при расторжении сейчас окончательно признана.

Из этой концепции в Определении СКЭС ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064 Суд вывел необходимость обеспечить функциональный аспект встречности: если сторона, расторгнувшая договор купли-продажи из-за существенного дефекта, заявляет иск о возврате уплаченной цены, а продавец возражает против правомерности расторжения и наличия оснований для удовлетворения иска, то суд должен поставить на обсуждение сторон вопрос о судьбе прав на вещь на случай, если он удовлетворит иск покупателя о возврате ему уплаченной цены, и в случае удовлетворения иска суд должен осуществить одновременное присуждение покупателя к возврату дефектной вещи продавцу, несмотря на то что встречный иск о возврате вещи продавец не заявлял. Этот подход подтвержден и в Определении СКЭС ВС РФ от 26 марта 2021 г. № 303-ЭС20-20303.

Более того, в Определении СКЭС ВС РФ от 18 августа 2020 г. № 309-ЭС20-9064 отмечено, что суд при вынесении такого решения должен определить порядок взаимного возврата имущества, в частности, сам ВС РФ в резолютивной части определения указал на то, что первым возвращает деньги ответчик, после чего истец может начать исполнение решения суда в части возврата имущества.

Следует обратить внимание на то, что судебная практика применительно к двусторонней реституции по недействительному договору и взаимному возврату имущества при расторжении договора не пошла по немецкому пути условного присуждения *Zug-um-Zug* и не указывает на то, что истец может обратиться исполнительный лист ко взысканию при условии предварительного осуществления своего возвратного предоставления, а предписывает осуществить два взаимных предоставления. Причем в вышеуказанном определении в отношении расторжения Суд первым обязал исполнить свое реверсивное обязательство ответчика. Из этого следует, что на основании такого решения будут выданы два исполнительных листа, которые должны предъявляться к исполнению в четкой последовательности.

Этот укоренившийся ранее применительно к двусторонней реституции и присуждению к исполнению реверсивных обязательств при расторжении договора подход, как уже отмечалось, не оптимален, так как нарушает принцип диспозитивности цивилистического процесса. Получается, что суд осуществляет присуждение в пользу того, кто иск не подавал.

Но и реализованная в российском праве модель может быть вполне эффективной. В любом случае альтернатива в виде удовлетворения иска истца без решения вопроса о судьбе встречного реституционного или реверсивного обязательства неприемлема, так как оставляет нереализованным функциональный аспект синаллагмы и просто несправедлива. Это оставляло бы ответчика в крайне рискованном положении. Если суд будет осуществлять присуждение только в пользу истца, то ответчик, который не согласен с квалификацией договора в качестве ничтожного, его аннулированием или расторжением, вынужден будет в случае, если суд все-таки найдет основания для удовлетворения первичного иска, исполнять решение суда и возвращать полученное, а далее при уклонении истца от возврата имущества со своей стороны — заявлять новый иск и нести высокий риск впадения ответчика в банкротство. С учетом того, как часто в России организации и граждане впадают в банкротство и ликвидируются, этот риск крайне чувствителен. Было бы несправедливо его игнорировать. Поэтому то решение, которое выбрано в практике высших судов (двустороннее присуждение), все же лучше, чем оставление ответчика один на один с перспективой осуществить возврат полученного и далее остаться ни с чем.

При этом в рамках реализации данной модели разумно сделать несколько уточнений.

Во-первых, будет уместно, если суд станет воздерживаться от осуществления встречного присуждения в пользу ответчика, не заявившего встречный иск, если ответчик после того, как суд поставит вопрос на обсуждение, возразит против такого присуждения (иное бы вышло за все разумные границы судейского активизма).

Во-вторых, в самом решении суду стоит оговаривать не просто последовательность возврата, а механизм, который позволит минимизировать риски каждой из сторон осуществить возврат и не получить встречное предоставление («исполнительное эскроу», реализация которого не составляет серьезных проблем, и было описано в п. 3.1.2 комментария к настоящей статье).

Остается только отметить, что в целом было бы логичнее не играть в слова и не придумывать несколько странный институт присуждения в пользу того, кто не подавал иск, а допустить предъявление встречного условного иска в сценарии взаимной реституции или взаимного возврата имущества при расторжении договора. Это решение позволило бы удовлетворить и практические потребности, и соображения последовательности проведения в жизнь базовой идеи диспозитивности цивилистического процесса. Другое возможное альтернативное решение — перейти к реализации немецкой модели *Zug-um-Zug*.

В принципе, все вышесказанное может применяться и к иным ситуациям, когда взаимные внедоговорные обязательства могут быть признаны встречными в силу их тесной взаимосвязи (например, требование о возврате вещи при виндикации и встречное требование ответчика по виндикации о возмещении своих расходов на содержание имущества или компенсации неотделимых улучшений по ст. 303 ГК РФ, или требование о возврате имущества по правилам о неосновательном обогащении и встречное требование о возмещении затрат на содержание и сохранение имущества по ст. 1108 ГК РФ, или взаимные требования сторон договора, признанного незаключенным по причине несогласованности существенных условий, о возврате взаимно переданного имущества и т.п.).

3.1.4. Влияние уступки требования на срабатывание функциональной синаллагмы

Интересная проблема появляется в тех случаях, когда одно из двух встречных договорных требований, которые должны осуществляться одновременно, или одно из двух встречных требований в сценарии квазисиналлагмы (например, двусторонняя реституция по недействительной сделке, взаимный возврат имущества при расторжении договора, возврат вещи по виндикации или кондикции с возмещением стоимости неотделимых улучшений и т.п.), уступается третьему лицу, но «симметричный» долг cedenta к правопреемнику не переходит. Та же проблема возникает и при изолированном переходе реституционного требования к третьему лицу не в силу уступки, а по иным основаниям.

Например, что происходит, если договор признан недействительным или является ничтожным, обе стороны должны вернуть полученное по сделке, но одна из сторон уступает свое реституционное требование третьему лицу? Такая же ситуация возникает в случае, когда покупатель отказался от договора в связи с выявлением скрытого существенного дефекта, что запустило в жизнь реверсивные обязательства продавца вернуть полученную цену и покупателя вернуть полученную вещь, но далее покупатель уступает третьему лицу свое право на возврат цены. Как такая уступка повлияет на возможность вынесения решения об одновременном исполнении и реализацию механизма «исполнительного эскроу» на этапе исполнения решения суда?

Было бы нелогично, если бы переход требования к третьему лицу приводил к развалу функционального аспекта синаллагмы и принуждению одной из сторон осуществлять предоставление без гарантий того, что другая такое предоставление также осуществит.

Соответственно, если происходит уступка требования по обязательству, которое должно исполняться одновременно с исполнением

встречного обязательства, должник по уступленному требованию вправе выдвигать против цессионария возражение из п. 3 ст. 328 ГК РФ, ссылаясь на то, что цедент не исполнил и не предложил свое встречное исполнение. Возможность выдвижения подобного возражения против требования цессионария вытекает из ст. 386 ГК РФ. Соответственно, должник по уступленному требованию не окажется в просрочке и не будет отвечать перед цессионарием за просрочку, пока цедент не исполнит или как минимум не предложит должнику принять встречное исполнение. Также и цедент не попадает в просрочку по своему долгу перед должником, пока должник не исполнит свое обязательство перед цессионарием или как минимум не предложит цессионарию принять исполнение.

Если мы в принципе допускаем вариант одновременного двустороннего присуждения в обычной ситуации, не осложненной уступкой (напомним, что согласно судебной практике это давно признано в сюжете с двусторонней реституцией по недействительному договору, недавно признано в отношении взаимного возврата имущества при расторжении договора и, как представляется, должно быть признано при одновременном договорном обмене), то как должен поступить суд в ситуации, когда произошла уступка, и цессионарий решил заявить иск к должнику об осуществлении исполнения? Здесь суд при всем желании не может вынести решение о двустороннем присуждении, ибо у ответчика требование к цеденту, а не к цессионарию, а цедент в споре по исходному иску не участвует.

То же и в случае, когда иск заявит должник по уступленному требованию: он заявит иск к цеденту, но его встречный долг будет не перед ответчиком, а перед цессионарием. Соответственно, если не делать никаких поправок и уточнений суд будет вынужден осуществить принуждение ответчика, истребовав причитающее истцу предоставление, не решив судьбу встречного предоставления истца, что приведет к разрыву синаллагмы. Здесь ситуация не выглядит столь же острой, как в вышеописанном случае, когда иск заявлен цессионарием. Ведь в ситуации подачи иска должником по уступленному требованию к цеденту ответчик сам стал виновником сложившейся ситуации, совершив уступку, и кроме того, скорее всего уже получил оплату за уступленное требование от цессионария. Поэтому далее сконцентрируемся на сценарии, когда иск заявляет цессионарий.

Не хочется признавать, что элементарная уступка может подорвать логику обеспечения функционального аспекта синаллагмы на этапе принудительной реализации. Кроме того, это нарушало бы главный принцип правового регулирования уступки — недопустимость ухудше-

ния положения должника при уступке. Если бы не уступка, должник в ответ на иск исходного кредитора мог бы заявить встречный иск (возможно, условный) либо просто рассчитывать на вынесение судом решения о двустороннем присуждении с установлением порядка исполнения такого решения, гарантирующего ему, что на него не будет возложен риск первого шага при неопределенности в получении исполнения по своему встречному требованию. Уступка не должна подрывать эту правовую гарантию.

Вариант запретить уступку в такой ситуации в силу неразрывной связи требования с личностью кредитора (ст. 383 ГК РФ) мы не будем даже обсуждать, так как это означало бы колоссальный откат ко временам, давно минувшим.

Возможный выход – привлечение к процессу cedentа по квазивстречному иску должника и рассмотрение всех этих взаимных требований в рамках одного процесса с фиксацией в резолютивной части решения порядка его исполнения ответчиком по первоначальному иску и cedentом. Но процессуальные аспекты здесь требуют проработки и не вполне очевидны. Встречный иск согласно ГПК РФ или АПК РФ заявляется к истцу, а не к третьему лицу, и суды часто исходят из невозможности соединения первичного иска истца к ответчику и «встречного» иска ответчика не к истцу, а к третьему лицу, которое привлечено в дело без самостоятельного требования. Так что требуется проработка процессуальных деталей. Кроме того, здесь может образоваться еще множество проблем, связанных, например, с тем, что уступка требования из сугубо коммерческого договора может быть осуществлена в пользу физического лица, что приведет к переводу спора по уступленному требованию в суд общей юрисдикции в условиях сохранения компетенции арбитражного суда в отношении требования должника к cedенту.

Второе возможное решение – отклонение иска цессионария на основании возражения ответчика, сославшегося на ст. 386 и п. 3 ст. 328 ГК РФ и неосуществление cedentом своего исполнения или хотя бы отсутствие его предложения принять исполнение. В этом случае, например, в сюжете с недействительностью вместо присуждения к двусторонней реституции начинает работать другой способ обеспечения функциональной синаллагмы – право должника своим возражением заблокировать иск об исполнении, пока исходный контрагент (cedent) не рискнет сделать первый шаг по своему обязательству. При этом если cedent не рискнет вернуть должнику соответствующее имущество или как минимум не предложит принять исполнение, цессионарий не сможет добиться от должника, заявившего такое возражение, испол-

нения по суду и вынужден будет привлекать cedenta к ответственности по ст. 390 ГК РФ за то, что cedent своим бездействием предоставил должнику эффективное «останавливающее» иск возражение. Эта модель не работает сейчас в сценарии двусторонней реституции при недействительности сделки или взаимного возврата имущества при расторжении договора (суды просто присуждают двусторонний возврат), но в случае уступки эта модель может теоретически обсуждаться. Впрочем, это решение не кажется оптимальным.

Третье решение – в случае выдвижения должником возражения о неполучении исполнения от cedenta суд удовлетворяет иск цессионария, однако ставит эффект выданного исполнительного листа (или саму выдачу такого листа) под условие представления истцом доказательств того, что должник получил назад имущество от cedenta или как минимум получил предложение принять такое имущество, но впал в просрочку кредитора. По сути, это модель условного одностороннего присуждения, идентичная немецкой модели *Zug-um-Zug*. Это решение пока отвергается нашими судами для ситуации, когда встречные обязательства, подлежащие одновременному исполнению, связывают обе стороны; российские суды, в отличие от немецких, предпочитают выносить решение не об условном присуждении, а о двустороннем присуждении (как минимум при двусторонней реституции, а с недавних пор и при взаимном возврате полученного при расторжении договора). Но в ситуации уступки модель двустороннего присуждения дает глобальный сбой, и здесь, возможно, иного разумного выхода, кроме принятия на вооружение модели условного присуждения, попросту нет.

Примерно в том же духе должна, видимо, решаться проблема и в случае, когда уступка происходит после того, как по одному из таким образом синаллагматически или квазисиналлагматически увязанных требований был заявлен иск. Если в такой ситуации встречный иск не был заявлен до момента уступки, вероятно, мы должны либо признать возможность заявления встречного иска к тому, кто не является на момент заявления такого встречного иска истцом, либо должна работать вышеуказанная модель условного присуждения *Zug-um-Zug*, осложненная «треугольным» характером отношений. Представим, что покупатель отказался от договора, посчитав, что дефект в товаре носит существенный характер, и заявил иск о возврате цены, и, прежде чем продавец что-то успел сообразить, покупатель уступает свое требование о возврате цены цессионарию. Если суд заменяет истца по первичному иску в процессе, образуется описанная выше «треугольная ситуация», в рамках которой обычное двустороннее присуждение становится

проблематичным. Первый вариант решения: мы должны при замене исходного истца-цедента на цессионария оставить первого в процессе в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования, и сохранить у ответчика возможность заявить к такому третьему лицу свой иск в этом же процессе. В этом случае суд сможет осуществить двустороннее присуждение по обоим требованиям, увязав исполнение одного на стадии исполнительного производства с исполнением другого за счет фиксации в решении порядка взаимного исполнения в духе «исполнительного эскроу». Второй вариант: не принять встречный иск, но вынести решение по иску цессионария с присуждением под условием возврата должнику имущества цедентом.

Если же к моменту уступки был заявлен встречный иск о присуждении по встречному обязательству, ситуация кажется более простой. Если, например, собственник заявил незаконному владельцу виндикационный иск, а тот заявил встречный иск о возмещении стоимости неотделимых улучшений, но затем уступил свое денежное требование, производится процессуальное правопреемство и в дело в части встречного иска вступает цессионарий, цедент остается в процессе как ответчик по первичному иску о возврате вещи; далее суд при наличии оснований для удовлетворения обоих требований выносит решение о двустороннем присуждении, устанавливая порядок взаимного исполнения решения суда собственником, обязанным возместить неотделимые улучшения в пользу уже нового кредитора, и незаконным владельцем, присужденным к возврату вещи собственнику.

Впрочем, все эти вопросы требуют дополнительной проработки. Пока в судебной практике ВС РФ не предложено однозначное решение описанной проблемы.

3.1.5. Судьба реституционной квазисиналагмы при впадении одной из сторон в банкротство: небанкротные основания недействительности

Представим, что договор купли-продажи признан недействительным, и каждая из сторон присуждена к возврату полученного, но далее одна из сторон впадает в банкротство. Либо сделка оспаривается уже после открытия дела о банкротстве. Как здесь будет работать функциональный аспект квазисиналагмы? Как избежать ситуации, в рамках которой одна сторона причитающееся другой стороне вернет, а исполнение встречного реституционного обязательства по возврату не получит?

Если сделка должника, попавшего под конкурсные процедуры, ничтожна или признается в банкротстве недействительной по общегражданским, небанкротным основаниям, применяются разные подходы, в зависимости от того, кто впал в банкротство.

На случай банкротства продавца в п. 29.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 указано следующее: если недействительная sinalлагматическая сделка купли-продажи была исполнена обеими сторонами (как должником-банкротом, так и контрагентом), то в случае, когда должник-банкрот обязан в порядке реституции вернуть контрагенту деньги, а контрагент – вернуть должнику вещь, необходимо иметь в виду, что в связи со встречным характером обязательств сторон (ст. 328 ГК РФ) в таком случае применяются правила ст. 359 ГК РФ об удержании, а потому на основании ст. 360 ГК РФ требование контрагента включается в реестр как обеспеченное залогом и удовлетворяется в порядке ст. 138 Закона о банкротстве. Иначе говоря, функциональный аспект sinalлагмы, которая должна предотвращать риск истребования принудительного исполнения при неопределенности в отношении получения встречного исполнения, здесь Судом реализован с прямой ссылкой на ст. 328 ГК РФ. При этом данный аспект реализован оригинально, с использованием залога. Контрагент, обязанный вернуть вещь, которая в силу недействительности сделки должна быть возвращена в конкурсную массу продавца, обязан вернуть ее в массу первым. Возложение риска первого шага на конкурсную массу Суд посчитал несправедливым: в массе может не быть достаточно средств для исполнения обязательства по возврату цены, для аккумуляции этих средств необходимо вернуть вещь и продать ее с торгов. Эта вещь принадлежит конкурсной массе продавца, ибо недействительность сделки в действующей в российском праве системе каузального перехода права означает отсутствие эффекта перехода права собственности к покупателю.

Вернув вещь первым, покупатель получает право залога на эту возвращаемую вещь и будет устанавливать в РТК продавца свое денежное требование о возврате цены как обеспеченное залогом этой вещи. В законе о возникновении залога ничего не написано, но Суд вывел такое решение из идеи о том, что контрагент, обязанный вернуть вещь в массу и имеющий встречное денежное требование к массе, может опереться на нормы об удержании, говорящие о том, что к удержанию применяются правила о залоге (ст. 360 ГК РФ). По мнению ВАС РФ, удержание вещи в такой ситуации порождает залоговое право, которое при возврате вещи в конкурсную массу трансформируется в залоговый приоритет, т.е. вручает покупателю своего рода обеспечение.

Насколько это решение справедливо по отношению к другим кредиторам продавца? Этот вопрос с политико-правовой точки зрения может вызывать споры. Но с точки зрения системной согласованности решение логично. Согласно практике ВС РФ, удержание кредито-

ром принадлежащей должнику вещи трансформируется в залоговый приоритет в банкротстве при возврате данной вещи (Определение СКЭС ВС РФ от 27 июня 2019 г. № 301-ЭС19-2351), и это кажется верным, если обязанность по возврату вещи и обеспечиваемый за счет удержания долг взаимосвязаны и вытекают из общего основания. Так что применение такого же подхода в отношении сюжета с взаимной реституцией выглядит последовательно.

По логике, если суд присудил двустороннюю реституцию, установив порядок взаимного возврата по модели «исполнительного эскроу», но решение не было исполнено до впадения продавца в конкурс, открытие конкурса в отношении продавца дает конкурсному управляющему продавца право ходатайствовать об изменении порядка исполнения решения: покупатель должен первым вернуть вещь во владение продавца-банкрота, для того чтобы позволить конкурсному управляющему продавца ее оценить и продать с торгов. Покупатель же в качестве компенсации за утрачиваемое им возражение, вытекающее из идеи функциональной синалагмы и доступное ему в обычной ситуации отсутствия банкротства продавца, получает залоговый приоритет в отношении возвращенного имущества, обеспечивающий его денежное реестровое реституционное требование к конкурсной массе.

Спорным здесь оказывается вопрос о применимости той же модели в сюжете, когда недействительна сделка, в рамках которой отчуждалось имущественное право (регистрируемое или нерегистрируемое). Проблема здесь в том, что при недействительности такой сделки возникают сомнения в наличии у стороны, получившей имущественное право по недействительной сделке, какого-либо обязательства по возврату: недействительность в условиях действующей у нас каузальной модели перехода имущественных прав отменяет распорядительный эффект ретроактивно, и у покупателя просто нет какой-либо обязанности наподобие обязанности покупателя вещи ее вернуть, налицо лишь долг продавца по возврату цены. Квасисиналагмы и оснований для применения ст. 328 ГК РФ, а следовательно, и залогового суррогата возражения о неисполненности встречного обязательства попросту нет. В случае регистрируемого права исправление реестра с возвращением в него записи о правах продавца не представляет собой предмет какого-то обязательственного правоотношения, в котором покупатель является должником. Соответственно, налицо условия для возникновения лишь одного обязательства — долга продавца-банкрота вернуть покупателю деньги. Таким образом, покупатель устанавливает в РТК банкрота-продавца свое обычное денежное требование и не получает догматического основания «зацепиться» за залоговый приоритет,

в отличие от сценария с возвратом вещи, где обнаружение синаллагмы и условий для использования удержания наводит ВАС РФ на предоставление залогового приоритета.

Может показаться несправедливым, что покупатель, который купил вещь по недействительной сделке, защищен на случай банкротства продавца предоставлением хотя бы залогового приоритета по своему требованию о возврате цены, а покупатель, скажем, исключительного права на литературное произведение или средство индивидуализации, доли в ООО, акций или права требования лишен такой же привилегии, вынужден смириться с тем, что право к нему не переходило, и должен устанавливать свое реституционное требование о возврате цены в РТК продавца как необеспеченное залогом с шансами получить несколько копеек с рубля по итогам банкротства. Но догматическое обоснование иного решения, которое оправдало бы предоставление такому покупателю преимущества перед другими кредиторами банкротства (например, теми, которые имеют к банкроту деликтные или обычные кондикционные притязания), пока не найдено. Ситуация становится особенно несправедливой, если само оспаривание сделки осуществлялось покупателем в связи с недобросовестными действиями или на фоне иной недобросовестности продавца (например, покупатель оспорил сделку купли-продажи в связи с обманом или введением в заблуждение). Получится, что покупатель попытался себя защитить, а в свете случившегося далее банкротства продавца оказывается вовсе ни с чем. Если рассмотрение иска об оспаривании еще не закончено к моменту впадения продавца в банкротство, покупатель может от него отказаться. Но если банкротство наступает после вступления в силу решения суда об аннулировании сделки, покупатель оказывается в практически безвыходном положении.

Вопрос о том, не стоит ли в таких ситуациях предоставить залоговый приоритет и покупателю имущественного права, может быть предметом дискуссий. Так ли сильно существенно различаются ситуации покупки на основании недействительного договора вещи и, скажем, акций или доли в ООО. Если мы готовы дать залоговый приоритет покупателю вещи, вернувшему ее в конкурсную массу, справедливо ли, что мы отказываемся делать то же в случае, когда покупатель теряет закрепляющую принадлежность ему имущественного права запись в соответствующем правоустанавливающем реестре. Да, здесь не обнаруживаются взаимные встречные обязательства, но существенно ситуации мало различаются. В целом данная проблематика, включая вопрос об оправданности предоставления залогового приоритета покупателю при реституции им вещи, заслуживает более пристального анализа.

В контексте сценария с банкротством покупателя в п. 29.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 разъяснено следующее: если должник-банкрот обязан в порядке реституции вернуть контрагенту вещь, а контрагент – уплатить должнику-банкроту деньги, то исполнительное производство по требованию контрагента о возврате вещи в процедурах наблюдения, финансового оздоровления и внешнего управления применительно к абзацу четвертому п. 1 ст. 63, абзацу пятому п. 1 ст. 81 и абзацу второму п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве приостанавливается, а в процедуре конкурсного производства применительно к абзацу шестому п. 1 ст. 126 Закона прекращается; при этом, исходя из ст. 328, 359 и 360 ГК РФ, должник не передает контрагенту соответствующую вещь, осуществляя тем самым удержание, пока контрагент не вернет должнику-банкроту соответствующую денежную сумму. Первым вернуть деньги должен контрагент банкрота – продавец по недействительному договору. Если продавец вернет покупателю-банкроту уплаченную цену, он может свободно забрать свою вещь у должника-банкрота, ибо в силу недействительности распорядительного эффекта сделки вещь так и не стала собственностью покупателя и в его конкурсную массу не попадает. Если продавец возврат денег в конкурсную массу покупателя не произведет в срок, определенный судом, рассматривающим дело о банкротстве, покупатель-банкрот вправе реализовать удержанную им вещь по правилам реализации предмета залога (ст. 138 Закона о банкротстве), и вырученные от реализации этой вещи денежные средства за вычетом причитающейся покупателю-банкроту суммы перечисляются продавцу. Согласно абзацу седьмому п. 29.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «если недействительная сделка, связанная с передачей вещи, была исполнена только контрагентом в пользу должника и должник обязан в порядке реституции вернуть контрагенту владение его вещью, то по такому требованию допускается исполнительное производство в ходе любой процедуры банкротства, поскольку эта вещь не входит в конкурсную массу и требование о ее возврате не является конкурсным».

Как мы видим, здесь решение, симметричное тому, которое ВАС РФ закрепил в отношении сценария банкротства продавца, опять задействует механизм залога для реализации идеи функциональной синаллагмы. Если банкротится покупатель по недействительной сделке, именно он становится залогодержателем принадлежащей кредитор-продавцу вещи, и, если продавец не возвращает уплаченную ему цену, покупатель-банкрот реализует свои залоговые права. Так воплощается свойственная для идеи функциональной синаллагмы гарантия от од-

ностороннего исполнения без получения встречного. Покупатель-банкрот не рискует оказаться в ситуации, когда он вернет принадлежащую продавцу вещь, но обратно уплаченные деньги не получит.

Впрочем, следует помнить, что залоговое решение обеспечивает функциональную синаллагму не в полном объеме, ибо до 30% от стоимости, извлеченной в результате продажи предмета залога, согласно российскому законодательству о банкротстве может достаться кредиторам привилегированных очередей и пойти на покрытие некоторых издержек на процедуру (см. п. 1 ст. 138 Закона о банкротстве, п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58).

Крайне проблематично реализовать ту же модель в сценарии недействительности сделки по продаже впавшему впоследствии в банкротство покупателю имущественного права, ибо отсутствует ситуация взаимных обязательств (недействительность сделки в условиях каузальной системы перехода права автоматически ретроактивно аннулирует переход права, и покупатель не должен ничего возвращать продавцу). Соответственно, недействительность означает, что покупатель так и не стал обладателем имущественного права и не может задействовать право удержания и механизм залога. Таким образом, конкурсный управляющий покупателя будет обращаться в суд к продавцу о возврате уплаченной цены, не имея залогового приоритета. Насколько оправданно такое дифференцированное регулирование в зависимости от телесного или бестелесного объекта продажи, вопрос спорный.

Если речь идет о договоре мены индивидуально-определенных вещей, то ситуация проще. Недействительность сделки означает, что обе вещи не перешли в собственность контрагентов. Соответственно, контрагент банкрота обязан первым вернуть вещь в конкурсную массу, а далее конкурсный управляющий выдает контрагенту его собственную вещь. Если контрагент добровольно не возвращает вещь, вещи должны быть принудительно истребованы у каждой из сторон.

Если в результате аннулирования синаллагматической сделки возникают взаимные реституционные обязательства, и они либо сразу имеют, либо впоследствии приобретают денежную форму (например, в связи с потреблением или последующим отчуждением приобретенного покупателем по недействительной сделке имущества), т.е. оказываются однородны, должен происходить зачет и присуждение одной из сторон сложившегося в ее пользу сальдо. Например, если купленная по недействительной сделке у впоследствии впавшего в банкротство продавца вещь была потреблена, покупатель обязан вернуть продавцу ее стоимость по п. 2 ст. 167 ГК РФ, а продавец обязан вернуть уплаченную цену, что открывает основания для сальдирования. Как представ-

ляется, такое сальдирование может быть осуществлено судом, несмотря на то что одна из сторон уже впала в банкротство. То же и в случае с аннулированием договора на оказание услуг или выполнение работ: недействительность означает обязанность заказчика уплатить денежный эквивалент полученного предоставления и обязанность контрагента вернуть уплаченную ему цену, в такой ситуации должно происходить сальдирование. Если исходить из того, что взаимные денежные договорные обязательства сторон, будь договор действителен, могут быть сальдированы (зачтены) в банкротстве в силу общности правового основания и синаллагматической взаимосвязи (подробнее см. комментарий к ст. 411 ГК РФ), так как право зачета по взаимосвязанным встречным долгам выступает в такой ситуации в качестве своего рода обеспечения, то этот обеспечительный потенциал права зачета переносится на взаимные реституционные обязательства по п. 3 ст. 329 ГК РФ.

3.1.6. Судьба реституционной квазисиналлагмы при впадении одной из сторон в банкротство: банкротные основания недействительности

Если идея функциональной квазисиналлагмы по взаимным реституционным обязательствам в сценарии банкротства одной из сторон конвертируется в залоговое решение (как минимум в контексте продажи вещи), то при недействительности сделок по банкротным основаниям ситуация кардинально меняется. От идеи функциональной синаллагмы, согласно судебной практике, здесь почти ничего не остается. На неприменение обычной логики ст. 328 ГК РФ в контексте оспаривания сделок по банкротным основаниям прямо указывает судебная практика (см. Определение СКЭС ВС РФ от 3 августа 2020 г. № 307-ЭС20-2237). Каков же здесь порядок расшивки отношений сторон?

Согласно п. 29 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63, если сделка, признанная в порядке гл. III.1 Закона о банкротстве недействительной, была исполнена должником и (или) другой стороной сделки, в отношении удовлетворенного определением суда реституционного требования впавшего в банкротство должника к другой стороне сделки суд выдает исполнительный лист. В отношении же удовлетворенного определением суда денежного реституционного требования другой стороны к должнику, если сделка признана недействительной на основании ст. 61.2 или 61.3 Закона о банкротстве, суд разъясняет в определении, что упомянутое требование подлежит удовлетворению в порядке, предусмотренном п. 2–4 ст. 61.6 Закона о банкротстве (в том числе в случае, когда должник получил имущество по сделке после возбуждения дела о банкротстве).

Исходя из этих разъяснений и правил ст. 61.6 Закона о банкротстве, контрагент впавшего в банкротство должника, купивший у него имущество, должен вначале вернуть в конкурсную массу полученное имущество, и только после этого его встречное требование о возврате уплаченной цены из массы считается созревшим и может быть установлено в РТК должника. Казалось бы, все то же, что и при небанкротных основаниях оспаривания. Но фундаментальная разница состоит в том, что это денежное требование вернувшего вещь в массу продавца устанавливается в РТК на общих основаниях, без залоговых преимуществ. При этом если сделка аннулирована судом по основаниям, указанным в п. 2 ст. 61.2 и п. 3 ст. 61.3 Закона о банкротстве (предполагающим установленную – нередко за счет не опровергнутых законодательных презумпций – субъективную недобросовестность контрагента), реституционное денежное требование продавца к конкурсной массе должника еще и субординируется по отношению к требованиям иных ординарных кредиторов и имеет чисто виртуальные шансы на удовлетворение. Например, чтобы покупатель попал в субординированную очередь, достаточно установления наличия у него оснований подозревать, что продавец при отчуждении имущества по заниженной цене отвечал признакам неплатежеспособности (оспаривание сделки продажи на основании п. 2 ст. 61.2 Закона о банкротстве).

В случае оспаривания сделки по п. 1 ст. 61.2, п. 1 и 2 ст. 61.3 Закона о банкротстве, когда оснований для субординации нет, установление реституционного требования в РТК банкрота *pari passu* с иными ординарными кредиторами (т.е. без залогового приоритета) с учетом статистики удовлетворения необеспеченных требований дает этому истцу шансы получить всего несколько копеек с рубля. По сути, не только в случае субординации реституционного требования к массе о возврате денег, но и при отсутствии субординации мы имеем итог, который получился бы при односторонней реституции. Функциональная синналлагма разваливается.

Если банкротится покупатель, позиция ВАС РФ в отношении реституции по сделке, оспоренной по банкротным основаниям, не ясна. ВАС РФ пишет, что контрагент банкрота должен вернуть в массу полученное, а сам устанавливает свое *денежное* требование в РТК в ординарной или субординированной очереди. Это разъяснение касается сюжета с банкротством продавца. Но при банкротстве покупателя в случае аннулирования сделки купли-продажи индивидуально-определенной вещи (в связи с тем, что она приобретена по завышенной цене) вещь не оказывается в конкурсной массе покупателя, так как

в рамках каузальной модели перехода права собственности недействительность означает отсутствие распорядительного эффекта сделки. Соответственно, продавец возвращает в конкурсную массу уплаченную ему цену и свободно отбирает у банкрота свою вещь, несмотря на впадение покупателя в конкурс, а если цена им не возвращается, покупатель реализует свое право залога на эту вещь. Конвертация притязания продавца к банкроту-покупателю о возврате вещи в денежное требование, которое можно было бы устанавливать в РТК *pari passu* или субординировать, не происходит.

Получается несколько странная ситуация. Если недобросовестный контрагент купил вещь у будущего банкрота по заниженной цене, этот контрагент будет вынужден вернуть купленную вещь, а по своему требованию о возврате цены либо получит несколько копеек с рубля (если его требование не будет субординировано), либо вовсе ничего не получит почти гарантированно в силу его субординации. Использовать удержание с выходом на залоговое право он не сможет. По сути, в обоих случаях он будет наказан за участие в оспоренной сделке односторонним форматом реституции и разрывом синаллагмы (наказан по сравнению со стандартной моделью реституции в банкротстве, предполагающей залоговое решение проблемы обеспечения функциональной синаллагмы, как минимум при покупке вещи). Если же недобросовестный контрагент продал будущему банкроту вещь по завышенной цене, за счет такой продажи вольно или невольно способствуя выводу ликвидности со счетов будущего банкрота, то такой контрагент вовсе не пострадает: ему просто нужно будет вернуть уплаченную высокую цену, а далее он спокойно забирает у банкрота вещь, которая в силу недействительности так и не попала в конкурсную массу продавца. Как мы видим, здесь двусторонняя реституция происходит, и ситуация уже не отличается от той, которая была бы, если сделка недействительна по небанкротным основаниям. Насколько оправданно столь драматическое различие с политико-правовой точки зрения? Кажется, не вполне оправданно.

Теоретически это очевидно необоснованное различие можно устранить тем, что в сценарии банкротства покупателя вещь продавцу не возвращается, собственность на нее каким-то образом переходит банкроту и затягивается в его конкурсную массу, требование контрагента-продавца о реституции вещи трансформируется в денежное требование о возврате стоимости вещи и далее устанавливается в РТК как необеспеченное или вовсе субординируется. Но пока такое решение в российской судебной практике не признано, и в целом наличие догматического основания для затягивания вещи в конкурсную массу

покупателя-банкрота в контексте аннулирования сделки и ее распорядительного эффекта не наблюдается.

Также следует заметить, что в ситуациях, когда в результате банкротного оспаривания сделки образуются взаимные денежные реституционные требования (например, покупатель уже перепродал или потребил купленную вещь и обязан в силу п. 2 ст. 167 ГК РФ возместить ее денежную стоимость, а продавец – вернуть полученную договорную цену), вопрос о сальдировании (зачете) таких требований оказывается куда более спорным, чем в сюжете с недействительностью по общегражданским основаниям. С точки зрения системной согласованности раз при банкротном оспаривании законодатель настаивает на разрыве функциональной синалагмы, то и возможность сальдирования здесь должна блокироваться. Впрочем, полной ясности в практике ВС РФ по данному вопросу нет.

3.1.7. Судьба реституционной квазисиналагмы при впадении одной из сторон в банкротство: сравнение последствий применения банкротных и небанкротных оснований недействительности

Возникает вопрос об уместности столь драматического расхождения последствий покупки вещи по заниженной цене у будущего банкрота, впоследствии оспоренной по ст. 61.2 Закона о банкротстве, и совершения с последним сделки, недействительной по иным основаниям (например, при направленности сделки на нанесение явного ущерба акционерам или участникам продавца, совершении сделки в результате сговора, обмана, насилия, угроз, стечения тяжелых обстоятельств и т.п.). Почему сторона, которая обманула должника, ввела его в заблуждение, применяла угрозы или недобросовестно воспользовалась стечением тяжелых обстоятельств, либо вступила в сговор с представителем должника в ущерб последнему, что в итоге и спровоцировало аннулирование, либо сторона, совершившая обмен по ничтожной в силу противоречия закону или основам правопорядка сделки, получает залоговый приоритет в банкротстве другой стороны в случае, если она вернет последней полученное по сделке имущество, не рискуя оказаться у разбитого корыта, а сторона, виновная лишь в том, что она купила что-то существенно дешевле рыночной цены у лица, которое впало впоследствии в банкротство, лишается вообще всего (сценарий субординации) или почти всего (сценарий отсутствия субординации) и осуществляет *de facto* одностороннюю реституцию? Кажется, что степень упречности поведения намного выше в первом случае, при оспаривании по небанкротным основаниям, но карательный механизм обрушивается на голову контрагента во втором. Здесь, как представляется, налицо некоторое логическое противоречие.

Иногда утверждается, что отказ от залогового решения в контексте банкротного оспаривания связан с тем, что ущерб по сделке причиняется кредиторам, но не самому должнику. На это можно было бы ответить, что залоговый механизм вполне позволяет защитить интересы кредиторов, так как масса получит разницу между ценой реальной сделки и рыночной ценой, ведь покупатель получал бы залоговый статус лишь в отношении своего денежного требования вернуть уплаченную заниженную цену. Видимо, по мысли законодателя, отказ от залогового механизма в сценарии оспаривания сделок по банкротным основаниям выступает карательным инструментом, направленным на предотвращение именно банкротных пороков сделок, эти пороки высшим судам кажутся заслуживающими превенции, более интенсивной, чем превенция обмана, применения насилия, совершения сделок в нарушение прямых законодательных запретов или сделок, противоречащих основам правопорядка. Причем карательный элемент, как мы видим, обнаруживается в самом отказе от залогового решения. Субординация же денежного реституционного требования оказывается «квалифицированной карой», не просто казнью, а четвертованием.

Такой дифференцированный подход к внебанкротным и банкротным основаниям недействительности вызывает сомнения. Сложившаяся ситуация кажется системно несогласованной и несправедливой. Было бы логично либо использовать залоговый вариант обеспечения функциональной синаллагмы по умолчанию в качестве общего правила для всех составов недействительности, как банкротных, так и внебанкротных, либо в обеих ситуациях отказываться от залогового решения и забыть о функциональной квазисиналлагме в сценарии банкротства.

Первый вариант решения при первом приближении кажется несколько более предпочтительным.

Если и признавать необходимость реализации карательного элемента для тех или иных составов недействительности в целях повышенной превенции (что вполне может обсуждаться), то только в отношении ситуаций, когда налицо злонамеренный умысел, независимо от того, идет ли речь о банкротных и небанкротных основаниях недействительности (например, умышленный вывод активов в ущерб кредиторам на аффилированных лиц, умышленный сговор с директором в ущерб обществу, принуждение, насилие, обман и т.п.). Причем для реализации карательного элемента в таких особо вопиющих случаях вполне достаточно просто не предоставлять недобросовестной стороне права ссылаться на функциональный аспект синаллагмы и не использовать суррогатные решения, компенсирующие отказ от данного аспекта

синаллагмы (вроде залога). Например, если при банкротстве продавца не предоставлять покупателю залоговый приоритет в отношении его реституционного денежного требования в целях компенсации лишения покупателя права ссылаться на ст. 328 ГК РФ, это уже само по себе достаточно чувствительная кара.

Соответственно, можно предположить, что независимо от того, недействительна ли сделка по банкротным или небанкротным основаниям, должен работать единый механизм обеспечения функциональной синаллагмы в банкротстве – тот, который описан ВАС РФ в п. 29.5 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 в контексте оспаривания по внебанкротным основаниям и который за счет залогового решения обеспечивает срабатывание функциональной синаллагмы и исключение односторонней реституции и обогащения конкурсной массы за счет контрагента. Карательный механизм, формирующий условия для односторонней реституции и отказа от функциональной квазисиналлагмы (лишение права на залоговое обеспечение), может быть признан обоснованным только в случаях, когда установлены обстоятельства, позволяющие увидеть в поведении контрагента не просто неосторожность, а очевидное мошенничество, сговор или очевидные признаки иного объективно недобросовестного поведения (применение насилия или угрозы насилия, умышленный обман, сговор и т.п.). Карательные институты, когда такие в целом уместны в гражданском праве (а они в ряде случаев действительно уместны), должны применяться только при соблюдении самого высокого стандарта доказывания умышленности, злонамеренности неправомерного или недобросовестного поведения делинквента («вне разумных сомнений»). Применение такого стандарта доказывания должно исключать или сводить к минимуму риск обрушения таких карательных санкций на голову просто неосторожного контрагента.

Впрочем, вся эта проблематика требует дополнительного анализа и обсуждения на страницах комментариев к банкротному законодательству.

3.1.8. Квазисиналлагма при расторжении договора в сценарии банкротства одной из сторон

Похожая проблематика возникает в сценарии расторжения договора и возникновения взаимных обязательств по возврату имущества. Как было показано в п. 3.1.3 комментария к настоящей статье, ВС РФ считает, что эти обязательства взаимообусловлены и носят встречный характер, и суд не может присудить к исполнению одно из них, не решив судьбу другого, должен осуществлять двустороннее присуждение и устанавливать очередность исполнения обеими сторонами решения.

Но что, если одна из сторон впадет в банкротство до подачи иска о возврате полученного или после? Основное отличие от сценария недействительности, описанного выше, состоит в том, что отказ от договора или его судебное расторжение не отменяет согласно российскому праву ранее произошедший переход к покупателю права собственности, вместо этого у покупателя возникает обязательство произвести обратное отчуждение права на вещь или имущественное право, и пока оно не будет отчуждено обратно продавцу, титул принадлежит покупателю (см. п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35, Определение СКЭС ВС РФ от 22 июля 2021 г. № 307-ЭС21-5824). Соответственно, при банкротстве покупателя само имущество затыгивается в его конкурсную массу, так как конкурсная масса наполняется за счет имущества, права собственности на которое принадлежат лицу, впадшему в банкротство, по состоянию на момент объявления его банкротом (см. Определение СКЭС ВС РФ от 27 мая 2021 г. № 310-ЭС21-1061), а при банкротстве продавца это имущество не принадлежит его конкурсной массе, вместо этого в ней находится обычное обязательственное требование к покупателю о возврате имущества (см. Определение СКЭС ВС РФ от 22 июля 2021 г. № 307-ЭС21-5824).

Представим, что покупатель отказался от договора купли-продажи, обнаружив существенный скрытый дефект в купленной вещи, и потребовал вернуть уплаченную им цену, либо договор был расторгнут по инициативе продавца в связи с просрочкой в оплате проданной вещи. Если к моменту расторжения покупатель уже внес хотя бы часть цены, а продавец передал покупателю вещь, в обоих сценариях после расторжения возникают взаимные обязательства по возврату полученного. Но далее представим, что до взаимного возврата полученного после расторжения сам покупатель впадает в банкротство. Если продавец вернет ему полученную цену, он не сможет добиться возвращения ему вещи и обратного переноса права собственности из конкурсной массы, ибо все реестровые неденежные требования к массе подлежат в конкурсе трансформации в денежные (см. Определение СКЭС ВС РФ от 27 мая 2021 г. № 310-ЭС21-1061) и установлению в РТК на равных с кредиторами той же очереди. Это значит, что продавец вернет в конкурсную массу впавшего в банкротство покупателя всю полученную от него сумму, но почти гарантированно назад по итогам конкурса получит всего несколько копеек с рубля требований. Это несправедливо. Выходом из положения является допущение зачета в такого рода ситуациях. В частности, необходимо признать, что продавец вправе не возвращать деньги в конкурсную массу покупателя,

а заявить зачет, ведь его требование к массе о возврате вещи трансформируется в денежное, и возникают условия для зачета. Проблема возникает в связи с ограничением зачета в банкротстве согласно абзацу седьмому п. 1 ст. 63 Закона о банкротстве. В то же время ВС РФ в своей практике постепенно преодолевает данный запрет, допуская зачет по взаимосвязанным и прежде всего sinalлагматически увязанным однородным требованиям, вытекающим из единого правового основания, зачем-то называя такой зачет неологизмом «сальдирование» (подробнее см. комментариев к ст. 411 ГК РФ). Именно это сальдирование в данном случае и должно применяться, так как при наличии двух взаимных «реверсивных» обязательств по возврату предоставленного на ликвидационной стадии программы договорных правоотношений их фактическая sinalлагматическая связь налицо. Это позволит избежать несправедливой ситуации одностороннего возврата полученного и развала функционального аспекта подобной квазисиналлагмы.

Более сложный вопрос касается сценария банкротства продавца. Здесь надо исключить вариант, при котором покупатель после состоявшегося расторжения договора и возникновения взаимных реверсивных обязательств по возврату полученного обязан будет вернуть в массу продавца вещь и далее устанавливать в РТК продавца свое денежное требование о возврате цены, имея шансы получить всего несколько процентов от своего требования. Это абсурдно, особенно если учесть, что отказ от договора может произойти по причине нарушения продавцом договора и в рамках защиты покупателем своих прав. Но и вынуждать конкурсную массу продавца возвращать всю цену, не имея гарантий, что ей потом вернут саму вещь, тоже неверно. Представим, что отказ продавца от договора произошел из-за того, что покупатель не платит по графику рассрочки, впавший в конкурс продавец вернул покупателю всю цену, но обратно дорогостоящее оборудование не получает и сталкивается затем со впадением в банкротство уже самого покупателя. Такого быть не должно.

Здравый смысл подсказывает следующее решение проблемы функциональной sinalлагмы: после отказа от договора или его расторжения покупатель должен по требованию конкурсного управляющего продавца вернуть соответствующее имущество первым, но взамен его денежное требование о возврате уплаченной цены должно стать обеспечено залогом данного возвращенного имущества. Иначе говоря, мы здесь должны применить по аналогии обсуждавшиеся в п. 3.1.5 комментария к настоящей статье разъяснения ВС РФ в отношении обеспечения функциональной sinalлагмы при взаимной реституции в сценарии недействительности сделки по небанкротным основаниям (п. 29.5

Постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63). В сюжете недействительности в аналогичной ситуации возникновение права залога у покупателя объяснялось через тезис о возникновении у него права удержания, которое согласно ГК РФ выводит на залоговое решение (ст. 360 ГК РФ). В контексте расторжения зацепиться за ст. 360 ГК РФ не получится, ибо покупатель не может удерживать свою вещь (ведь пока он ее не вернет, она принадлежит ему). Но в принципе этот аспект, видимо, можно проигнорировать, так как сама ссылка на удержание в разъяснениях ВС РФ – просто прием, обеспечивающий переход к обоснованию возникновения залогового права как компенсации утраты возражения о неисполненности встречного обязательства. Поэтому мы по аналогии здесь должны применять сам итог этой аргументации – возникновение у покупателя права залога на возвращаемое в конкурсную массу имущество в качестве компенсации за утрату возражения о неисполнении встречного обязательства.

ВС РФ в конечном счете признал это залоговое решение как способ компенсировать покупателю лишение его права ссылаться на функциональный аспект синаллагмы, обосновав это применением по аналогии нормы п. 5 ст. 488 ГК РФ о возникновении законного залога при продаже вещи с отсрочкой платежа (Определение СКЭС ВС РФ от 22 июля 2021 г. № 307-ЭС21-5824).

Причем, в отличие от сюжета с недействительностью, данная залоговая модель однозначно будет применяться и к ситуациям расторжения договора купли-продажи имущественного права, ибо распорядительный эффект задним числом не аннулируется и у покупателя возникает обязательство осуществить обратное распоряжение имущественным правом.

Это залоговое решение, видимо, должно применяться в любых случаях расторжения договора, а не только в ситуации расторжения по причине нарушения договора продавцом. Даже если договор расторгается по причине его нарушения покупателем, у покупателя есть право ссылаться на функциональную синаллагму, и, чтобы компенсировать лишение его этого права в сценарии банкротства продавца, необходимо использовать вышеуказанное залоговое решение.

При этом стоит дополнить эту картину следующим штрихом. Покупатель, который отказался от договора в связи с дефектом или иным нарушением договора со стороны продавца, узнав о том, что продавец впал в банкротство, должен иметь право передумать и не возвращать вещь в массу, если он не хочет «ввязываться» в банкротный процесс. Но в этом случае покупатель не будет претендовать на возврат цены. Должное догматическое обоснование такого решения не очевидно. Но,

возможно, стоит предложить следующее обоснование: после расторжения договора купли-продажи возникает квазисиналлага (покупатель должен вернуть вещь продавцу и перенести на него собственность, а продавец обязан вернуть покупателю уплаченную цену): по сути, ситуация начинает напоминать до степени смешения обратную продажу вещи. Если бы между сторонами действительно был заключен договор обратной продажи, который еще никем не исполнен, то продавец по такой обратной сделке продажи, узнав о впадении покупателя в банкротство, мог бы отказаться от такого договора в связи с предвидимым нарушением по п. 2 ст. 328 ГК РФ. То, что в нашей ситуации мы формально не говорим об обратной купле-продаже, не должно ничего принципиально менять, если смотреть на вещи функционально, с точки зрения их сути. Соответственно, отказ покупателя, купившего дефектную вещь и в связи с этим во внесудебном или даже судебном порядке расторгнувшего договор, от совершенного им расторжения следует признать допустимым. Такой отказ прекратит взаимные реверсивные обязательства по возврату имущества и вернет отношения в исходное состояние с точки зрения обязательственных последствий первичного договора: возвращать никому ничего не надо, а покупатель при желании может устанавливать в РТК продавца-банкрота свои денежные требования о возмещении убытков или возврате части цены в контексте реализации им права соразмерного уменьшения цены. Эта опция может обсуждаться в ситуации, когда покупатель, купивший дефектную вещь, узнал о банкротстве продавца после реализации им права на расторжение договора.

Данное решение поддержал и ВС РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 22 июля 2021 г. № 307-ЭС21-5824). При этом Суд не уточнил, готов ли он применять его только в случае расторжения по причине нарушения, допущенного продавцом, или оно уместно и в ситуации расторжения по причине нарушения покупателя. Кажется, что в последнем случае покупателю нельзя давать подобный выбор, и он может быть принужден к возврату вещи.

3.2. Возможность понуждения к осуществлению предшествующего исполнения

Норма п. 3 ст. 328 ГК РФ допускает и такую интерпретацию, при которой в случаях, когда в договоре или законе закреплена четкая очередность обмена, кредитор не может потребовать принудительного исполнения от стороны, обязанной осуществить свое исполнение первой по очереди (например, внести предоплату, передать товар с отсрочкой платежа, передать предмет аренды во владение и т.п.). При такой интерпретации в случае неполучения предшествующего ис-

полнения сторона, обязанная осуществить последующее исполнение, может реализовать правомочия, предусмотренные в п. 2 ст. 328 ГК РФ (приостановить свое встречное исполнение или отказаться от договора), а также требовать возмещения убытков или уплаты неустойки, но не может истребовать непредоставленное исполнение в судебном порядке. Потребовать же принудительного осуществления предшествующего исполнения при такой интерпретации можно, только если истец ранее решил рискнуть, взяв на себя кредитный риск вопреки очередности, оговоренной сторонами или следующей из закона или иных оснований, и осуществил свое встречное исполнение досрочно, т.е. ранее, чем он должен был делать это согласно договорных правоотношений. Если продавец не передал вещь на условиях отсрочки платежа, покупатель в рамках такой интерпретации должен либо отказаться от договора и взыскать убытки, либо рискнуть внести оплату за вещь вперед вопреки согласованной очередности, дабы заслужить право на отобрание вещи.

Если следовать такой интерпретации, по общему правилу невозможен иск о принудительном взыскании с покупателя (заказчика) предоплаты или иск об истребовании недвижимости, пакета акций или доли в ООО, которые подлежат передаче по договору на условиях отсрочки платежа, пока истец сам не решится отказаться от согласованной привилегии отсроченного встречного исполнения и не осуществит его досрочно. В равной степени невозможен и иск об истребовании у банка обещанной суммы кредита. Требовать принудительного осуществления денежного или неденежного «открывающего», предшествующего исполнения, втягивая тем самым передумавшего исполнять договор должника в осуществление экономического обмена, в рамках такой интерпретации нельзя.

Против такой интерпретации новой нормы п. 3 ст. 328 ГК РФ говорит [проект Концепции](#) реформирования общей части обязательственного права (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.)). Согласно п. 2.9 разд. II указанного [проекта Концепции](#) новелла, закрепленная в п. 3 ст. 328 ГК РФ, была задумана разработчиками для регулирования ситуации, когда в законе или договоре четкая очередность обмена не закреплена, т.е. в качестве элемента правового режима обеспечения функциональной синаллагмы при одновременном обмене (об этом см. п. 3.1 комментария к настоящей статье).

Более того, ряд норм ГК РФ явно предполагает возможность принуждения к осуществлению «открывающего» исполнения. Так, на-

пример, в силу п. 3 ст. 611 ГК РФ «если арендодатель не предоставил арендатору сданное внаем имущество в указанный в договоре аренды срок, а в случае, когда в договоре такой срок не указан, в разумный срок, арендатор вправе истребовать от него это имущество в соответствии со статьей 398 настоящего Кодекса и потребовать возмещения убытков, причиненных задержкой исполнения, либо потребовать расторжения договора и возмещения убытков, причиненных его неисполнением». Трудно вообразить, что законодатель подразумевал, что арендатор, прежде чем подать такой иск, должен внести все свои арендные платежи наперед.

Такое ограничение не известно большинству континентально-европейских правопорядков (например, немецкому праву, которое допускает истребование и предоплаты, и суммы обещанного займа по консенсуальному договору займа). Европейская традиция не блокирует право кредитора потребовать от должника принудительного исполнения, не осуществив свое встречное исполнение, если в соответствии с программой договорных правоотношений это встречное исполнение должно было осуществляться после исполнения обязательства должником. И действительно, обсуждаемое ограничение на принуждение к исполнению обязательства вопреки тому, что иногда утверждается в российском праве, не вытекает непреложным образом из идеи синаллагмы. Право должника не исполнять, пока кредитор не исполнил, касается только случая, когда должник должен был исполнять вторым по очереди или одновременно. Если должник должен был согласно условиям договора, закону, обычаям исполнять первым по очереди, он может отказаться исполнять, только если налицо предвидимое нарушение (п. 2 ст. 328 ГК РФ). Но если риск неисполнения встречного обязательства существенно не вырос по сравнению с тем, что наблюдалось при заключении договора, в большинстве правопорядков должник, который отказывается осуществлять открывающее исполнение, не только попадет в просрочку, но и может быть присужден к принудительному исполнению (кроме случаев, когда природа обязательства исключает возможность принуждения к исполнению в натуре).

В то же время в пользу такого ограничения может быть выдвинут и выдвигается ряд аргументов. Если должник не желает исполнять договор, а кредитор еще не осуществил встречное исполнение, в большинстве случаев наиболее адекватный сценарий развития событий состоит в расторжении договора, нахождении кредитором замены должнику и взыскании с последнего убытков (в том числе в виде разницы в ценах). В этом случае договор будет исполняться с тем, кто в этом

реально заинтересован, что намного разумнее, чем принудительное затягивание должника в исполнение договора против его воли. Когда еще никто из сторон не исполнил своих обязательств, экономичнее поощрять расторжение договора со взысканием убытков и не допускать принуждение должника к предоставлению коммерческого или иного кредита (например, к уплате предоплаты, выдаче банковского кредита).

Что по данному вопросу говорит судебная практика?

Невозможность истребования по суду обещанной суммы кредита достаточно однозначно была признана в судебной практике ВАС РФ (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147, п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Впрочем, ВС РФ по данному вопросу пока не высказывался.

Что касается принуждения к осуществлению «открывающего» предоставления в форме взыскания предоплаты или принуждения к передаче иного имущества, которое должник должен был передать первым по очереди, здесь ситуация менее очевидная. Ранее намеки на реализацию такого ограничения обнаруживались в практике ВАС РФ еще в контексте прежней редакции ст. 328 ГК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2012 г. № 9924/11). Позднее в Определении СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840 Суд опять намекнул на такое прочтение комментируемой нормы. Такой же намек содержится в п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54: Суд указал, что цессионарий вправе потребовать перевода уступаемого права на себя, если cedent уклоняется от совершения обещанного распорядительного волеизъявления, уточнив, что таким правом обладает цессионарий, исполнивший свои обязательства. Но до сих пор полной ясности в данном вопросе на уровне практики ВС РФ нет. Например, при рассмотрении в рамках одного дела иска продавца к покупателю о внесении предоплаты и иска покупателя об осуществлении последующего предоставления в виде передачи недвижимости ВС РФ согласился с тем, что продавец вправе приостановить передачу недвижимости в ответ на просрочку во внесении предоплаты, но не согласился с возможностью удовлетворения встречного иска о взыскании предоплаты без разрешения вопроса о передаче недвижимости. Он допустил истребование предоплаты от покупателя, но постановил, что в такой ситуации необходимо удовлетворить и первичный иск об отобрании недвижимости, как если бы речь шла об одновременном обмене (Определение СКГД ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 5-КГ15-147). В Определении СКГД ВС РФ от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54 Суд признал возможным понудить cedenta к уступке требования в натуре,

несмотря на то что цессионарий по условиям договора должен был платить после уступки и на момент удовлетворения иска оплату, вполне естественно, не произвел.

В п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 Суд указал: «Согласно пункту 3 статьи 328 ГК РФ ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду от другой стороны исполнения в натуре, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне. Однако такое право соответствующей стороны может быть установлено законом или договором (пункт 4 статьи 328 ГК РФ). Вместе с тем кредитор не лишен возможности требовать возмещения убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполнением, в соответствии с условиями обязательства (статьи 15, 393, 396 ГК РФ)».

Данное разъяснение можно было бы понимать как означающее наличие у каждой из сторон права приостановить исполнение до учинения исполнения контрагентом, если договором или законом не предусмотрено иное, а именно необходимость для одной из сторон исполнять первой. Именно так эта мысль выражается во многих зарубежных правовых порядках. И если так, то в разъяснении просто говорится о функциональном аспекте синаллагмы в сценарии одновременного обмена: ни одна из сторон не попадает в просрочку в такой ситуации, пока другая сторона не решится предложить свое исполнение первой (подробнее о данном аспекте синаллагмы см. п. 3.1.1 комментария к настоящей статье). Но дальнейший текст разъяснения, говорящий о том, что кредитор вместо требования исполнения может требовать возмещения убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением, наводит на мысль, что в фокусе внимания ВС РФ в рамках данного разъяснения находится сюжет, когда у должника не было права приостановить исполнение, он уже находится в просрочке, а следовательно, он должен был исполнять свое обязательство первым по очереди. И тогда данное разъяснение начинает восприниматься как означающее блокирование права на удовлетворение иска о принудительном исполнении «открывающего» обязательства по синаллагматическому договору. Впрочем, полной ясности это разъяснение не дает: Суд не говорит прямо, что это разъяснение касается случая, когда должник по условиям сделки должен был осуществить исполнение первым (например, передать недвижимость на условиях рассрочки платежа).

Не помогает решить вопрос и абзац второй того же пункта Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, который изложен

крайне витиевато: «В случае спора о размере встречного исполнения истца, если суд установит, что неисполнение с его стороны носило незначительный характер, суд вправе удовлетворить иск об исполнении ответчиком обязательства в натуре, определив объем подлежащего истцом исполнения». Не вполне понятно, как суд определяет объем подлежащего передаче в пользу должника за счет кредитора, если должник встречного иска не предъявил. Возможно, имеется в виду, что суд, осуществляя присуждение, укажет в решении, какую часть предоставления в пользу ответчика должен впоследствии осуществить истец. Но, возможно, ВС РФ имел в виду, что суд, осуществляя присуждение в пользу истца, одновременно должен присудить к исполнению и самого истца в пользу ответчика по модели двусторонней реституции. Если так, то это подтверждает, что в предыдущем абзаце Постановления № 54 речь идет не о блокировании возможности присуждения к исполнению открывающего обязательства, а о реализации функциональной синаллагмы в рамках одновременного обмена. Полной ясности по данному вопросу нет, поскольку абстрактные разъяснения ВС РФ не вполне однозначны.

В общем, суммируя сказанное, по обсуждаемому вопросу в российском праве существует некоторая неопределенность.

3.2.1. Возможное решение

Как представляется, иск о взыскании с покупателя предоплаты или иск об истребовании у продавца имущества, продаваемого на условиях отсрочки платежа, либо иск о присуждении должника к иному «открывающему» неденежному предоставлению следует признать допустимыми, если у кредитора нет реальной возможности найти должнику замену (например, должник — единственный в стране дистрибьютор), либо расторжение договора и заключение альтернативного договора с другим контрагентом существенно затруднены, либо у кредитора имеется иной охраняемый законом интерес в совершении обмена именно с должником. Так, например, в случае, когда покупатель уклоняется от внесения предоплаты, а продавец уже понес расходы на закупку заказанного покупателем товара, реализация которого третьим лицам затруднена, или осуществил иные существенные инвестиции в подготовку исполнения именно по данному договору, иск о взыскании предоплаты должен судами поддерживаться. Аналогично должен решаться вопрос, если продавец уже передал покупателю часть комплекта оборудования и требует внесения согласованной цены за весь комплект.

Если продавец по условиям договора должен на первом шаге передать уникальный объект недвижимости, картину или редкое оборудование с условием об отсрочке или рассрочке платежа и не делает

этого, иск покупателя об отобрании вещи по ст. 398 ГК РФ должен удовлетворяться, несмотря на то что покупатель будет обязан согласно условиям договора заплатить за вещь позднее.

Также такой иск может удовлетворяться, если покупатель уже внес продавцу значительную часть цены за это имущество в порядке аванса.

В подобных случаях у кредитора есть охраняемый законом интерес принудить к проведению обменной операции согласно условиям договора, и его поведение не кажется иррациональным, абсурдным или зловредным.

В таких ситуациях присуждать к одновременному исполнению некорректно, так как это будет нарушать согласованную очередность обмена, и суд должен удовлетворить иск о принуждении к осуществлению предшествующего исполнения, не разрешая вопрос о встречном предоставлении, которому придет срок в свое время. В Германии и в большинстве других европейских стран суды это делают, не видя в таком присуждении никакой проблемы. Исключением может быть ситуация, когда согласованная отсрочка для осуществления последующего предоставления крайне незначительна. Например, если по условиям договора покупатель должен заплатить за приобретаемую недвижимость в течение двух дней после переоформления права собственности и передачи владения, но продавец уклоняется от исполнения обязательства, а покупатель заявляет иск о регистрации перехода права собственности по ст. 551 ГК РФ и отобрании владения по ст. 398 ГК РФ, возможно, в целях процессуальной экономии суду стоило бы присудить стороны к одновременному исполнению, как минимум если ответчик об этом просит под условием удовлетворения исходного иска (подробнее см. п. 3.1.1 и 3.1.2 комментария к настоящей статье). Но если согласованная отсрочка не носит символический характер (например, отсрочка в оплате в нашем примере составляет несколько месяцев), суд обязан присудить ответчика к исполнению без оглядки на то, что истец по условиям обязательства должен осуществить свое предоставление позднее.

При этом, как представляется, если должник однозначно отказался от осуществления своего открывающего предоставления, добрая совесть требует от кредитора не затягивать с подачей иска: кредитор должен заявить такой иск в течение разумного срока. Попытка заявить иск о взыскании предоплаты или истребовании предмета аренды у арендодателя через два с половиной года после того, как должник по такому обязательству заявил, что передумал исполнять договор и предложил его расторгнуть, кажется в высшей степени недобросовестной. Если кредитор в течение разумного срока такой иск не заявил, он теряет

возможность принуждения, и ему остается одна опция – отказаться от договора и требовать возмещения убытков. Более того, с учетом возможности применения ст. 404 ГК РФ и правил о митигации убытков затягивание с отказом может повлечь снижение объема взыскиваемых убытков, если их возрастание было обусловлено таким неразумным затягиванием с отказом от договора.

Если же должник достаточно легко заменим, сомнительно поведение кредитора, который вместо отказа от договора, заключения замещающей сделки с третьим лицом и взыскания убытков в виде ценовой разницы за чем-то пытается заставить должника приступить к экономическому обмену, сделав «первый шаг синаллагмы», без гарантии того, что сам кредитор впоследствии, когда наступит срок его последующего исполнения, его действительно осуществит. Кредитор будет принуждать должника к проведению обменной операции, которая перестала интересовать должника, навязывать должнику то, что ему уже не нужно, вместо того, чтобы совершить сделку с тем, кто в ней действительно заинтересован. Это плодит трансакционные издержки и просто экономически иррационально. Например, покупатель будет принуждаться к внесению предоплаты за нефть, в которой он более не нуждается, вынужден будет заплатить за нее, затем от безысходности принимать вынужденно оплаченное, чтобы далее искать третье лицо, которому она нужна, и потом продать нефть такому лицу. В итоге нефть все равно придет в руки того, кто в ней заинтересован, но не напрямую от продавца, а через покупателя, плодя на своем пути конфликты и лишние издержки. В подобных ситуациях попытка продавца заставить покупателя внести предоплату кажется противоречащей запрету на злоупотребление правом. Кредитор в такой ситуации, получив сообщение должника о том, что он не намерен осуществлять свое открывающее предоставление, должен в разумный срок отказаться от договора и может начать готовить иск о взыскании убытков (или штрафа за срыв контракта, если такой установлен). Чем дольше кредитор затягивает с отказом, тем больше вероятность того, что нарастающие в период такой задержки убытки кредитора не будут им взысканы с должника по причине нарушения правил митигации убытков (ст. 404 ГК РФ).

Впрочем, как уже отмечалось, окончательной ясности по данному вопросу в российском праве нет. При этом следует помнить, что вопрос стоит лишь о содержании диспозитивного правила. Ничто не препятствует сторонам договора согласовать условие о праве кредитора требовать от должника исполнения по суду в отступление от обсуждаемого общего правила, если таковое в принципе будет окончательно утвер-

ждено в российском праве. Это прямо следует из п. 4 ст. 328 ГК РФ, п. 58 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, а также признается в практике по конкретным делам (см. Определение СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840).

3.2.2. Попытка «заслужить» право на истребование предшествующего исполнения за счет досрочного учинения последующего исполнения

Если интерпретация п. 3 ст. 328 ГК РФ, однозначно блокирующая возможность принуждения к осуществлению просроченного «открывающего» предоставления по синаллагматическому договору, будет все-таки поддержана судебной практикой, потребует разрешения и еще одна проблема. Сторона, обязанная осуществить последующее исполнение (т.е. исполнить договор второй по очереди), может решиться осуществить свое исполнение первой, чтобы «заслужить» право истребовать встречное исполнение. Это произойдет на практике только тогда, когда кредитор уверен в платежеспособности должника, ведь, осуществляя такой шаг, он берет на себя кредитный риск и бремя первого шага, которые не были отражены в цене договора, и только если кредитор крайне заинтересован в совершении обмена именно с данным должником. В такой ситуации кредитор фактически предлагает изменить закрепленную в договоре или законе очередность исполнения. В силу ст. 315 ГК РФ навязывание кредитору досрочного исполнения в коммерческих отношениях по общему правилу невозможно. Соответственно, встает вопрос о том, как быть, если другая сторона, ранее нарушившая свое обязательство по осуществлению «открывающего» исполнения, отказывается давать свое согласие на принятие досрочного последующего исполнения.

Ответ на этот вопрос может быть выведен из п. 4 ст. 1 ГК РФ, согласно которому никто не вправе извлекать выгоду из своего недобросовестного или неправомерного поведения. Сторона, отказывающаяся принимать досрочное встречное исполнение, до этого сама нарушила свое обязательство (например, не внесла предоплату) и теперь упорствует в своем нежелании реализовывать предусмотренный договором обмен, уклоняясь от предложенного ей досрочно встречного исполнения. Соответственно, в случае уклонения от получения досрочно предложенного встречного исполнения эта сторона может быть принуждена к исполнению своего обязательства (например, принуждена по суду к уплате предоплаты). Аналогичный вывод можно обосновать и путем применения по аналогии п. 3 ст. 157 ГК РФ о фикции наступления условия при недобросовестном препятствовании одной из сторон наступлению условия (в данном случае – условия для принуждения к исполнению). Таким образом, для получения права истребовать ис-

полнение необходимо либо осуществить встречное исполнение, либо как минимум предложить встречное исполнение¹.

Впрочем, если принять то толкование, согласно которому в принципе п. 3 ст. 328 ГК РФ не блокирует возможность принуждения к осуществлению просроченного «открывающего» исполнения, если у кредитора есть легитимный интерес в реализации обменной сделки с данным конкретным должником вместо поиска нового контрагента, то данная норма будет блокировать принуждение только в тех случаях, когда попытка настоять на втягивании должника в обменную операцию выглядит явным злоупотреблением правом. В тех случаях, когда налицо подобное злоупотребление, поведение кредитора кажется не менее спорным с точки зрения доброй совести, если он пытается все-таки досрочно осуществить встречное предоставление в адрес должника, дабы заслужить право на принуждение, несмотря на протесты должника и его заявления о потере интереса к сделке и готовности возместить убытки вместо реального исполнения. В тех же случаях, когда злоупотребления в поведении кредитора нет, так как заключить замещающую сделку затруднительно, право должно давать кредитору возможность принуждения должника к предшествующему исполнению, при этом у кредитора не будет необходимости пытаться осуществить досрочное исполнение.

3.3. Возможность истребовать последующее исполнение в ситуации, когда ответчик уклоняется от принятия предшествующего исполнения

Если по договору предусмотрена последовательность взаимного обмена и сторона, обязанная к осуществлению предшествующего исполнения, пытается осуществить свое предоставление, но сталкивается с просрочкой кредитора и уклонением контрагента от принятия такого исполнения, она может предъявить требование об осуществлении последующего предоставления. Так, например, когда покупатель уклоняется от принятия товара, продавец вправе потребовать оплаты (п. 4 ст. 486, п. 4 ст. 514, п. 2 ст. 515 ГК РФ).

¹ Нередко разгораются споры подобного рода. Так, в одном споре покупатель уклонился от внесения предоплаты за акции, продавец все равно решил их переоформить на покупателя, но покупатель упорно уклонялся от принятия акций, не подписав соответствующее адресованное к депозитарию распоряжение, необходимое для зачисления акций на его счет депо. В итоге продавец нашел выход и добился переоформления акций на лицевой счет покупателя не в депозитарию, как было установлено в договоре, а в реестре акционеров и заявил иск о взыскании оплаты. ВАС РФ посчитал, что продавец нарушил условия договора о порядке переоформления акций и отказал в иске о взыскании цены (Постановление Президиума ВАС РФ от 30 ноября 2010 г. № 9217/10). Нелепость такого решения не вызывает сомнений с учетом того, что акции уже оказались в распоряжении покупателя.

При этом было бы логично, чтобы в такой ситуации суд выносил решение об одновременном исполнении (подробнее см. п. 3.1.1 и 3.1.2 комментария к настоящей статье).

3.4. Встречность исполнения и сальдирование

Есть обширная практика ВС РФ, которая со ссылкой на ст. 328 ГК РФ объясняет доктрину так называемого сальдирования. Согласно этой практике Суда, из встречного характера обязательств сторон sinalлагматического договора и положений ст. 328 ГК РФ следует, что взаимные денежные обязательства сторон, вытекающие из общего правового основания, могут быть зачтены, несмотря на впадение одной из сторон в банкротство и наличие в Законе о банкротстве (п. 1 ст. 63) запрета на зачет в банкротстве. Суд объявляет, что в подобного рода случаях налицо не обычный зачет, а сальдирование, которое под запрет зачета в банкротстве не подпадает (определения СКЭС ВС РФ от 8 апреля 2021 г. № 308-ЭС19-24043 (2, 3), от 21 января 2021 г. № 305-ЭС20-18605, от 15 октября 2020 г. № 302-ЭС20-1275, от 10 декабря 2020 г. № 306-ЭС20-15629, от 11 июня 2020 г. № 305-ЭС19-18890 (2), от 2 сентября 2019 г. № 304-ЭС19-11744, от 29 августа 2019 г. № 305-ЭС19-10075, от 29 января 2018 г. № 304-ЭС17-14946, от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977) (подробнее см. комментарий к ст. 411 ГК РФ).

4. Установление иного в законе или договоре

Согласно прямому указанию в п. 4 ст. 328 ГК РФ, предусмотренные в п. 2 и 3 правила могут быть исключены или изменены специальными нормами закона или договора.

4.1. Особые положения закона

Специальное законодательное регулирование или принятые в его развитие подзаконные нормативные правовые акты могут устанавливать особенности регулирования приостановления исполнения или отказа от договора. О некоторых таких примерах уже писалось выше в рамках комментария к п. 2 и 3 ст. 328 ГК РФ. Здесь же добавим еще несколько примеров. Так, например, ст. 546 ГК РФ, а также Постановление Правительства РФ от 4 мая 2012 г. № 442 «О функционировании розничных рынков электрической энергии, полном и (или) частичном ограничении режима потребления электрической энергии» устанавливают достаточно подробное регулирование оснований и порядка приостановления подачи электроэнергии при нарушении абонентом своих обязательств, а также определенные ограничения в отношении возможности осуществления этого права. Другой пример: правовое регулирование оказания услуг связи предусматривает целый ряд особенностей приостановления оказания услуг связи в случае

нарушения абонентом своих обязательств (п. 3 ст. 44 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», п. 44 и 49 Постановления Правительства РФ от 9 декабря 2014 г. № 1342 «О порядке оказания услуг телефонной связи»). В отношении особенностей приостановления поставки газа абонентам-гражданам см. п. 45–48 Постановления Правительства РФ от 21 июля 2008 г. № 549 «О порядке поставки газа для обеспечения коммунально-бытовых нужд граждан».

4.2. Диспозитивность

Прямо отмеченная в норме п. 4 комментируемой статьи диспозитивность положений п. 2 и 3 ст. 328 ГК РФ, в частности, означает, что стороны могут исключить право на приостановление встречного исполнения в случае непредоставления обусловленного исполнения другой стороной.

Кроме того, как было показано в комментарии к п. 2 ст. 328 ГК РФ, допустимость использования механизма приостановления исполнения за рамками напрямую синаллагматически связанных обязательств зависит от конкретных обстоятельств и оценки ряда политико-правовых критериев (справедливости, разумности и добросовестности). Это гибкое решение имеет и обратную сторону — некоторую неопределенность в правах и возможностях сторон. В этих условиях задача сторон состоит в том, чтобы такие риски предвидеть и по возможности контролировать, минимизируя неопределенность. Например, сторонам при заключении договора было бы разумно проводить инвентаризацию всех договорных обязанностей, выделять возможные сценарии их нарушения и прямо в контракте предусматривать те обязательства, исполнение которых соответствующая сторона вправе приостановить в ответ на неисполнение той или иной обязанности другой стороной.

То же касается и приостановления исполнения или отказа от договора в ответ на возникновение предвидимого нарушения. Стороны вправе оговорить запрет на превентивный отказ от договора или приостановление исполнения при предвидимом нарушении либо установить дополнительные условия для реализации таких прав. Например, осуществление таких прав ставится в зависимость от того, как суд впоследствии ретроактивно оценит очевидность будущего нарушения в глазах кредитора. Установление в договоре перечня конкретных обстоятельств, наступление которых свидетельствует о повышении рисков и дает право на приостановление или отказ, является признаком хорошей договорной работы.

Отмеченная выше возможность уточнения оснований для приостановления исполнения заслуживает особого внимания еще и потому,

что сторона, которая, по мнению суда, приостановила свое исполнение или отказалась от договора необоснованно, может сама оказаться нарушителем договора. Если, например, контрагент приостановил свое исполнение в ответ на нарушение или предвидимое нарушение другой стороны, не имея на то достаточных оснований в силу отсутствия встречности между не осуществленным должником и приостанавливаемым кредитором исполнениями или при недостаточной очевидности будущего нарушения, мы имеем случай нарушения договора со стороны контрагента, который влечет стандартные неблагоприятные для него последствия. Среди них могут быть взыскание убытков, неустойки, процентов годовых за просрочку либо отказ от договора в ответ на такую невольную просрочку со взысканием убытков взамен исполнения по п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ. Поэтому кредитору, который решил приостановить свое исполнение, следует быть осторожным и проверить, насколько надежны основания реализации права приостановления исполнения. То же и с правом на отказ от договора. Упрочить положение кредитора в таких ситуациях может детальное договорное регулирование соответствующих правомочий.

Также, как уже отмечалось в комментарии к п. 3 данной статьи, нет причин блокировать условие договора, прямо допускающее принуждение к осуществлению предшествующего исполнения, если, конечно, признать, что сам такой запрет выводится из толкования данного пункта (что пока не вполне прояснено). Это прямо признано на уровне практики ВС РФ (Определение СКЭС ВС РФ от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840). Иначе говоря, что бы суды в итоге ни вывели из туманного п. 3 комментируемой статьи, стороны в договоре могут прямо оговорить обратное. В частности, стороны могут согласовать в договоре, что при уклонении покупателя от внесения предоплаты или продавца от передачи вещи в собственность на условиях рассрочки (отсрочки) пострадавший кредитор вправе потребовать исполнения таких обязательств в судебном порядке, не будучи вынужденным брать на себя кредитный риск вопреки договорным условиям и исполнять первым.

В то же время некоторые из подобных проявлений свободы договора могут быть заблокированы на основании правил ст. 10 или 428 ГК РФ, если эти условия договора выглядят как явно несправедливые, грубо нарушают баланс интересов сторон и при этом были навязаны слабой стороне договора.

Наконец, естественно, любые такие договорные условия ничтожны, если они ограничивают права потребителя (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

Дополнительная литература

Дорошенко Л.А. Обзор практики применения судами новой редакции п. 3 ст. 328 ГК РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 5. С. 187–203.

Егоров А.В. Реституция по недействительным сделкам при банкротстве // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 10–27.

Жукова О.Н. Предвидимое нарушение договора и его последствия // Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М., 2018. С. 162–194.

Карапетов А.Г. Приостановление исполнения обязательства как способ защиты прав кредитора. М., 2011.

Кнелъц (Капитонова) А.А. Синаллагма в договорном праве // Договоры и обязательства: Сборник работ выпускников Российской школы частного права при Исследовательском центре частного права имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации: В 2 т. / Сост. и отв. ред. А.В. Егоров и А.А. Новицкая. Т. 1: Общая часть. М., 2018. С. 187–230.

Макарова Р.В. Понятие синаллагматической связи в праве Англии и России // Правоведение. 2018. № 2 (337). С. 362–381.

Новицкая А.А. Учение о синаллагматическом договоре в римском праве. Контракт Лабеола // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13. № 2. С. 20–59.

Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 471–532.

Усачева К.А. «Утром – стулья, вечером – деньги», или К вопросу о синаллагматической структуре реверсивного обязательства. Комментарий к Определению Судебной коллегии по гражданским делам ВС РФ от 14.08.2018 № 32-КГ18-15 // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 4–14.

Чепурная Е.С. Встречное исполнение обязательства в пореформенном гражданском праве России // Опыты цивилистического исследования: сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 4. М., 2021. С. 447–490.

Щербаков Н.Б. Алеаторные сделки // О договорах: Сборник статей к юбилею В.В. Витрянского. М., 2017. С. 196–227.

Щербаков Н.Б. Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных» сделок // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 70–87.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1025–1029, 1276–1285.

German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1–3: § 1–1296 / Ed. by G. Dannemann, R. Schulze. München; Baden-Baden, 2020. P. 394–398, 521–529.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 273–274.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 315–326 (Leistungsstörungenrecht 2). Berlin, 2020. § 320–322.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 273–274.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 320–322.

Nyer D. [Withholding Performance for Breach in International Transactions: an Exercise in Equations, Proportions or Coercion?](#) // Pace International Law Review. 2006. Vol. 18. No. 1. P. 29–81.

O'Neill P., Saaf N. Is the Exceptio Non Adimpleti Contractus Part of the New Lex Mercatoria? // Transnational Rules in International Commercial Arbitration (ICC Pub. No. 480/4). Paris, 1993. P. 147–159.

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Chr. von Bar, E. Clive. München, 2009. P. 734–736, 843–850.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 822–832.

Tomlinson E.A. [Performance Obligations of the Aggrieved Contractant: The French Experience](#) // Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review. 1989. Vol. 12. P. 139–215.

Treitel G.H. Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account. Oxford, 1988. P. 245ff.

ГЛАВА 26. ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Статья 407. Основания прекращения обязательств

1. Обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором.

2. Прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается только в случаях, предусмотренных законом или договором.

3. Стороны своим соглашением вправе прекратить обязательство и определить последствия его прекращения, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства.

Комментарий

1. Перечень оснований прекращения обязательства

Прекращение обязательства есть отпадение правовой связанности его субъектов, утрачивающих вследствие этого субъективные права и обязанности, составляющие содержание обязательства.

Глава 26 ГК РФ называет следующие основания прекращения обязательств: надлежащее исполнение, предоставление отступного, зачет, совпадение должника и кредитора в одном лице, новация, прощение долга, фактическая или юридическая невозможность исполнения, смерть гражданина, ликвидация юридического лица. Данный перечень не является исчерпывающим, поскольку п. 1 ст. 407 ГК РФ предусматривает возможность установления иных оснований прекращения обязательств в ГК РФ, других законах и иных правовых актах, а также в договоре.

Так, помимо перечисленных выше, ГК РФ признает значение прекращающего обязательство факта за наступлением отменительного условия (п. 2 ст. 157 ГК РФ), расторжением договора (п. 2 ст. 453 ГК РФ), в некоторых случаях — окончание срока действия договора (см. п. 3 ст. 425 ГК РФ), истечение пресекающего срока существования обязательства (например, п. 6 ст. 367 ГК РФ) и др. Отдельные основания прекращения обязательств установлены в СК РФ (ст. 120), Законе о банкротстве (п. 9 ст. 142, ст. 156 и др.).

Законы и иные нормативные акты могут предусматривать особенности, касающиеся условий применения некоторых способов прекращения обязательств (см., например, ст. 157 КТМ РФ, п. 8 и 9 ст. 142 Закона о банкротстве).

Более того, основания, порядок и последствия прекращения обязательства могут быть предусмотрены и соглашением сторон.

1.1. Полное или частичное прекращение обязательства

В силу п. 1 ст. 407 ГК РФ обязательство может быть прекращено как полностью, так и в соответствующей части. В последнем случае оставшаяся часть связывающего кредитора с должником обязательственного правоотношения сохраняет силу. Частичное прекращение возможно только в отношении *делимых* обязательств и выражается, как правило, в уменьшении их объема некоего разового предоставления (например, уменьшении количества передаваемого товара), но может происходить и в форме усечения срока осуществления длящегося предоставления (например, сокращение продолжительности абонентского договора).

В ряде ситуаций могут возникать сомнения, идет речь о частичном или полном прекращении обязательства. Оценка такой ситуации во многом зависит от специфики взаимоотношений сторон, толкования воли сторон соответствующей сделки, влекущей прекращение обязательства, и используемого способа прекращения. Так, практика судов для случая прекращения делимого обязательства предоставлением отступного, стоимость которого меньше долга по обязательству, выводит опровержимую презумпцию полного прекращения (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 102, п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Аналогичная презумпция используется и в отношении прощения долга (п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), а также, видимо, может использоваться и в отношении новации.

2. Прекращение обязательства по требованию одной из сторон

Пункт 2 ст. 407 ГК РФ предусматривает, что прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается лишь в случаях, установленных законом или договором. Поэтому судебный иск с требованием прекратить обязательство по общему правилу не может быть удовлетворен, если для этого нет правового основания. Прежде всего, здесь имеется в виду право потребовать расторжения договора. Так, например, закон предусматривает возможность расторжения договора по требованию одной из сторон при существенном нарушении договора (п. 2 ст. 450 ГК РФ) или существенном изменении обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). Нередко основания для судебного расторжения договора оговариваются и в договоре.

Кроме того, не стоит забывать, что невозможность одностороннего отказа от исполнения обязательства, за исключением случаев, предус-

мотренных в законе или ином правовом акте, а с рядом ограничений и в договоре, прямо установлена в п. 1 и 2 ст. 310 ГК РФ.

При этом следует учитывать, что в ряде случаев право на расторжение договора или прекращение иных обязательств может вытекать из принципа доброй совести: так как данный принцип закреплен в законе, эта ситуация не противоречит п. 2 комментируемой статьи.

Наконец, видимо, логично толковать данную норму расширительно и допускать прекращение обязательств по требованию одной из сторон в судебном порядке в случаях, когда это предусмотрено в подзаконном нормативном правовом акте (например, указе Президента РФ или постановлении Правительства РФ). Пункт 1 ст. 310 ГК РФ говорит о том, что право на отказ от договора может быть предусмотрено не только в законе, но и в ином правовом акте, *a fortiori* из этого следует, что и право потребовать прекращения обязательства в судебном порядке может быть установлено на уровне иного правового акта. Кроме того, то, что основания прекращения обязательства могут быть установлены не только в законе, но и в ином правовом акте, указано прямо в п. 1 комментируемой статьи. Никакой логики в том, чтобы к требованиям о прекращении обязательства относиться как-то иначе, видимо, нет.

Наконец, нет никаких сомнений, что право потребовать прекращения обязательства может быть установлено и на уровне международного договора.

3. Прекращение обязательства по соглашению сторон

Предписание п. 3 ст. 407 ГК РФ, появившееся в тексте Кодекса с 1 июня 2015 г., предоставляет сторонам возможность своим соглашением прекратить обязательство и установить последствия такого прекращения. Эта возможность в полной мере вытекает из принципа свободы договора.

Такое соглашение может являться одним из тех, которые в силу закона прекращают обязательства (например, соглашение о расторжении договора, о прощении долга, о новации и т.п.). Кроме того, такое соглашение может оформлять прекращение обязательств в ситуации, когда были налицо правовые основания для прекращения обязательств путем совершения одностороннего волеизъявления. Например, при наличии у одной из сторон секундарного права на зачет или отказ от договора ничто *a fortiori* не препятствует сторонам прекратить обязательство соглашением.

Но могут быть ситуации, когда стороны своим соглашением структурируют абсолютно особенный вариант прекращения обязательств. Согласно п. 1 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г.

№ 6 «перечень оснований прекращения обязательств не является закрытым, поэтому стороны могут в своем соглашении предусмотреть не упомянутое в законе или ином правовом акте основание прекращения обязательства и прекратить как договорное, так и внедоговорное обязательство, а также определить последствия его прекращения, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства (пункт 3 статьи 407 ГК РФ)».

Примерами наиболее распространенных в обороте соглашений такого рода, которые могут быть квалифицированы по п. 3 ст. 407 ГК РФ, являются, в частности:

– соглашение о прекращении взаимных требований (например, в случае многостороннего соглашения о «взаимозачете», в рамках которого более двух лиц «расшивают» взаимные долги, или при погашении по соглашению взаимных неоднородных требований);

– соглашение об «автоматическом зачете», т.е. не требующем каких-либо дополнительных волеизъявлений в будущем прекращении взаимных требований под условием их возникновения / созревания (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2021 г. № 6).

Дополнительная литература

Егорова М.А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М., 2014.

Сарбаи С.В. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 3 (приложение).

Gernhuber J. Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen. 2 Aufl. Tübingen, 1994.

Статья 408. Прекращение обязательства исполнением

1. Надлежащее исполнение прекращает обязательство.

2. Кредитор, принимая исполнение, обязан по требованию должника выдать ему расписку в получении исполнения полностью или в соответствующей части.

Если должник выдал кредитору в удостоверение обязательства долевой документ, то кредитор, принимая исполнение, должен вернуть этот документ, а при невозможности возвращения указать на это в выдаваемой

им расписке. Расписка может быть заменена подписью на возвращаемом долговом документе. Нахождение долгового документа у должника удостоверяет, пока не доказано иное, прекращение обязательства.

При отказе кредитора выдать расписку, вернуть долговой документ или отметить в расписке невозможность его возвращения должник вправе задержать исполнение. В этих случаях кредитор считается просрочившим.

Комментарий

1. Понятие надлежащего исполнения обязательства

Исполнение представляет собой основной и наиболее распространенный способ прекращения обязательства. Именно в результате исполнения достигается та цель, ради которой обязательство было установлено.

Прекращение обязательства обусловлено не всяким, а лишь *надлежащим исполнением*, т.е. таким, которое соответствует условиям обязательства, требованиям закона и иных правовых актов, обычаям и доброй совести (см. ст. 309 ГК РФ и комментарий к ней). Ненадлежащее исполнение, за рядом нижеописанных исключений, не только не прекращает обязанности соответствующего лица, но и порождает дополнительные охранительные обязательства (по возмещению убытков, уплате неустойки и т.п.). По общему правилу лишь при условии того, что должник совершит входящие в предмет позитивного обязательства действия или воздержится в течение соответствующего срока от действий, которые ему запрещает совершать негативное обязательство, соблюдая при этом все условия обязательства, обязательство прекращается.

1.1. Прекращается ли обязательство ненадлежащим исполнением?

Из указания в комментируемом пункте на то, что обязательство прекращается именно надлежащим исполнением, можно от противного прийти к выводу, что ненадлежащее исполнение никогда не прекращает обязательство. Но этот вывод был бы поспешным. В целом ряде случаев осуществленное должником ненадлежащее исполнение прекращает изначальное обязательство, хотя и может служить основанием для возникновения дополнительных охранительных притязаний (например, требования о взыскании неустойки или убытков за допущенное нарушение).

Например, осуществленное должником в нарушение договора досрочное исполнение в случае его принятия кредитором прекращает обязательство должника. То же и в случае исполнения, осуществленного должником с просрочкой, в случае его принятия кредитором.

Если в осуществленном предоставлении имеются дефекты качества, также не всегда можно говорить о сохранении изначального обязательства, а значит, и о дальнейшей просрочке в его исполнении. Тут многое зависит от существенности дефектов и ответной реакции кредитора. Если кредитор, столкнувшись с дефектами в полученном исполнении (например, дефектах в поставленном товаре), потребует, например, на основании ст. 475 или ст. 723 ГК РФ устранить дефекты (путем исправления дефектов или повторного исполнения) в течение некоего дополнительного срока и при этом очевидно, что использование кредитором полученного по назначению не осуществляется, кредитор трансформирует дефектное исполнение в текущую просрочку, а обязательство должника сохраняется. Если же кредитор сочтет целесообразным посчитать дефектное исполнение в качестве влекущего прекращение обязательства (осознанно примет такое предоставление в счет исполнения обязательства) и потребует соразмерного снижения цены, например, по правилам ст. 475 или ст. 723 ГК РФ или компенсации своих расходов на устранение дефектов, он тем самым недвусмысленно укажет на то, что исходное регулятивное обязательство должника прекращено окончательно, пусть и дефектным исполнением, и речь пойдет теперь об ответственности. Если кредитор в ответ на получение дефектного предоставления (при условии существенности дефектов) откажется от договора, обязательство должника должно считаться прекращенным, но не исполнением, а в результате отказа от договора.

Этих примеров достаточно, чтобы осознать, что исходное регулятивное обязательство может в ряде случаев считаться прекращенным и в тех случаях, когда оно не было ненадлежащим.

Какое практическое значение имеет все вышесказанное? Ответ очевиден. Если дефектное исполнение не прекращает обязательство, имеет место текущая просрочка, а значит, кредитор может применять к должнику санкции, предусмотренные договором или законом за просрочку (например, начислять пени). Если же дефектное исполнение вопреки буквальному смыслу ст. 408 ГК РФ (в том числе с учетом ответной реакции кредитора) все же считается прекращающим обязательство, нельзя говорить о текущей просрочке и применять к должнику санкции за просрочку.

Так, например, если покупатель, получив товар со скрытыми существенными дефектами и выявив их через несколько месяцев, сразу же откажется от договора, он не может, ссылаясь на тезис о том, что ненадлежащее исполнение не прекращает обязательство, требовать взыскания с поставщика пени за просрочку в поставке за период с мо-

мента наступления срока поставки и до момента отказа от договора или удовлетворения иска покупателя о возмещении убытков или возврата соразмерной части цены (при реализации покупателем права на пропорциональное снижение цены). Если же он, выявив дефект, правомерно потребует заменить товар или устранить дефект, будет считаться, что ситуация равнозначна текущей просрочке в поставке, и покупатель сможет взыскать пени за просрочку в поставке. Так, согласно п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18, «при рассмотрении дел о взыскании с поставщика неустойки за недопоставку товаров нужно учитывать, что поставщик не может быть признан просрочившим в случаях, когда им поставлены товары ненадлежащего качества или некомплектные (статьи 475, 479, 480 Кодекса), однако покупателем не заявлялись требования об их замене, устранении силами поставщика недостатков либо доукомплектовании таких товаров, и они не приняты покупателем на ответственное хранение». Иначе говоря, для трансформации дефектного исполнения в текущую просрочку кредитор должен не начинать использовать полученное, принять на ответственное хранение и потребовать либо замены, либо устранения дефектов в дополнительный разумный срок.

1.2. Суброгация как последствие надлежащего исполнения

В отдельных случаях надлежащее исполнение, произведенное за должника третьим лицом, влечет не прекращение, а переход к исполнившему обязательство третьему лицу прав кредитора по этому обязательству. Например, в силу п. 5 ст. 313 ГК РФ в случае погашения третьим лицом долга должника требование кредитора переходит к такому третьему лицу.

Такие случаи следует отличать от очень похожих ситуаций, когда у третьего лица имеется перед кредитором свой параллельно существующий, но самостоятельный долг, погашение которого в силу закона влечет автоматический переход (суброгацию) требования исходного кредитора к такому третьему лицу. Например, когда поручитель платит кредитору, он исполняет не обязательство должника, а свое обеспечительное обязательство, существующее параллельно с обеспеченным обязательством и объединенное с ним единством погашающего эффекта. В силу последнего платеж по обеспечительному обязательству прекращает долг поручителя перед кредитором, но не прекращает долг основного должника, вместо этого в качестве компенсации к поручителю переходит требование исходного кредитора к должнику (п. 1 ст. 365 ГК РФ). То же и с имущественным страхованием: страховщик, выплачивая страхователю страховое возмещение в связи с гибелью застрахованной вещи, исполняет свое собственное договорное обя-

зательство, а не обязательство делинквента по возмещению убытков, но в силу ст. 965 ГК РФ такая выплата приводит к автоматическому переходу к страховой компании деликтного требования страхователя к делинквенту.

Пример с погашением долга должника третьим лицом с последующей суброгацией в ситуации, когда у третьего лица не было своего параллельного долга перед кредитором, может объясняться догматически по-разному. По мнению некоторых ученых, третье лицо действительно исполняет долг должника, и тогда здесь налицо исключение из правила о том, что исполнение обязательства должника влечет прекращение обязательства. Другие же ученые предлагают считать, что третье лицо, оплачивая за должника, вносит установленную законом в размере номинала требования плату за выкуп этого требования, и в таком случае платеж за должника представляет собой не погашение долга должника, а внесение цены принудительного выкупа (своего рода колл-опциона, установленного законом).

1.3. Правовая квалификация исполнения обязательства

Вопрос о квалификации поведения, направленного на исполнение обязательства, в целом или относительно некоторых видов обязательств (например, по распоряжению имуществом) в качестве юридического поступка (реального акта) или сделки является спорным в российском праве и вызывает жаркие дискуссии. Очевидно, что в некоторых случаях само обязательство должника состоит в совершении сделочного волеизъявления (например, обязательство заключить основной договор во исполнение предварительного договора, проголосовать на собрании акционеров в соответствии с условиями корпоративного договора, обязательство совершить и оформить нотариально распорядительное волеизъявление, направленное на исполнение обязательства произвести отчуждение права требования, доли в ООО или акций и т.п.). Также большинство юристов не рассматривает бездействие во исполнение негативного обязательства или оказание услуг или выполнение работ в качестве сделок. Споры же в основном концентрируются вокруг квалификации случая с исполнением обязательства по отчуждению вещи в собственность: налицо ли здесь реальный акт (юридический поступок), в силу совершения которого право собственности переходит в результате воли сторон, выраженной в исходном договоре, или распорядительная сделка, совершаемая во исполнение ранее заключенного обязательственного договора, в форме передачи владения, или реальный акт передачи владения, сопровождаемый подразумеваемым сделочным волеизъявлением, направленным на перенос права собственности?

Подробный разбор этой проблематики см. комментарий к ст. 153 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹.

2. Оформление принятия исполнения

Пункт 2 ст. 408 ГК РФ содержит достаточно традиционные для отечественного правового порядка правила об оформлении принятия исполнения. Должник, осуществляя исполнение, вправе требовать от кредитора предоставления документа, подтверждающего факт исполнения. Такой документ может понадобиться должнику впоследствии в случае возникновения спора о наличии факта исполнения и необходимости доказать такой факт. Это особенно актуально для ситуаций исполнения позитивного обязательства, так как в случае возникновения спора бремя доказывания того, что исполнение было осуществлено, лежит на должнике (в отличие от спора об исполнении негативного обязательства или спора о качестве переданного кредитору результата исполнения, где презюмируется надлежащее исполнение). В ряде случаев кредитор может начать недобросовестно отказываться признавать факт уплаты должником денег, передачи вещи, оказания услуг или выполнения работ, и должник встает перед сложной задачей доказать эти обстоятельства. Иногда это сделать достаточно просто (например, при безналичном перечислении денег), в остальных случаях (например, при платеже наличными) задача может оказаться куда более сложной. Предвосхищая эти проблемы, должник при осуществлении исполнения может потребовать от кредитора оформить и передать ему соответствующий документ, подтверждающий факт исполнения, и кредитор имеет кредиторскую обязанность при востребовании его выдать.

При возврате денежного долга наличными таким документом обычно является расписка в получении денег. В остальных случаях таким документом может быть письменное подтверждение получения безналичного перевода, подписанный заказчиком акт об оказании услуг или приемке выполненных работ, накладная, акт приема-передачи и т.п. Письменное подтверждение поступления безналичного платежа от кредитора на практике должники почти никогда не требуют, так как могут достаточно надежно зафиксировать факт перечисления средств в банк кредитора при помощи своего банка. А вот акты об оказании услуг, выполненных работах или иные подобные документы на практике оформляются очень часто.

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 153 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

2.1. Возврат долгового документа

Согласно абзацу второму п. 2 комментируемой статьи, если должник выдал кредитору долговой документ в подтверждение своего долга, при погашении такого долга кредитор должен вернуть этот документ либо выдать отдельную расписку, в которой указать на невозможность вернуть долговой документ.

При этом далее в норме указано на то, что «расписка может быть заменена надписью на возвращаемом долговом документе». Данное положение может быть истолковано так, что кредитор должен не только вернуть долговой документ, но и сделать на возвращаемом документе надпись о погашении долга. Впрочем, полной ясности по данному вопросу нет.

Это положение о возврате долгового документа на практике применяется в основном к денежным обязательствам по договору займа наличных денег. Возможность оформления договора займа путем выдачи односторонней расписки в получении денег предусмотрена в п. 2 ст. 808 ГК РФ. Соответственно, при возврате суммы займа кредитор должен вернуть заемщику такую расписку.

При этом следует обратить внимание на различную редакцию абзаца первого и второго п. 2 комментируемой статьи. Если в обычной ситуации выдача кредитором документа, подтверждающего принятие им исполнения, основывается на требовании должника (кредиторская обязанность с исполнением до востребования), то во втором — созревает независимо от такого требования. Но серьезное значение этому нюансу вряд ли имеет смысл придавать. Естественно, если заемщик, возвращая заем, не потребует вернуть расписку, и сам договор не устанавливает срок на ее возврат, обязанность займодавца по возврату расписки не созревает до предъявления соответствующего требования, что вытекает из применения к исполнению данной кредиторской обязанности правил п. 2 ст. 314 ГК РФ.

Получается, что фактический возврат долгового документа (например, расписки в получении займа) может заменить собой выдачу отдельного документа о погашении займа. Но важно оговорить, что кредитор может отвергнуть запрос на возврат долгового документа и предложить должнику отдельный документ, подтверждающий факт исполнения, не только в случае невозможности возврата документа (например, по причине его утери), но и в принципе по своему произвольному усмотрению. Для кредитора оригинал долгового документа может быть важен для отчетности, на случай возникновения банкротных споров и т.п. Иначе говоря, речь идет не о невозможности возврата долгового документа, а о нежелании кредитора возвращать такой

документ. Но кредитор, не желающий лишаться доказательств того, что он в принципе предоставлял должнику заем, обязан тогда выдать должнику отдельный документ, подтверждающий факт исполнения (например, расписку о погашении займа).

В п. 24 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14 указано: «В соответствии со статьей 39 Положения плательщик при полной оплате переводного векселя может потребовать, чтобы вексель был вручен ему векселедержателем с отметкой на нем или с распиской в получении платежа. В силу статьи 78 Положения данное правило применяется и к простому векселю. При рассмотрении споров, связанных с неисполнением вексельных обязательств, судам следует руководствоваться статьей 408 Кодекса, в соответствии с которой нахождение долгового документа (векселя) у должника удостоверяет, пока не доказано иное, прекращение обязательства. Бремя доказывания факта неполучения платежа в этом случае лежит на кредиторе по векселю».

2.1.1. Доказательственное значение владения долговым документом

При этом абзац второй п. 2 ст. 408 ГК РФ устанавливает презумпцию прекращения обязательства в случае нахождения соответствующей расписки, подтверждающего существование долга, или иного долгового документа у должника. Иначе говоря, если долговая расписка находится на руках у заемщика, это презюмирует, что заемный долг он погасил. Не очень, впрочем, понятно, будет ли эта презумпция работать, если на находящейся на руках у заемщика расписке не učinена надпись о погашении долга с подписью займодавца.

Судебная практика исходит из отсутствия исчерпывающего перечня «долговых документов», не ограничивая эту категорию только традиционными расписками. Так, по одному из дел ВС РФ признал достаточным доказательством возврата долга наличие у должника двух оригинальных экземпляров договора, в том числе экземпляра кредитора (см. Определение СКГД ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 5-КГ15-135).

Установленная абзацем вторым п. 2 ст. 408 ГК РФ презумпция прекращения обязательства может быть опровергнута. При этом бремя доказывания того, что обязательство не прекратилось, возлагается на кредитора (см.: п. 6, 24 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14; Определение СКГД ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 5-КГ15-135; определения СКЭС ВС РФ от 26 июля 2019 г. № 305-ЭС19-2973, от 29 октября 2019 г. № 305-ЭС19-15228). Кредитор может использовать различные средства доказывания факта неисполнения обязательства либо доказательства, подтвержда-

ющие иное объяснение нахождения расписки у должника. Например, он может доказать, что расписка была у него похищена.

Толкуя предписания абзаца второго п. 2 ст. 408 ГК РФ от противного, следует признать, что нахождение долгового документа у кредитора, напротив, создает презумпцию неисполнения обязательства. При этом бремя доказывания обратного возлагается на должника (см. Определение СКГД ВС РФ от 1 декабря 2015 г. № 12-КГ15-3). Впрочем, на должнике, обязанном к осуществлению платежа, это бремя лежит по умолчанию в силу общего правила.

2.2. Последствия отказа выдать документ, подтверждающий факт исполнения, или вернуть долговой документ

Отказ кредитора выдать по требованию должника отдельный документ, подтверждающий факт исполнения должником обязательства, либо вернуть долговой документ рассматриваются комментируемой статьей как просрочка кредитора. Соответственно, должник вправе задержать исполнение обязательства до тех пор, пока кредитор не будет готов выдать соответствующий документ, подтверждающий факт исполнения, или вернуть долговой документ. На фиксацию просрочки кредитора в ситуации отказа кредитора выдавать документ в подтверждении факта исполнения или возвращать долговой документ прямо указывает п. 1 ст. 406 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 406 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Дополнительная литература

Грачев В.В. К вопросу о правовой природе исполнения обязательства // Закон. 2012. № 9. С. 137–146.

Егоров А.В. Распорядительные сделки: выйти из сумрака // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19. № 6. С. 51–107.

Кретцмар П. Исполнение. Часть первая. Исторические и догматические основы // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 5. С. 245–282; № 6. С. 211–243; 2012. Т. 12. № 1. С. 171–220.

Сарбаш С.В. Исполнение обязательств. М., 2005.

Толстой В.С. Исполнение обязательств. М., 1973.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 362, 368–371.

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 406 ГК РФ – *Р.У. Сулейманов*).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 362, 368–371.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1489–1531.

Статья 409. Отступное

По соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением отступного – уплатой денежных средств или передачей иного имущества.

Комментарий

1. Понятие и механизм отступного

Статья 409 ГК РФ посвящена отступному, которое представляет собой современный аналог классического основания прекращения обязательства – предоставления вместо исполнения (*datio in solutum*).

Регулирование вопросов отступного в отечественном законодательстве крайне лаконично и, по сути, исчерпывается данной статьей, состоящей из одного короткого предложения, и фрагментарными упоминаниями отступного в отдельных специальных нормах.

Толкование предписаний данной нормы позволяет утверждать, что механизм отступного предполагает два элемента: соглашение сторон об отступном и фактическое предоставление отступного взамен исполнения. При этом «правопрекращающий эффект» наступает только в момент предоставления отступного. Если соглашение об отступном оформляется ранее передачи отступного, сам факт заключения такого соглашения обязательство должника не прекращает. Иначе речь должна была бы идти о классической новации, т.е. о замене одного обязательства на другое по соглашению сторон. Как известно, прекращающий эффект новации наступает уже в силу самого достижения соглашения сторон о замене первоначального обязательства, существующего между ними, другим обязательством между теми же лицами (см. комментарий к ст. 414 ГК РФ).

Отступное работает несколько по-иному и прекращает обязательство только в момент его предоставления (см.: определения СКГД ВС РФ от 19 сентября 2017 г. № 117-КГ17-8, от 26 января 2021 г. № 14-КГ20-12-К1; п. 4 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019) (утв. Президиумом ВС РФ 24 апреля 2019 г.)).

1.1. Возможные модели реализации конструкции отступного

В некоторых случаях момент заключения соглашения об отступном и момент передачи отступного совпадают (например, когда должник передает кредитору некое имущество с указанием того, что оно передается в качестве отступного вместо исполнения изначального денежного обязательства, и никакой предварительной юридически значимой договоренности на сей счет не было).

Но нередко эти моменты разорваны во времени: стороны сначала договариваются о погашении долга путем предоставления отступного, а затем через некоторое время происходит такое предоставление. Соответственно, встает крайне сложный вопрос о правовых последствиях, возникающих после заключения соглашения о предстоящей передаче отступного, но до момента предоставления оговоренного сторонами суррогата исполнения. Специфика отношений сторон после заключения соглашения, названного сторонами соглашением об отступном, в первую очередь зависит от того, что на самом деле имеют в виду стороны такого соглашения.

Стороны, договаривающиеся об осуществлении в будущем взамен исполнения по изначальному обязательству некоего иного предоставления (суррогата), могут иметь в виду следующие варианты правового эффекта своего соглашения.

Во-первых, они могут желать, чтобы в момент заключения такого соглашения изначальное обязательство было прекращено и заменено на обязательство осуществить иное согласованное предоставление. В этом случае, несмотря на то что стороны могут назвать свое соглашение «соглашением об отступном», их истинная воля направлена на *классическую новацию* (ст. 414 ГК РФ).

Во-вторых, стороны могут указать на то, что по заключаемому соглашению должник *обязан* предоставить вместо изначального обязательства некий суррогат, не указывая при этом, что изначальное обязательство прекращается в момент заключения такого соглашения. Получается, что обязательство по осуществлению исходного предоставления сохраняется, но возникает также обязанность вместо этого осуществить некое иное предоставление. Применение правил толкования договора наталкивает на вывод, что такое соглашение, скорее, следует считать обязательственным консенсуальным договором, который трансформирует обязательство должника в *альтернативное*: должник становится обязанным либо исполнить изначальное обязательство, либо передать некий суррогат; при бездействии должника, как то предписано правилами об альтернативном обязательстве (п. 1 ст. 320 ГК РФ), право выбора должно возникать у кредитора. Этот подход прекращения

изначального обязательства путем предоставления взамен некоего имущества или осуществления некоего иного предоставления, пожалуй, наиболее удобен кредитору, поскольку дает ему возможность выбирать предмет предоставления, если должник свой выбор не осуществляет. Такое соглашение следует признать соглашением об изменении обязательства (п. 1 ст. 452 ГК РФ): простое обязательство с момента подписания такого соглашения модифицируется в альтернативное. Если в таком соглашении может быть обнаружен *animus novandi*, а именно воля не просто изменить исходное обязательство, превратив его в альтернативное, а прекратить исходное обязательство, заменив его новым, альтернативным (подробнее см. комментарий к ст. 414 ГК РФ), то такая трансформация простого обязательства в альтернативное может быть признана новацией. Но стороны должны иметь в виду, что в последнем случае прекратятся обеспечения, предоставленные в отношении исходного долга, и наступят иные последствия новации. Если воля на новацию не изъявлена, налицо изменение обязательства путем его трансформации в альтернативное. В этом случае обеспечения, предоставленные в отношении исходного требования, сохраняются, а само исходное требование становится направленным на осуществление одного из альтернативных предоставлений.

В-третьих, стороны могут указать, что в силу заключаемого соглашения должник получает *право* прекратить свое обязательство путем нового оговоренного предоставления в качестве суррогата исполнения, и при этом никаких намеков на то, что должник обязуется его предоставить, в соглашении нет. В этом случае заключенное соглашение является консенсуальной обязательственной сделкой, которая модифицирует изначальное обязательство в *факультативное* (о сущности факультативного обязательства см. комментарий к ст. 308.2 и 320.1 ГК РФ). Соответственно, должник обладает возможностью замены первоначального варианта исполнения путем предоставления суррогата, а кредитор имеет право требования лишь в отношении первоначального предмета исполнения, не имея права требовать предоставления согласованного суррогата. При неисполнении должником первоначального обязательства, а равно при его отказе от реализации права на замену в отношении должника могут быть использованы меры защиты, соответствующие только первоначальному предмету исполнения. По большому счету такое соглашение также следует считать соглашением об изменении первоначального обязательства, влекущем его трансформацию в факультативное.

В конечном счете суды должны признавать все указанные варианты подобных соглашений. Но встает вопрос о том, какая из указанных

конструкций является соглашением о предоставлении отступного. Вариант с заключением соглашения в момент передачи имущества («реальный» вариант отступного») сомнений не вызывает, это соглашение об отступном в самой классической его форме. Но, как правило, все-таки стороны договариваются о предоставлении отступного ранее фактического предоставления, так как подготовка к предоставлению и (или) принятию «суррогата» может занять время. В случае отложенного предоставления возникают сомнения. Вариант с прекращением исходного обязательства в момент заключения соглашения о предстоящей передаче отступного точно отступным не является, так как это новация. Но что с остальными двумя вариантами (трансформация исходного обязательства в альтернативное или факультативное при отсутствии прямо выраженной воли на новацию)? Как будет показано далее, российская судебная практика признает факультативную модель в качестве варианта соглашения об отступном. Вопрос о том, можно ли рассматривать соглашение о трансформации обязательства в альтернативное в качестве допустимой вариации соглашения об отступном, остается спорным.

1.2. Модель отступного: выбор законодателя

Итак, стоит вопрос о том, какую из описанных выше моделей следует подразумевать, если стороны заключили соглашение, предполагающее осуществление некоего предоставления «в качестве отступного» в будущем, но прямо не оговорили, какой из описанных выше вариантов они на самом деле имеют здесь в виду. Этот вопрос имеет важное значение, так как очень часто стороны не удосуживаются продумать данные нюансы при заключении подобных соглашений. Ранее в отношении прежней редакции ст. 409 ГК РФ, действовавшей до 1 июня 2015 г., судебной практикой ВАС РФ в качестве такой модели по умолчанию был поддержан подход, основанный на модели трансформации изначального обязательства в факультативное (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102).

В ходе реформы ГК РФ предписания ст. 409 подверглись изменению. Во-первых, из текста закона было изъято имевшееся там в действовавшей ранее редакции указание на то, что отступное передается взамен исполнения. Во-вторых, законодатель устранил из закона фразу: «размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливаются сторонами». Понимание сути этих изменений затруднено. В [проекте Концепции](#) реформирования общей части обязательственного права (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 66 от 29 января 2009 г.)) ответа на этот

вопрос найти нельзя. В то же время в пояснительной записке к проекту федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» указывается, что новая редакция ст. 409 ГК РФ исходит из понимания этого соглашения как «реальной сделки».

Видимо, под реальной сделкой разработчики понимали так называемый реальный договор (п. 2 ст. 433 ГК РФ), для заключения которого необходима передача вещи и который не считается заключенным до ее передачи. Иначе говоря, при таком подходе либо соглашение об отступном оформляется одномоментно с самой передачей, либо оформляется ранее, но, будучи реальным договором, не порождает правовых последствий до момента фактической передачи отступного. При такой интерпретации данной новеллы соглашение об отступном в истинном смысле этого понятия теперь не только не влечет прекращения первоначального обязательства (ибо таковое происходит только в момент предоставления отступного), но и не изменяет его путем конвертации в факультативное (вопреки той позиции, которую поддерживал ВАС РФ ранее). Согласно идее, видимо, подразумеваемой авторами указанной пояснительной записки соглашение об отступном считается заключенным в момент передачи имущества; соответственно, так как своим единственным правовым последствием такое соглашение, вступающее в силу в момент передачи отступного, имеет прекращение изначального обязательства, такое соглашение в рамках этого замысла разработчиков следует считать не обязательственным, а распорядительным договором. Именно эти соображения, видимо, лежали в основании устранения из закона фразы об установлении размера, срока и порядка передачи отступного в соглашении об отступном. Впрочем, следует признать, что прямо в новой редакции ГК РФ в пользу такой модели законодатель не высказался.

1.3. Модель отступного: выбор судебной практики

Подразумеваемое, но недвусмысленно не выраженное законодателем изменение модели соглашения об отступном законодателем в ходе реформы гражданского законодательства 2015 г. не нашло поддержки в правоприменительной практике. ВС РФ отверг данную идею то ли по причине отсутствия ее непосредственной манифестации на уровне текста закона идеи, то ли в силу критического к ней отношения. В абзаце первом п. 3 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ подтвердил ранее существовавшую позицию ВАС РФ, указав: «если моменты заключения соглашения и предоставления отступного не совпадают, между сторонами возникает *факультативное* обязатель-

ство, по которому должник вправе как исполнить первоначальное обязательство, так и предоставить отступное, которое кредитор обязан принять». Тем самым доминирующей на уровне правоприменительной практики осталась модель «факультативного обязательства», т.е. понимание соглашения об отступном, предусматривающего осуществление отступного предоставления в будущем, как трансформирующего изначальное обязательство в факультативное.

Базовая идея — невозможность прямого или косвенного понуждения к предоставлению отступного, абсолютно одинаково реализуется как в модели «реального договора» (по причине отсутствия обязательственного эффекта соглашения), так и в модели «факультативного обязательства» (ввиду того, что замена исполнения являет собой лишь право, но не обязанность должника (абзац первый п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6)). Единственный вопрос, который концепция «факультативного обязательства» решает проще, — это вопрос о последствиях уклонения кредитора от принятия отступного. Модель «реального договора» предполагает обеспечение защиты интересов должника в подобной ситуации через преддоговорную ответственность (ст. 434.1 ГК РФ, п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). Концепция «факультативного обязательства» защищает должника через феномен «кредиторской обязанности» принять согласованное отступное. Абзац первый п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 прямо подчеркивает эту обязанность кредитора, выводя ее из предписаний ст. 308.2 и 406 ГК РФ. Тем самым в случае уклонения кредитора от принятия согласованного предмета отступного будут наступать последствия просрочки кредитора, а должник вправе воспользоваться способами защиты, установленными ст. 406 ГК РФ (подробнее см. п. 11 комментария к настоящей статье).

При этом ничто из сказанного не ставит под сомнение вариант структурирования отступного, в рамках которого никакое соглашение ранее передачи не заключается, и заключение соглашения совпадает по времени с передачей суррогата.

1.4. Соглашение об отложенном моменте передачи отступного, отклоняющееся от дефолтной модели

Нередки ситуации, когда заключенное сторонами соглашение, названное соглашением об отступном, предусматривает отложенную по времени передачу отступного, но отклоняется от указанной дефолтной модели факультативного обязательства.

Как уже отмечалось, если стороны договорятся о новации и прекращении прежнего обязательства с его заменой на новое обязательство,

это будет не соглашение о передаче отступного, а стандартная новация: как бы стороны ни назвали свое соглашение, его квалификация осуществляется с опорой на содержание договоренности (о приоритете содержания над выбранным сторонами названием их соглашения см. п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18, п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, п. 47 Постановления Пленума ВС РФ от 25 декабря 2018 г. № 49). То же и в случае, когда стороны договариваются о замене прежнего долга на факультативное или альтернативное обязательство и прямо выражают волю на то, что речь идет о новации: здесь также будет налицо новация, а не соглашение об отступном.

Но что, если стороны договариваются о трансформации прежнего долга в альтернативное обязательство? В п. 3 Постановления Пленума от 11 июня 2020 г. № 6 Суд после закрепления факультативной модели отступного в качестве действующей по умолчанию при отложенной передаче отступного указывает: «...Стороны также вправе заключить соглашение, которое порождает право кредитора по своему выбору потребовать либо исполнения первоначального обязательства, либо иного указанного в соглашении предоставления. В этом случае к отношениям по исполнению обязательства применяются правила об альтернативных обязательствах (статьи 308.1, 320 ГК РФ)».

Остается не вполне проясненным вопрос о том, считает ли Суд, что эта модель является вариацией соглашения о передаче отступного, или речь идет о соглашении об изменении обязательства, которое в рамки конструкции отступного не попадает. Видимо, такая модель не вписывается в рамки стандартной конструкции отступного (ни в подразумеваемую авторами новой редакции ст. 409 ГК РФ модель «реальной сделки», ни в предлагаемую в абзаце первом п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 для случая разрыва во времени между заключением соглашения и передачей модель факультативного обязательства), но не имеет ли ВС РФ в виду, что и такая договоренность сторон является вариацией конструкции отступного? Полной ясности по данному вопросу нет.

На практике могут сложиться ситуации, когда а) заключенное соглашение оговаривает осуществление в будущем некоего предоставления в счет погашения исходного долга, б) очевидно, что стороны не имели в виду прекратить исходный долг в момент заключения такого соглашения (т.е. не осуществляли обычную новацию), но при этом в) соглашение не проясняет, идет ли речь о действующей по умолчанию факультативной модели отступного либо о трансформации долга в альтернативное обязательство (независимо от того, назовем ли мы эту

последнюю модель допустимой вариацией соглашения об отступном или нет). Например, в соглашении указано, что должник «передает» в течение оговоренного срока некое имущество в счет погашения своего долга. В такой ситуации могут возникать сложные вопросы дифференциальной квалификации сделанного сторонами выбора.

Если соглашение упоминает отступное (например, говорит о передаче имущества именно в качестве отступного), видимо, должна подразумеваться факультативная модель как действующая по умолчанию для данной конструкции. В п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 указано, что при сомнении надо отдавать приоритет «факультативному прочтению» соглашения. При этом Суд ссылается на п. 2 ст. 320.1 ГК РФ, в котором закреплена прямо противоположная интерпретивная презумпция в ситуации, когда из соглашения непонятно, идет ли речь о согласовании факультативного или альтернативного обязательств. Видимо, ВС РФ имел в виду, что если стороны договариваются именно об отступном, то этот выбор в отношении квалификации соглашения переворачивает презумпцию, установленную в п. 2 ст. 320.1 ГК РФ, но ссылка на эту отвергаемую норму при нормативном обосновании сделанного Судом выбора является очевидной редакционной неточностью.

Если соглашение не упоминает отступное, а говорит о возникновении *обязанности* осуществить другое предоставление вместо исходного обязательства или в качестве способа погашения исходного обязательства и из соглашения не следует, что стороны имели в виду прекратить исходное обязательство в момент самого заключения такого соглашения, либо прямо оговаривает, что должник *обязан* осуществить либо исходное, либо новое предоставление, следует, видимо, применять ту презумпцию, которая закреплена в п. 2 ст. 320.1 ГК РФ, и при наличии сомнений подразумевать трансформацию долга в альтернативное обязательство. Судам следует исходить из того, что такое соглашение (независимо от того, квалифицировать ли его в качестве одного из вариантов соглашения об отступном или нет) законно и порождает правовой эффект, а именно — трансформацию (изменение) изначального обязательства в альтернативное. О воле на формирование факультативного обязательства здесь говорить не приходится, раз стороны указали на обязанность осуществить другое предоставление. В этом случае к отношениям по исполнению обязательства применяются правила ст. 308.1, 320 ГК РФ об альтернативных обязательствах (абзац второй п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

На практике могут сложиться и более запутанные ситуации, когда в соглашении, содержащем прямое упоминание отступного, воля

на новацию и прекращение исходного обязательства не усматривается, но при этом соглашение говорит об *обязанности* осуществить новое предоставление, и, соответственно, выбор в пользу дефолтного факультативного варианта явно отвергается содержанием сделки. Что делать в этом случае?

Если соглашение, с одной стороны, говорит об отступном, а с другой — прямо указывает на возникновение альтернативного обязательства, суду так и следует понимать стороны, как бы они ни назвали свое соглашение. Если мы исходим из того, что «альтернативная модификация» — это вариант структурирования соглашения об отступном, то никакого внутреннего противоречия в таких соглашениях нет: стороны имеют в виду именно такую модификацию. Если мы будем читать абзац второй п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, допускающий структурирование соглашения о трансформации исходного долга в альтернативное обязательство, как противоречащее «отступному» прочтению такого соглашения, то возникает внутреннее противоречие. Но, как представляется, в этом случае, если стороны в соглашении недвусмысленно говорят об альтернативности обязательства, упоминание «отступного» должно игнорироваться, так как квалификация соглашения должна осуществляться на основе анализа оговоренных прав и обязанностей, и суд не связан некорректной квалификацией согласованных прав и обязанностей, которую стороны указали в соглашении. При любом варианте мы имеем соглашение о трансформации долга в альтернативное обязательство.

Но в реальности воля сторон на альтернативность может быть выражена не столь очевидно. Представим, что в таком соглашении, названном соглашением об отступном, предусмотрена *обязанность* должника вместо исполнения изначального обязательства передать отступное в течение определенного времени, и при этом воля на новацию не усматривается. Или представим, что в соглашении, названном сторонами соглашением об отступном, установлено *право кредитора потребовать* от должника передачи отступного, не переданного в течение оговоренного срока. Вопрос о том, как толковать такое соглашение, должен решаться с учетом правил толкования ст. 431 ГК РФ. Применимо ли здесь указание ВС РФ из абзаца третьего п. 3 Постановления Пленума от 11 июня 2020 г. № 6 о презумпции «факультативного прочтения» спорных условий со ссылкой на п. 2 ст. 320.1 ГК РФ, но прямо вопреки букве этой нормы? Не вполне понятно, почему мы должны игнорировать прямое указание на обязанность передачи отступного или право требовать его передачи. Возможно, все же «альтернативное прочтение» спорного соглашения более корректно, а указанную установленную

ВС РФ интерпретационную презумпцию в пользу «факультативного прочтения» логично применять только в тех случаях, когда в соглашении нет упоминания обязательности передачи отступного. Впрочем, вопрос спорный. В конечном счете применение интерпретационных презумпций – это крайняя мера, подлежащая применению тогда, когда использование ординарных инструментов толкования договора не дает результата.

Как мы видим, квалификация соглашения об отложенной передаче имущества или осуществления иного предоставления вместо исходного долга может порождать сложные вопросы толкования. Поэтому сторонам стоит четче артикулировать правовую квалификацию своего соглашения.

1.5. Момент возможного заключения соглашения об отступном

Судебная практика исходит из того, что соглашение об отступном может быть заключено «на любой стадии существования обязательства, в том числе до просрочки его исполнения» (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). На практике чаще всего соглашение об отступном заключается после начала просрочки, и тогда такое соглашение представляет собой способ урегулировать ситуацию нарушения обязательства. Но ВС РФ не исключает и возможности заключить такое соглашение до начала просрочки.

Стороны в договоре, порождающем первичное договорное обязательство должника, могут изначально согласовать право должника погасить долг путем передачи иного предоставления. Это будет означать, что стороны изначально согласовали в договоре факультативное обязательство. Но будем ли мы это называть заранее согласованным условием о погашении долга путем предоставления отступного?

Если да, то это означает, что факультативное обязательство, установленное договором, и представляет собой договоренность об отступном и что невозможно себе представить соглашение об установлении факультативного обязательства, которое при этом не будет квалифицировано как договоренность о праве предоставить отступное.

Если нет, то тогда соглашением об отступном мы будем называть только такое соглашение, которое достигается уже после установления исходного обязательства и направлено на погашение уже возникшего долга в результате трансформации последнего в факультативное обязательство и последующего осуществления факультативного предоставления.

Вопрос может вызывать догматические споры.

Стороны могут заключить соглашение об отступном и в период рассмотрения судебного спора. Если отступное будет предоставлено,

и долг прекратится, соответствующая сторона может сослаться на это в суде, и тогда возникнут основания для отказа в иске, если истец сам ранее не ответит свой иск. Стороны, конечно, могут оформить соглашение об отступном в форме мирового соглашения, но это не может являться обязательным условием прекращения обязательства, так как в период спора о присуждении обязательство продолжает существовать по правилам материального права.

В случае если стороны достигают договоренности о погашении долга путем передачи отступного на стадии исполнения решения суда, опять же соблюдение процедуры утверждения мирового соглашения не должно считаться обязательным. Передача отступного — это суррогат исполнения. Соответственно, если истец сам не откажется от взыскания (что он в такой ситуации должен был сделать в силу соглашения или — при отсутствии прямого указания в таком соглашении — в силу доброй совести), должник может сам представить в суд, выдавший исполнительный лист, доказательства погашения исходного долга путем предоставления отступного, и если данное обстоятельство будет установлено, суд должен вынести судебный акт о прекращении исполнения выданного исполнительного листа. Впрочем, здесь стоит обратить внимание на то, что применительно к ситуации прекращения исходного обязательства, по которому ранее было вынесено решение о присуждении и начался этап исполнения, за счет новации ВАС РФ ранее почему-то требовал оформления такой новации путем утверждения мирового соглашения (подробнее см. комментариев к ст. 414 ГК РФ), и не исключен риск распространения такой позиции и на отступное. На это следует заметить, что сама позиция ВАС РФ в отношении новации на стадии исполнительного производства ошибочна, и расширение сферы ее применения на случай с отступным точно не является обоснованным.

2. «Частный мораторий»

Согласно п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 заключение сторонами соглашения об отступном влечет автоматический мораторий на предъявление кредитором требований, связанных с первоначальным обязательством, и до истечения установленного сторонами срока предоставления отступного кредитор не вправе требовать исполнения первоначального обязательства.

Проистекающая из частного моратория невозможность «требовать исполнения первоначального обязательства» охватывает собой любые действия кредитора, направленные на получение удовлетворения по первоначальному обязательству: как внесудебные (в том числе

безакцептное списание долга по первоначальному обязательству и начисленным санкциям, заявление о зачете собственного долга против требований из первоначального обязательства, обращение взыскания на предмет залога, обеспечивающего исполнение первоначального обязательства, предъявление исполнительного листа ко взысканию), так и реализуемые в судебном порядке (обращение за выдачей судебного приказа, предъявление иска в суд или арбитраж). Если соглашение об отступном заключено в рамках судебного разбирательства, процессуальной формой реализации моратория является, видимо, приостановление производства по делу на время моратория.

Правила о моратории как последствии заключения соглашения об отступном не являются новыми для отечественного правопорядка. Ранее идея частного моратория была закреплена Президиумом ВАС РФ в п. 2 Информационного письма от 25 декабря 2005 г. № 102. Пленум ВС РФ в Постановлении от 11 июня 2020 г. № 6 вновь подтвердил действие правила о моратории.

2.1. Критический разбор

Однако и ранее, и сейчас идея моратория не представляется очевидной.

Можно предположить, что высшие судебные инстанции рассматривают мораторий в качестве естественного продолжения концепции факультативного обязательства. При этом исторический и сравнительно-правовой анализ института факультативных обязательств порождает вопрос о том, насколько естественна связь двух указанных явлений. Почему на протяжении всей истории феномена факультативных обязательств мы не встречаем одновременного упоминания о моратории как его естественном логическом или догматическом элементе правового режима факультативного обязательства? Почему отечественное позитивное право (ст. 308.2, 320.1 ГК РФ) не содержит даже намека на мораторий как элемент структуры связей в рамках факультативного обязательства?

Возможный ответ состоит в том, что при исходном установлении факультативного обязательства срок осуществления основного и факультативного предоставлений совпадает: должник должен в течение оговоренного срока осуществить основное предоставление, но вправе погасить свое обязательство путем осуществления иного, факультативного предоставления. До истечения оговоренного срока кредитор не может требовать осуществления исходного предоставления. Вопрос о моратории здесь не возникает. Несколько иная ситуация возникает тогда, когда должник уже находится в просрочке по своему исходному обязательству, и далее стороны договариваются о том, что кредитор

дает должнику, скажем, месяц на то, чтобы передать некое имущество в качестве отступного и таким факультативным предоставлением погасить свой исходный долг. Напомним, что, как правило, соглашения об отступном заключаются уже после начала просрочки. В этой ситуации формально срок исполнения исходного обязательства не смещается, и так как должник в просрочке, кредитор может попытаться осуществить свое требование в отношении основного предоставления, не дожидаясь истечения установленного в соглашении об отступном срока на предоставление факультативного предоставления. Соответственно, именно в такой специфической ситуации, когда соглашение о трансформации первоначального обязательства в факультативное заключается на фоне начавшейся просрочки, могут, на первый взгляд, возникнуть основания задуматься о признании подразумеваемого отказа кредитора от осуществления права на принудительную реализацию притязания в отношении предмета исходного предоставления на период, который кредитор отвел должнику на осуществление факультативного предоставления.

Сторонники моратория видят в нем справедливое решение защиты интересов должника. Последний при обратном решении, договорившись с кредитором о предоставлении права в течение определенного срока погасить свое обязательство путем передачи отступного и начав приготовления к его предоставлению (например, начав создавать вещь, подлежащую передаче в качестве согласованного отступного, или запустив процесс ее транспортировки в адрес кредитора), рисковал бы столкнуться с предъявлением кредитором требования исполнения по первоначальному обязательству или внесудебным осуществлением права в отношении исходного предоставления (безакцептным списанием со счета, внесудебным обращением взыскания на предмет залога, реализацией механизма *lex commissoria* и т.п.), что превратило бы понесенные должником издержки на приготовление и осуществление факультативного предоставления в чистые убытки. Сторонники данной идеи и, как мы видим, высшие суды исходят из того, что попытка осуществить свое право в отношении предмета исходного обязательства принудительно, не дожидаясь истечения оговоренного срока на факультативное предоставление, может являться поведением недобросовестным и противоречивым, а посему неправомерным, подрывающим разумные ожидания должника и ввергающие его в убытки.

Насколько этот тезис убедителен?

Нет никаких возражений против того, что, заботясь о собственных интересах, должник при заключении соглашения об отступном специально выговорит себе такой мораторий, согласовав его с кредитором.

Но в предлагаемой высшими судебными инстанциями концепции все обстоит ровно наоборот, мораторий рассматривается в качестве дефолтного решения, правила по умолчанию, применение которого может быть устранено специальным соглашением сторон. Такой подход кажется спорным с догматической точки зрения. Поскольку в архетипической ситуации согласования отступного должник находится в просрочке, предоставление по умолчанию защиты именно должнику за счет выведения подразумеваемого временного отказа кредитора от осуществления своего права представляется далеко не очевидным. Корректно ли подразумевать отказ кредитора от осуществления права в ситуации, когда воля на это прямо не выражена?

Такая защита должника по умолчанию происходит за счет очевидного умаления интересов кредитора, который на время лишается права осуществить свое право принудительно. Получается, что, пойдя навстречу просрочившему должнику и заключив с ним соглашение об отступном, кредитор не только не приобрел никаких дополнительных выгод из этого соглашения (ибо в современной дефолтной модели у кредитора нет притязаний относительно предмета отступного), но и за счет моратория на время лишился тех правовых возможностей, которые у него существовали ранее.

Если согласованный срок передачи отступного незначителен и у кредитора нет возможности осуществить свое право требования без судебной процедуры, проблема оказывается не очень острой. К моменту, когда дело окажется в суде, наверняка срок на передачу отступного истечет. Но если согласованный срок продолжителен, или у кредитора имеется возможность осуществить свое право во внесудебном порядке (например, путем зачета, безакцептного списания долга или внесудебного обращения взыскания на предмет залога), согласно позиции высших судов кредитор может претерпеть существенные неудобства, потеряв возможность реализации своего обязательственного права, несмотря на представившуюся возможность.

Например, предположим, что банк пошел навстречу впавшему в просрочку заемщику и согласовал право заемщика в течение месяца погасить долг путем передачи товара, но далее до истечения этого периода на счет заемщика, открытый в том же банке, попадают денежные средства, достаточные для погашения долга. Справедливо ли, что банк утрачивает возможность воспользоваться данной возможностью и реализовать свое право на безакцептное списание? Небесспорно, что такое правовое последствие может расцениваться в качестве подразумеваемого по умолчанию. По окончании согласованного месяца отступное может быть так и не передано, и при этом деньги со счета будут

переведены, что оставляет банк, который вроде бы пошел на встречу должнику, заключив соглашение об отступном, у разбитого корыта.

В то же время, полный отказ от идеи частного моратория означал бы, что должник после заключения соглашения о передаче в будущем отступного, уверовав в то, что кредитор теперь обязан будет принять такое отступное предоставление в счет долга, понесет затраты на изготовление, приобретение, транспортировку соответствующего имущества или иные затраты, связанные с приготовлением к осуществлению факультативного предоставления, но рискует столкнуться с тем, что кредитор, не дожидаясь истечения согласованного им срока на осуществление суррогатного предоставления, оперативно во внесудебном порядке осуществит свое обязательственное право в отношении исходного предоставления (например, получит исполнительную надпись нотариуса и спишет долг со счета должника, воспользуется правом на безакцептное списание, обратит во внесудебном порядке взыскание на предмет залога или воспользуется оговоркой *lex commissoria*, заявит зачет и т.п.). В такой ситуации затраты, понесенные должником, окажутся напрасными, так как долг будет погашен и основание для передачи отступного отпадет. Трудно не согласиться с тем, что отказ от идеи частного моратория без решения этой проблемы также приведет к несправедливости.

Видимо, следует обратиться к поиску компромиссного решения. Такое возможное решение, в котором будет обнаружен искомый баланс интересов стороны, состоит в том, что на период согласованного срока для передачи отступного право кредитора осуществить свое право во внесудебном порядке (например, посредством зачета, безакцептного списания долга и т.п.) не блокируется, но кредитор в силу доброй совести должен покрыть должнику ставшие тщетными затраты на осуществление факультативного предоставления, т.е. понесет ответственность за подрыв доверия.

Впрочем, данный вопрос требует дополнительного исследования.

2.2. Механика применения частного моратория

Срок моратория может устанавливаться соглашением об отступном. Если же таковой сторонами особо не согласован, продолжительность моратория определяется посредством оценочной категории «разумного срока» (п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Вопрос о последствиях истечения срока моратория не до конца понятен. Пункт 5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 говорит лишь о том, что если должник предоставляет отступное по истечении указанного срока, кредитор вправе отказаться от принятия отступного и потребовать исполнения первоначального обяза-

тельства. Но что, если кредитор в подобной ситуации не воспользуется своим правом и примет отступное? Исключается ли в таком случае возможность взыскания регулятивных и охранительных процентов, иных санкций, в том числе за период после истечения моратория? Кажется, что подобное происходить не должно. Именно должник нарушает достигнутые сторонами договоренности, а потому, чтобы избежать подобных последствий, именно должник должен инициировать специальное соглашение об этом. Однако сомнения в таком выводе порождает абзац пятый п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, который предусматривает что по умолчанию предоставление отступного также прекращает все дополнительные связанные с первоначальным обязательством требования, включая обязанность платить неустойку. Распространяется ли это разъяснение только на случаи предоставления отступного в согласованный срок или охватывает и случаи предоставления отступного по истечении установленного срока, не ясно. Первый вариант ответа кажется более логичным.

Предусмотренный ВС РФ частный мораторий блокирует лишь возможность в пределах установленного срока «требовать исполнения первоначального обязательства», но не исключает начисление за соответствующий период регулятивных и охранительных процентов, неустоек. Это подчеркивает абзац первый п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6: «Если должник в течение соответствующего срока не осуществил факультативное предоставление (не предоставил отступное), кредитор вправе потребовать исполнения первоначального обязательства, но не предоставления отступного... В таком случае кредитор вправе воспользоваться средствами защиты, установленными на случай неисполнения первоначального обязательства, включая взыскание неустойки и (или) процентов за просрочку исполнения первоначального денежного обязательства, которые начисляются начиная с первого дня просрочки исполнения первоначального обязательства».

О влиянии идеи частного моратория на течение давности см. п. 10 комментария к настоящей статье.

3. Прекращаемое обязательство

Посредством предоставления отступного могут быть прекращены как договорные, так и внедоговорные обязательства, в том числе обязательства по возмещению вреда имуществу, обязательства из неосновательного обогащения, а также реституционные обязательства по возврату полученного по недействительной сделке (п. 6 Информа-

ционного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102, п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Предоставлением отступного может быть прекращено и обязательство, основанное на оспоримой сделке, поскольку до эффективного оспаривания такая сделка рассматривается как действительная. Более того, в ряде случаев само заключение сторонами оспоримой сделки соглашения об отступном, а равно предоставление последнего может рассматриваться как подтверждение такой сделки (см. п. 2 ст. 166 ГК РФ) и исключать в дальнейшем ее оспаривание. В случае же признания первоначальной сделки недействительной в ситуациях, когда доктрина подтверждения оспоримой сделки неприменима (например, при банкротном оспаривании), судебная практика считает недействительным и соглашение об отступном (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16 марта 2010 г. № 14882/09, Определение СКЭС ВС РФ от 26 октября 2015 г. № 305-ЭС15-8046). Передача отступного — это суррогат исполнения, а раз договор, породивший исходное обязательство, признан недействительным, значит, как у обязательства, так и у предоставления суррогата исполнения данного обязательства отпадает правовое основание. Соответственно, предоставленное по соглашению об отступном может быть истребовано как неосновательно полученное в натуре или в виде денежного эквивалента по правилам о реституции (ст. 167 и гл. 60 ГК РФ).

Исключения из общего правила, т.е. случаи недопустимости прекращения определенных обязательств предоставлением отступного, предопределены общими пределами договорной свободы. В абзаце третьем п. 2 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ прямо указывает, что предоставлением отступного могут быть прекращены любые обязательства, если это не нарушает права и охраняемые законом интересы третьих лиц, публичные интересы или не противоречит существу первоначального обязательства.

Примером такого исключения следует, видимо, считать строго целевые обязательства, направленные на предоставление содержания, которое обеспечивает базовые жизненные потребности кредитора-гражданина (алименты, выплаты в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца и т.п.). Если исходить из того, что соответствующие обязательства направлены на обеспечение прав и интересов социально незащищенных категорий граждан, а предоставление по таким обязательствам призвано обеспечить минимально необходимый уровень для продолжения существования такого гражданина как личности, их прекращение способами иными, нежели исполнение, следует признать недопустимым. По простому вопросу о том, идет ли здесь речь толь-

ко об ограничении погашения путем предоставления суррогата будущих выплат на содержание или логично заблокировать право кредитора согласиться на принятие суррогата в погашение ранее начисленной задолженности по таким целевым выплатам, см. комментарии к ст. 411 и 414 ГК РФ.

3.1. Возможность погашения передачей отступного задавненного требования

Посредством предоставления отступного может прекратиться и задавненное обязательственное требование (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Истечение исковой давности само по себе не прекращает обязательство. Возражение о давности используется или не используется по усмотрению должника, закон не устанавливает необходимости использования должником данного возражения. Поскольку в основе прекращения обязательства отступным лежит договор, воплощающий в том числе и волю должника, следует считать, что тем самым должник отказывается от предоставленной ему защиты.

О других аспектах соотношения соглашения об отступном и исковой давности см. п. 10 комментария к настоящей статье.

3.2. Прекращение предоставлением отступного части обязательства

Предоставлением отступного может прекращаться часть делимого обязательства (см. п. 1 ст. 407 ГК РФ и комментариев к ней). При неясности условий соглашения и невозможности установить, была ли воля сторон направлена на прекращение обязательства полностью или в какой-либо части, согласно позиции ВС РФ толкование соглашения осуществляется в пользу того, что первоначальное обязательство прекращается полностью (п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

3.3. Прекращение предоставлением отступного дополнительных обязательств

Равным образом с помощью отступного может быть прекращено дополнительное обязательство, в частности по уплате начисленной неустойки.

При этом достаточно давно судебная практика исходит из презумпции, что с предоставлением отступного в счет погашения основного долга по умолчанию прекращаются все дополнительные обязательства по договору, включая и обязательство по уплате неустойки, регулятивных или охранительных (мораторных) процентов и ранее возникших в связи с нарушением обязательства убытков (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102, Постановление Президиума ВАС РФ от 10 июня 2014 г. № 2504/14). В п. 2

Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ повторяет эту идею: «При неясности условий соглашения и невозможности установить, была воля сторон направлена на прекращение обязательства полностью или в какой-либо части, толкование соглашения осуществляется в пользу того, что также прекращаются и дополнительные требования по нему, включая обязанность уплатить неустойку».

Сказанное выше распространяется и на обязанность уплатить начисленные регулятивные и охранительные (мораторные) проценты, а также обязанность по возмещению убытков, возникших у кредитора в связи с ранее допущенным нарушением основного обязательства. Так же как и требование по уплате начисленной неустойки, они после своего созревания являют собой дополнительные, но в конечном счете отдельные от основного долга обязательства, а потому могут быть автономно прекращены с помощью отступного. При этом все приведенные примеры охватываются категорией «дополнительные требования», тем более что перечень последних в п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 является открытым. Соответственно, общая презумпция правоприменительной практики, что с предоставлением отступного по основному обязательству прекращаются и все дополнительные требования, в полной мере распространяема и на указанные выше случаи.

При всей традиционности данный подход достаточно сомнителен в качестве общего правила. Поскольку обязательство по уплате неустойки (начисленных регулятивных или охранительных процентов, возникших в связи с просрочкой в исполнении обязательства убытков и т.п.) является отдельным обязательством, возникающим в силу самостоятельного основания (факта нарушения основного обязательства), презумпция должна быть прямо противоположной. Прекращение предоставлением отступного основного обязательства должно влечь прекращение созревших дополнительных притязаний только в том случае, когда это прямо предусмотрено соглашением сторон. Отказ от осуществления права не может подразумеваться в силу самого факта молчания соглашения о судьбе начисленной неустойки, процентов, возникших убытков и т.п. Например, крайне неочевидно, что согласие кредитора принять некое имущество в счет погашения основного долга (скажем, по договору займа) без указания на судьбу начисленных за период до передачи отступного регулятивных процентов за пользование займом и начисленной в связи с просрочкой в погашении долга по возврату займа неустойки может рассматриваться как конклюдентное волеизъявление на прощение созревшего долга по таким дополнительным требованиям.

Вряд ли поможет обосновать иное суждение и доктрина эстоппель, вытекающая из запрета на злоупотребление правом. Соглашение о прекращении отступным основного обязательства не должно порождать у должника разумные ожидания (относительно прощения ему возникшего ранее дополнительного долга по начисленным за период ранее имевшейся просрочки неустойке, процентам, погашении возникших у кредитора ранее убытков и т.п.), которые будут подорваны, если кредитор впоследствии обратится с требованием погасить такие дополнительные долги. Если должник желает добиться того, что предоставляемое им отступное погасит не только основной долг, но и созревшие ранее его дополнительные долги, именно он должен настоять на включении в соглашение соответствующей оговорки.

В любом случае эта спорная идея о подразумеваемом списании созревших дополнительных долгов в ситуации изъятия сторонами воли на погашение путем передачи отступного основного долга может касаться только случаев, когда и основное, и дополнительные требования принадлежат одному и тому же кредитору. Если это не так и в силу правопреемства эти требования оказались принадлежащими разным лицам (например, требование по уплате неустойки было уступлено отдельно от основного требования), согласование должником и кредитором по основному требованию его погашения путем передачи отступного и последовавшая затем передача отступного не погасят долг должника по дополнительным требованиям, принадлежащим другим кредиторам (при условии, что к моменту заключения соглашения об отступном должник получил уведомление о переходе права, см. комментарий к п. 3 ст. 382 ГК РФ).

3.4. Последствия предоставления отступного по частям

В случае, когда стороны предусмотрели предоставление отступного по частям, при предоставлении части отступного ВАС РФ считал первоначальное обязательство прекращенным пропорционально фактически предоставленному отступному (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102). Подобные последствия выглядят вполне оправданно, если они прямо предусмотрены соглашением. Однако использование такого подхода в качестве универсального достаточно сомнительно, поскольку оно не находит оправдания в законе и противоречит подразумеваемым интересам сторон. Как представляется, частичное предоставление отступного не должно оказывать влияния на первоначальное обязательство (иное может быть прямо предусмотрено в соглашении об отступном). Соответственно, несмотря на состоявшееся частичное предоставление отступного, кредитор должен сохранять требования в отношении

первоначального обязательства в полном объеме. В случае успешной их реализации (например, путем взыскания полной суммы долга или зачета) ранее предоставленная должником часть суррогата (предмета отступного) становится неосновательным обогащением кредитора и должна быть возвращена им должнику по правилам гл. 60 ГК РФ.

В этом плане, возможно, не случайно указанное разъяснение ВАС РФ не было продублировано в Постановлении Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, в котором многие другие позиции, озвученные в вышеуказанном информационном письме Президиума ВАС РФ, были повторены.

4. Предмет отступного

4.1. Вещи

В качестве возможных предметов отступного ст. 409 ГК РФ называет уплату денежных средств и передачу иного имущества. С учетом понимания категории «имущество» (см. ст. 128 ГК РФ) предметом отступного могут быть в том числе разнообразные вещи: делимые и неделимые, потребляемые и непотребляемые, движимые и недвижимые.

В ситуации, когда предметом отступного является недвижимое имущество, соглашение о передаче отступного как сделка не нуждается в обязательной государственной регистрации (п. 15 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59). Но сам переход права собственности подлежит регистрации на основании ст. 8.1 и п. 2 ст. 223 ГК РФ.

Непростым является вопрос о последствиях уклонения должника от предоставления в качестве отступного недвижимого имущества. В ситуации, когда должник уклоняется от фактической передачи в качестве отступного недвижимости, суды традиционно отказывают в удовлетворении иска кредитора о понуждении к такой передаче и государственной регистрации перехода права собственности. Такой подход абсолютно оправдан. И в модели «реального договора», и в модели «факультативного обязательства» у должника отсутствует обязанность по передаче предмета отступного (в первом случае — по причине того, что само по себе соглашение об отступном не имеет обязательственного эффекта, во втором — ввиду того, что замена исполнения не является обязанностью должника, а представляет лишь его право), а потому должника, уклоняющегося от передачи отступного, не к чему принуждать. Эту идею разделяет и актуальная правоприменительная практика. В абзаце первом п. 5 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ указывает: «Если должник в течение соответствующего срока не осуществил факультативное предоставление (не предоставил

отступное), кредитор вправе потребовать исполнения первоначального обязательства, но не предоставления отступного».

Вместе с тем суды испытывают значительные трудности в ситуации, когда, фактически предоставив в качестве отступного недвижимость во владение кредитора, должник уклоняется от подачи заявления о государственной регистрации перехода прав на него. Ранее практика нижестоящих судов допускала в подобной ситуации удовлетворение иска кредитора о понуждении к государственной регистрации перехода права собственности на фактически переданную в качестве отступного во владение кредитора недвижимость. Объяснить такой подход крайне сложно. На наш взгляд, указанная ситуация мало отличается от предыдущей. И коль скоро понуждение к передаче отступного недопустимо, эта недопустимость должна носить универсальный характер и распространяться как на фактическую передачу, так и на перенос титула. В Постановлении от 17 июня 2014 г. № 2826/14 свое негативное отношение к подобному подходу выразил Президиум ВАС РФ: «Неисполнение должником обязательств по соглашению об отступном в полном объеме в установленный срок влечет, исходя из правовой природы отступного, наступление иных последствий, нежели предъявление продавцу, уклоняющемуся от государственной регистрации перехода права собственности на недвижимость по договору купли-продажи, покупателем требования о государственной регистрации за ним права собственности. В этом случае кредитор вправе предъявить должнику лишь требование, вытекающее из первоначального обязательства». Данная позиция была подтверждена и ВС РФ в определениях по конкретным делам (см., например, Определение СЭКС ВС РФ от 29 декабря 2016 г. № 304-ЭС16-11714, Определение СКГД ВС РФ от 19 сентября 2017 г. № 117-КГ17-8).

Однако в абзаце втором п. 5 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ кардинально резко поменял вектор судебной практики, реставрировав подход нижестоящих судов десятилетней давности: «Если по соглашению сторон в качестве отступного передано недвижимое имущество, однако должник уклоняется от регистрации перехода права собственности на этот объект, кредитор вправе потребовать осуществления такой регистрации (пункт 1 статьи 6, пункт 3 статьи 551, абзац второй пункта 1 статьи 556 ГК РФ)».

Такой подход крайне сомнителен. Его можно было бы принять, если бы отечественное право недвижимости основывалось на принципе противопоставимости в отношении момента перехода права собственности на недвижимость, при котором государственная регистрация перехода права собственности является лишь способом

оглашения уже возникшего права собственности на недвижимость. Однако фундаментальным началом нашего правопорядка является иной принцип – принцип внесения при обороте недвижимости (ст. 8.1, п. 2 ст. 223 ГК РФ) (подробнее см. комментарий к ст. 8.1 в другом томе серии #Глосса¹).

Согласиться с позицией Пленума ВС РФ можно было бы также, если бы дефолтной моделью понимания соглашения об отступном было «альтернативное обязательство». В таком случае фактическая передача объекта недвижимости во владение кредитора могла бы рассматриваться как реализация акта выбора, который модифицировал бы обязательство в ординарное и имеющее своим предметом передачу недвижимости в собственность кредитора, что открывало бы путь к защите обязательственного притязания кредитора путем заявления и удовлетворения иска о принудительной регистрации перехода права собственности на недвижимость (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 308.1 ГК РФ). Однако Постановление Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 исходит из понимания соглашения об отступном, предусматривающего отложенную передачу имущества, как модифицирующего первоначальное обязательство в факультативное (п. 3). В рамках такой модели факультативное предоставление является правом должника, любое прямое или косвенное понуждение к его предоставлению (т.е. к реализации права) в корне противоречит данной конструкции (к слову, ровно такой же вывод мы бы получили, если предполагалась бы модель соглашения об отступном как реального договора; здесь также не существует обязанности, к исполнению которой можно было бы понуждать).

В этом плане некорректной и малоубедительной является и ссылка Пленума ВС РФ на применение к подобной ситуации по аналогии правил ст. 551, 556 ГК РФ. Для аналогии закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ) необходима тождественность (или сходство) существа отношений. Вместе с тем ст. 551, 556 ГК РФ регламентируют *обязанность* продавца по договору продажи недвижимости (обязанность по отчуждению недвижимости, включающую в себя не только передачу владения, но и перенос права собственности на проданную недвижимость на покупателя) и устанавливают механизмы принудительного осуществления права требования кредитора, включая право на принудительную регистрацию перехода права собственности. Однако, в отличие от продавца,

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 8.1 ГК РФ – Р.С. Бевзенко).

у должника по соглашению об отступном отсутствует обязанность по передаче недвижимости в собственность кредитора в качестве отступного (у него есть только *право* предоставить его). Поэтому к нему не могут по аналогии применяться правила, рассчитанные на существование такой обязанности.

Но если бы Суд отверг идею о принудительной регистрации, встал бы вопрос о том, что делать, если кредитор уже получил законное владение объектом недвижимости, но должник уклоняется от подачи заявления о регистрации перехода права собственности. Ответ должен был быть таким: раз право собственности к кредитору не перешло, долг не считается погашенным, и соответственно кредитор может принудительно осуществить свое право требования по исходному обязательству (например, заявить иск о взыскании долга или реализовать свое притязание по этому обязательству во внесудебном порядке), в том числе при необходимости обратив взыскание на полученную во владение недвижимость. Должник же в такой ситуации после погашения долга мог бы требовать возврата недвижимой вещи (кроме случаев, когда долг был погашен путем обращения взыскания на данный объект недвижимости).

4.2. Право собственности на вещь

Закон не исключает возможность предоставить в качестве отступного право собственности на вещь (титул) без совершения фактических действий по физической передаче владения самой вещью. Например, вещь может находиться у третьего лица в аренде, на складе, в пути либо удерживаться незаконным владельцем и подлежать виндикации, реституции или истребованию по договорному основанию (например, при неправомерном уклонении арендатора от возврата вещи). Наконец, вещь может находиться во владении самого кредитора (например, на праве аренды). Для перехода титула на соответствующую вещь без ее физической передачи такое имущество должно быть индивидуально-определенным либо, если оно определено родовыми признаками, надлежащим образом индивидуализировано (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2013 г. № 17739/12). Если вещь движимая, достаточно заключения распорядительного соглашения о консенсуальном переносе права собственности на вещь на кредитора. Если недвижимая, потребуется подача заявления о регистрации перехода права собственности.

4.3. Доля в праве общей собственности

В качестве отступного может выступать и доля в праве собственности на вещь (см. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102, Определение СКГД ВС РФ от 21 августа 2018 г. № 33-КГ18-4).

4.4. Имущественные права

Поскольку категория «имущество» включает в себя и имущественные права (см. ст. 128 ГК РФ), последние также могут использоваться в качестве предмета отступного. При этом в подобной роли могут выступать самые разнообразные оборотоспособные имущественные права: право участия в капитале корпорации (например, доля в уставном капитале ООО), обязательственные (право требования к третьему лицу) или исключительные (право на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации). Предметом отступного могут быть и ценные бумаги – как документарные (например, вексель, выданный неким третьим лицом), так и бездокументарные (акции, облигации).

4.5. «Будущее» имущество как предмет отступного

При отложенном моменте передачи отступного в качестве предметов отступного может выступать не только существующее и принадлежащее должнику на момент заключения соглашения имущество (вещи и имущественные права), но и то имущество, право на которое (или распорядительная власть в отношении которого) возникнет у должника в будущем к моменту передачи. Отсутствие соответствующего имущества или его принадлежность иному, чем должнику, лицу в момент подписания соглашения об отступном, предполагающего отложенный момент передачи, правового значения не имеет. Принадлежность соответствующего предмета отступного должнику требуется лишь на момент фактической передачи отступного кредитору.

Естественно, если стороны договариваются о погашении долга путем передачи отступного в момент заключения соглашения («реальная» модель отступного), у должника должно быть право собственности (а точнее – распорядительная власть) на данное имущество на момент заключения такого соглашения.

4.6. Имущество, в отношении которого наложен арест

При отложенном моменте передачи отступного предметом отступного может выступать имущество, в отношении которого на момент заключения соглашения наложен арест. Если арест будет снят к моменту передачи отступного, проблем не возникает, так как наличие распорядительной власти проверяется на момент распоряжения. ВС РФ исходит из того, что если передача арестованного имущества не происходила, то и нечего признавать недействительным (см. Определение СКЭС ВС РФ от 2 ноября 2016 г. № 306-ЭС16-4741).

Но что, если арест был в силе на момент фактической передачи отступного? Ранее судебная практика (см., например: постановления Президиума ВАС РФ от 25 января 2000 г. № 5993/99 и от 18 сентября

2001 г. № 610/01) исходила из недействительности распоряжения. Но эта практика сформировалась до введения п. 2 ст. 174.1 ГК РФ, который в сочетании с п. 5 ст. 334 ГК РФ предусмотрел несколько иные последствия распоряжения арестованным имуществом. Законодатель решил установить систему, при которой при неправомерном распоряжении имуществом вопреки судебному запрету (аресту) речь не пойдет о ничтожности распорядительной сделки, даже если приобретатель субъективно недобросовестен и знал или должен был знать об аресте. Вместо этого предложена конструкция так называемого арестного залога и перехода вещи в собственность субъективно недобросовестного приобретателя с обременением в виде такого особого залога в обеспечение требования кредитора, в пользу которого был установлен арест. Впрочем, контуры конструкции арестного залога и сама его концептуальная оправданность вызывают споры (подробнее см. комментарий к ст. 174.1 и к п. 5 ст. 334 ГК РФ в других томах серии #Глосса¹).

4.7. Работы, услуги

Современная редакция ст. 409 ГК РФ не предусматривает возможность использования в качестве отступного иных объектов гражданских прав, нежели имущества, в частности результаты работ и оказание услуг.

Однако в п. 2 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ предлагает иное решение: «правила об отступном не исключают, что в качестве отступного будут выполнены работы, оказаны услуги или осуществлено иное предоставление (п. 1 ст. 407 и ст. 421 ГК РФ)». Вопреки использованным ссылкам предлагаемая ВС РФ позиция вовсе не вытекает из указанных норм и не может быть оправдана ими. Допустимость того или иного соглашения, направленного на прекращение обязательства, вытекающая из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ) и незакрытого перечня способов прекращения обязательств (п. 1 ст. 407 ГК РФ, см. комментарий к нему), вовсе не означает допустимости абсолютно произвольного изменения соглашением сторон квалифицирующих признаков конструкции отступного. Стороны свободны в определении содержания своих договоренностей, но не имеют свободы в правовой квалификации своих договоренностей. В про-

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 174.1 ГК РФ – *Р.С. Бевзенко*); Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 334 ГК РФ – *Р.С. Бевзенко*).

тивном случае теряется смысл в каких-либо предписаниях, не только касающихся отступного, но и в правилах гл. 26 ГК РФ в целом. Иначе говоря, нет никакого смысла запрещать соглашения, в силу которых прежний долг может быть погашен путем оказания услуги или выполнения работ, но неверно квалифицировать такое соглашение в качестве отступного.

В действительности соответствующее разъяснение п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 содержит толкование норм ст. 409 ГК РФ *contra legem*. Нет оснований выступать против самого такого способа «толкования» и допустимости его применения ВС РФ в ситуации крайней необходимости (например, явной несправедливости буквального прочтения закона и очевидных ошибок законодателя в принципе), но необходимость и целесообразность его использования в данной конкретной ситуации вызывает вопросы.

Попутно заметим, что предлагаемый ВС РФ подход противоречит историческому толкованию закона. Изменяя нормы ст. 409 ГК РФ в ходе реформы гражданского законодательства 2015 г., законодатель, видимо, вполне осознанно исключил из ее текста указания на допустимые предметы отступного, иные, чем имущество. Ранее этот перечень включал «уплату денег, передачу имущества и т.п.», в актуальной же редакции ограничен «уплатой денежных средств или передачей иного имущества», а фраза «и т.п.» удалена. И в этом смысле Постановление Пленума ВС РФ игнорирует явно выраженную волю законодателя.

Но важнее другое: предлагаемое толкование *contra legem* не обусловлено практическими потребностями. За двадцать с лишним лет действия правил ст. 409 ГК РФ в прежней редакции (теоретически допускавшей предоставление отступного в виде выполнения работ и оказания услуг) практика не обнаружила сколь бы то ни было активного применения подобных конструкций отступного.

Отсутствие серьезного запроса практики на использование подобных предметов отступного обусловлено тем, что указанные случаи таят в себе массу трудноразрешимых вопросов. В частности, если работы или услуги, выступающие в качестве отступного, носят длящийся характер, могут возникать сложности с определением момента прекращения обязательства и текущего правового положения сторон. А если учесть, что за счет правил о частном моратории (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6) на все это время кредитор еще и лишается возможности предъявления требований, связанных с первоначальным предметом обязательства, найти разумного кредитора, который согласится на подобный формат отступного, окажется крайне проблематично.

5. Содержание, форма и порядок заключения соглашения об отступном

5.1. Существенные условия

Существенными условиями соглашения об отступном являются указание на а) прекращаемое обязательство, а также на б) предмет отступного, т.е. условия, позволяющие идентифицировать имущество, передаваемое в качестве отступного (его наименование и при необходимости количественные характеристики), а в случае, когда предметом отступного являются работы или услуги, — описание самих работ или услуг с той степенью детализации, которая была бы достаточна для признания заключенным договором подряда или возмездного оказания услуг, если бы речь шла об их заключении.

В силу принципа свободы договора стороны свободны в определении размера и стоимости отступного. Закон не выдвигает требования эквивалентности отступного размеру первоначального предоставления. При этом даже в тех случаях, когда стоимость предоставляемого отступного объективно меньше долга по обязательству, презюмируется прекращение последнего полностью (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102, п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Ранее практика нижестоящих судов зачастую придавала характер существенного условию о сроке предоставления отступного. Возможно, это было оправдано реализации идеи «частного моратория» (п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102), поскольку в отсутствие срока предоставления отступного оказывалось затруднительным определить темпоральные границы соответствующего моратория на предъявление требований в отношении первоначального предмета обязательства. Однако актуальная практика ВС РФ не поддерживает такого подхода. Разъяснения, содержащиеся в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, недвусмысленно свидетельствуют об отсутствии каких-либо сложностей в восполнении условия о сроке предоставления отступного. «Если стороны не договорились об ином, в отсутствие согласованного срока для предоставления отступного в качестве исполнения факультативного обязательства должник вправе предоставить отступное в течение разумного срока с момента заключения соглашения». Поскольку соответствующее условие может быть адекватно восполнено, в том числе с помощью критерия разумного срока, оснований считать такое условие существенным, действительно, нет.

5.2. Форма соглашения об отступном

В законе отсутствует специальное регулирование вопроса о форме соглашения об отступном. Соответственно, форма такого соглашения,

казалось бы, должна определяться лишь по общим правилам гл. 9, 28 ГК РФ о форме сделок и договоров. Но ситуация в реальности несколько сложнее.

Дело в том, что согласно п. 1 ст. 452 ГК РФ форма соглашения об изменении и расторжении договора должна следовать форме расторгаемого или изменяемого договора. Ранее это правило к соглашению об отступном не применялось судами, даже когда путем передачи отступного погашался договорный долг (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 25 сентября 2007 г. № 7134/07). Но такой подход выглядел бы логично, если исходить из концепции соглашения об отступном как реальной сделки, поскольку последняя не имеет сама по себе обязательственного эффекта, и оснований для использования в вопросе о форме такого соглашения предписаний п. 1 ст. 452 ГК РФ нет.

Однако, если соглашение об отступном предусматривает трансформацию изначального договорного обязательства в факультативное (и тем более при заключении соглашения о трансформации исходного долга в альтернативное обязательство, независимо от того, считать ли такое соглашение вариацией конструкции отступного или нет), применение правил п. 1 ст. 452 ГК РФ может и должно обсуждаться. Не случайно, подтвердив базовую модель понимания соглашения об отступном как направленного на трансформацию долга в факультативное обязательство (см. п. 1.3 комментария к настоящей статье), п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 разъясняет вопросы формы соглашения об отступном с учетом предписаний п. 1 ст. 452 ГК РФ.

С точки зрения формальной логики решение проблемы о форме соглашения об отступном должно было бы выглядеть следующим образом. В ситуации, когда первоначальное обязательство является внедоговорным, форма соглашения об отступном определяется по общим правилам гл. 9, 28 ГК РФ о форме сделок и договоров. То же и в случае, когда соглашение об отступном заключается одновременно с передачей предмета отступного, независимо от того, какова природа погашаемого таким образом обязательства. В случаях же, когда первоначальное обязательство носит договорный характер, а соглашение об отступном откладывает передачу отступного и трансформирует исходное обязательство в факультативное, такое соглашение должно подчиняться также требованиям о форме договора, породившего первоначальное обязательство, поскольку такое соглашение модифицирует (изменяет) первоначальное обязательство, а значит, является разновидностью соглашения об изменении программы договорных правоотношений (п. 1 ст. 452 ГК РФ). При

коллизии указанных правил применяются предписания, устанавливающие более строгие требования к форме. При этом если закон устанавливает для сделок, которые направлены на распоряжение имуществом, выбранного сторонами в качестве предмета отступного, особые требования к форме, эти требования должны быть соблюдены при заключении соглашения об отступном, если они являются более строгими, чем те, которые вытекают из общих правил о форме сделки и правила о следовании формы из п. 1 ст. 452 ГК РФ.

В то же время п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 решает вопрос о форме несколько иным образом. Суд пишет следующее: «Следует учитывать, что в отношении первоначального договора и договора, на основании которого предоставляется отступное, могут быть установлены разные требования к форме, в частности, в связи с тем, что возникающий между сторонами договор подпадает под признаки обязательства иного вида или в отношении сделок с имуществом, которое передается в качестве отступного, установлены специальные требования к форме. В таком случае к соглашению об отступном подлежат применению наиболее строгие из этих правил о форме сделки (пункт 1 статьи 452 ГК РФ)».

Таким образом, вместо коллизии общих требований к форме и правила о следовании формы из п. 1 ст. 452 ГК РФ, Пленум ВС РФ предлагает рассматривать в качестве коллидирующих с предписаниями п. 1 ст. 452 ГК РФ правила о «форме договора, на основании которого предоставляется отступное... в частности, в связи с тем, что возникающий между сторонами договор подпадает под признаки обязательства иного вида». Получается, согласно позиции ВС РФ, если в качестве отступного, передача которого должна была погасить, скажем, заемный долг, оговорена передача в будущем вещи, речь идет о том, что соглашение о займе каким-то образом «трансформировалось» в договор купли-продажи. И если для договора купли-продажи установлены иные, более строгие требования к форме, чем те, которые следуют из общих правил о форме сделки, или чем те, которые применялись в отношении исходного договора, должны применяться эти более строгие требования к форме.

Нетрудно заметить, что в этой части положения п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 содержательно и редакционно близки с разъяснениями п. 28 того же [Постановления](#) Пленума ВС РФ о форме соглашения о новации и базируются на одной и той же идее модификации договорного типа в результате заключения соответствующего соглашения. Но если применительно к новации эта идея выглядит небесспорной (хотя логически возможной), то ее при-

менение к отступному является однозначно ошибочным. Если вслед за указанным **Постановлением** Пленума ВС РФ рассматривать соглашение об отступном в качестве модифицирующего первоначальное обязательство в факультативное (п. 3), т.е. в обязательство, где наряду с основным предметом появляется право (только право, но не обязанность) должника освободиться от долга посредством предоставления согласованного суррогата, логически невозможно найти место и момент, когда первоначальный договор утрачивает свои первоначальные характеристики, связь с исходным договорным типом, трансформируясь в иной договорный тип. Например, если первоначальное обязательство по оказанию услуг возникло из соответствующего возмездного договора, а затем в отношении обязательства по оказанию услуг было заключено соглашение об отступном, в качестве которого согласована передача вещи в собственность в качестве способа погашения обязательства по оказанию услуг, то неужели исходный договор трансформировался в договор купли-продажи? И это при том, что единственным предметом долга как было, так и осталось оказание услуги, а передача вещи в собственность как факультативное предоставление не является задолженным? Неужели при неиспользовании должником своего права на замену и прекращении договорного обязательства посредством оказания услуги прекращается договор купли-продажи? Или в этом случае произошла (в какой-то непонятный момент) обратная трансформация договорного типа? В каком временном промежутке договор перестал быть договором возмездного оказания услуг, если учесть, что само согласование отступного не меняет первоначальный (единственный) предмет обязательства, а в случае прекращения этого обязательства предоставлением отступного (передачи вещи в собственность) для подобной трансформации просто нет места, поскольку договорное обязательство по оказанию услуг прекращается в момент соответствующего предоставления?

Если в части попытки применения к соглашению о форме отступного идеи трансформации договорного типа разъяснения п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 выглядят очевидно ошибочными, то в части необходимости учета специальных требований к форме, установленных в отношении сделок с имуществом, выступающим в качестве отступного, в этих разъяснениях наличествует здоровое зерно. В современном отечественном законодательстве действительно наличествуют специальные предписания о форме, относящиеся не к типу (виду) заключаемой сделки, а применяемые в зависимости от характера имущества, выступающего предметом договорного предоставления.

Если такое требование нотариальной формы установлено только в отношении распорядительной сделки по отчуждению соответствующего имущества, данное требование к форме должно применяться только к «реальной модификации» соглашения об отступном или к распорядительной сделке по отчуждению данного имущества в качестве отступного. В тех же случаях, когда соглашение об отступном заключено по «факультативной модели» и лишь предоставляет должнику право на погашение своего исходного долга путем передачи такого имущества в качестве отступного, данное соглашение может не следовать этим специальным требованиям к форме.

Релевантным в этом смысле является пример с долями в уставном капитале ООО (который прямо содержится в п. 8 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Требование о нотариальном удостоверении «сделок, направленных на отчуждение доли в ООО», содержащееся в абзаце первом п. 11 ст. 21 Закона об ООО, касается не сделки, формирующей обязательство произвести в будущем отчуждение доли, а распорядительной сделки, непосредственно направленной на перенос права на долю в ООО. Предписания абзаца третьего п. 11 ст. 21 данного Закона прямо противопоставляют «сделкам, направленным на отчуждение доли в ООО» категорию «договоров, устанавливающих обязательство совершить сделку, направленную на отчуждение доли в ООО», что свидетельствует в пользу того, что обязательному нотариальному удостоверению подлежат лишь распорядительные сделки по переоформлению доли в ООО на приобретателя. Поэтому соглашение об отступном, когда оно предполагает немедленную передачу доли в ООО в качестве отступного (т.е. когда соглашение об отступном представляет собой распорядительную сделку по отчуждению доли в ООО), действительно подлежит нотариальному удостоверению. Но соглашение об отступном, которое лишь предоставляет должнику право в будущем погасить свой исходный долг путем переоформления на кредитора доли в ООО, не является сделкой, направленной на непосредственное распоряжение, а носит сугубо обязательственный характер (модифицируя исходное обязательство в факультативное), а посему может нотариально не удостоверяться.

В этом плане закрепленное в п. 8 указанного [Постановления](#) разъяснение, согласно которому «если в качестве отступного предоставляются доли в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью, то соглашение об отступном должно быть нотариально удостоверено», должно толковаться ограничительно и применяться только к таким соглашениям, которые непосредственно направлены

на отчуждение доли в ООО в качестве отступного. Если же соглашение лишь предоставляет должнику право погасить долг в будущем путем передачи в качестве отступного долю в ООО, стороны имеют в виду последующее совершение распорядительной сделки, а значит, нотариально удостоверяться должна будет именно она, а не само соглашение об отступном, устанавливающее правовое основание для будущего распоряжения.

Встает вопрос о том, как быть, если требование нотариальной формы установлено в отношении обязательственной сделки, т.е. сделки, направленной на формирование обязательства по распоряжению тем имуществом, которое стороны решили выбрать в качестве предмета отступного. Так, например, в силу ч. 1.1 ст. 42 Закона о государственной регистрации недвижимости сделки по отчуждению долей в праве общей собственности на недвижимое имущество (за некоторыми установленными законом изъятиями) подлежат нотариальному удостоверению. Это положение закона традиционно воспринимается в судебной практике как касающееся обязательственных сделок. Нотариально удостоверяться должен договор, который формирует обязательство в будущем совершить распоряжение долей в собственности на недвижимость.

Такое требование к форме однозначно должно соблюдаться в случае, когда соглашение об отступном, предусматривающее отчуждение доли в праве собственности на недвижимость, заключено по «реальной модели» (т.е. одновременно с передачей имущества). Но применимо ли оно в ситуации, когда такое соглашение об отступном следует «факультативной модели» и трансформирует исходное обязательство в факультативное, допуская передачу соответствующего имущества в целях погашения исходного долга в качестве права должника? Должно ли нотариально удостоверяться соглашение, которое не обязывает должника распорядиться такой долей, а предоставляет ему право сделать это? Как представляется, на этот вопрос следует ответить утвердительно. Цель закона — установить обязательное нотариальное удостоверение для договора, формирующего основание для распоряжения долей. И то, что в данном случае таким основанием является договор, предусматривающий не обязанность совершить распоряжение, а право на осуществление такого распоряжения, дело принципиально не меняет. Соответственно, нотариально должно удостоверяться и такое соглашение о передаче доли в праве собственности на недвижимость в качестве отступного, которое модифицирует исходное обязательство в факультативное и дает должнику право погасить обязательство путем переоформления такой доли.

5.3. Соглашение об отступном и правила о согласовании или одобрении сделки третьими лицами, государственными органами или органами управления организации

5.3.1. Правила согласования соглашения об отступном, вытекающие из корпоративного законодательства

При заключении соглашения об отступном требуется соблюдение правил корпоративного законодательства о согласовании крупных сделок. При этом соглашение об отступном должно оцениваться на предмет «крупности» независимо от того, относилась ли к этой категории сделка, устанавливающая первоначальное обязательство. Это вызвано тем, что между моментами заключения первоначальной сделки и соглашения об отступном может наличествовать временной промежуток, в течение которого балансовая стоимость активов могла измениться, а также ввиду допустимой неэквивалентности стоимости предметов отступного и первоначального обязательства. При нарушении требований о порядке совершения крупных сделок при заключении соглашения об отступном последнее может быть оспорено (например, по правилам ст. 46 Закона об ООО, ст. 79 Закона об АО).

Применяются к соглашению об отступном и правила о согласовании сделок с заинтересованностью.

Заключение соглашения об отступном (предоставление отступного) может быть также оспорено по правилам п. 1 ст. 174 ГК РФ при отсутствии согласия на совершение такой сделки соответствующих органов управления, которые должны согласовывать такую сделку согласно положениям устава или иным внутренним документам организации.

5.3.2. Иные правила согласования сделки

В тех случаях, когда в силу закона сделка по распоряжению соответствующим имуществом требует согласования с государственным органом (например, антимонопольным) или частным третьим лицом (например, супругом лица, совершающего распоряжение), сделка, совершенная при отсутствии такого согласия, по общему правилу при соблюдении ряда условий может быть оспорена, а в некоторых случаях считается ничтожной (ст. 157.1, 173.1 ГК РФ). Такое согласие требуется либо на совершение распорядительной сделки, либо на заключение обязательственного договора, предусматривающего распоряжение, все зависит от телеологического толкования норм, устанавливающих необходимость получения согласия.

В тех случаях, когда необходимость согласия третьего лица или государственного органа установлена в законе в отношении одной лишь распорядительной сделки, такое согласие требуется либо на заключение соглашения об отступном по «реальной модели», либо на непосред-

ственное распоряжение соответствующим имуществом на основании соглашения об отступном, ранее заключенного по «факультативной модели». Тогда же, когда требование получения согласия третьего лица или государственного органа распространяется на обязательственную сделку, логично исходить из того, что такое согласие требуется на заключение соглашения об отступном, независимо от того, по какой модели оно заключено, и именно оно будет считаться ничтожным или аннулироваться судом при отсутствии такого согласия по правилам ст. 173.1 ГК РФ.

6. Отступное и преимущественные права

6.1. Общие замечания

В российском законодательстве применительно к обороту ряда видов имущества нормативно установлено преимущественное право приобретения. Речь идет прежде всего о преимущественном праве, установленном законом по умолчанию на приобретение доли в общей собственности на вещь, доли в ООО (если такое преимущественное право не «отключено» в уставе общества), а также акций в непубличном АО (если устав общества такое преимущественное право устанавливает). Есть и множество иных случаев установления преимущественных прав на приобретение имущества, но далее мы сконцентрируемся на трех вышеуказанных примерах.

Применимы ли правила о преимущественном праве к случаям отчуждения доли в общей собственности, доли в ООО или акций в непубличном АО в случае отчуждения данного имущества в качестве отступного в погашение долга? Этот вопрос крайне запутан, но в практическом плане достаточно актуален.

Сложность заключается в том, что в отечественном праве укрепились идея, что реализация преимущественного права его обладателем (далее — преферент) происходит посредством «предоставления аналога» того, что обещано / предоставлено отчуждателю, обязанному к соблюдению преимущественного права (далее — грантор), приобретающим соответствующее имущество третьим лицом (далее — третье лицо) в обмен на отчуждение обремененного преимущественным правом имущества (далее с учетом обсуждаемых примеров мы будем обобщенно именовать его долей). Реализуя преимущественное право в сценарии купли-продажи, преферент заключает с грантором договор о приобретении доли, по которому в качестве встречного предоставления он предоставляет грантору то, что согласилось предоставить в обмен на долю третье лицо. Если же грантор уже произвел отчуждение доли третьему лицу, проигнорировав преимущественное право

преферента, такой договор заключается в судебном порядке путем предъявления иска, именуемого иском о переводе прав и обязанностей по заключенному с третьим лицом договору. Иногда утверждается, что данный иск направлен на передачу договора (ст. 392.3 ГК РФ), и соответствующие договорные права и обязанности третьего лица переходят преференту. Другие ученые исходят из того, что в судебном порядке договор заключается между преферентом и третьим лицом о выкупе приобретенного имущества. Наконец, третья точка зрения состоит в том, что в судебном порядке при удовлетворении иска договор заключается между грантором и преферентом на условиях заключенного ранее грантором с третьим лицом договора (если некие иные условия такой новой сделки не оговорены законом или уставом). Как бы то ни было, если доля уже перешла в собственность третьего лица, а последнее осуществило встречное предоставление грантору (прежде всего, оплату), согласно российской судебной практике при предъявлении иска «о переводе прав и обязанностей» преферент предоставляет то встречное предоставление, которое он должен осуществить по заключаемому в судебном порядке договору напрямую третьему лицу (или вносит его в депозит суда), что упрощает, ускоряет «расшивку» этих «треугольных» отношений, и получает возможность отобрать долю у третьего лица. Догматическая основа этого отображения в контексте концепции, согласно которой в судебном порядке договор заключается между грантором и преферентом, вызывает споры. Одно из возможных обоснований состоит в том, что удовлетворение такого иска означает аннулирование распорядительного эффекта договора между грантором и третьим лицом и признание доли в качестве не перешедшей в имущественную массу третьего лица, что и открывает для преферента возможность истребовать долю у такого третьего лица. Но выдвигается и концепция обязательственной природы отображения доли у третьего лица. Этот аспект может оказаться важным в сценарии впадения третьего лица в банкротство. Но вопрос вызывает споры в российской науке.

При таком понимании данной конструкции преимущественное право работает только в ситуации, когда встречное предоставление со стороны третьего лица заключается в уплате денежной суммы или предоставлении иных определяемых родовыми признаками объектов (например, акции публичного АО). Ведь в иных ситуациях преферент просто не сможет обеспечить вручение грантору аналога того, что ему должно было передать третье лицо, либо возврат третьему лицу того, что оно ранее предоставило грантору в обмен на соответствующее имущество.

Подобное представление о механизме реализации преимущественного права в значительной степени снижает потенциал института, серьезно сокращает сферу его применения и провоцирует достаточно легкие способы его обхода, однако пока поддерживается правоприменительной практикой. Стоит только грантору заключить с третьим лицом договор об отчуждении доли в дар, договор мены доли на некий уникальный предмет, передать долю в обмен на услуги или работы, внести долю в уставный капитал общества или в качестве вклада в простое товарищество, предоставить ее в залог с оговоркой о *lex commissoria* и т.п., как механизм преимущественного права, приспособленный в основном для простых сделок купли-продажи, начинает давать сбой. Сценарий с предоставлением доли в качестве отступного является одним из таких проблемных вопросов.

Альтернативой могла бы быть иная концепция: внесение преферентом в любой ситуации за рамками купли-продажи (где за основу можно брать цену продажи) рыночной стоимости переданного третьему лицу имущества либо заранее определенной или определяемой согласно установленной в опубликованном соглашении между грантором и преферентом (в частности, в уставе общества, доля которого отчуждается) формуле. Как будет показано, данная модель может быть согласована в уставе ООО или публичного АО, но не действует здесь по умолчанию, а также пока отвергается применительно к общей долевой собственности.

Переход на эту альтернативную модель позволил бы обеспечить более эффективную реализацию преимущественных прав. И если в сценарии с оборотом доли в ООО или акций в непубличном АО это не самый актуальный вопрос, так как закон позволяет за счет установления в уставе заранее определенной цены выкупа или положений о необходимости согласования отчуждения доли третьим лицам по сделкам, отличным от купли-продажи, заблокировать разрушение закрытости корпорации, то в сюжете с общей долевой собственностью вопрос приобретает центральное значение, ибо ясных механизмов тонкой настройки установленного в законе правового режима преимущественного права в этом случае пока нет.

Решение данного вопроса во многом зависит от соотношения интересов преферента, грантора и третьего лица. Чем актуальнее защита интересов преферента в сохранении персонального состава сообщества собственников, тем больше оснований ограничивать свободу распоряжения долей за рамками самой стандартной модели купли-продажи, устанавливая для всех таких случаев право на принудительный выкуп доли по рыночной или заранее определенной цене. И в сценарии об-

шей долевой собственности (особенно на жилье) интересы преферента кажутся выраженными наиболее ярко. Реализация описанной модели как минимум в контексте общей долевой собственности среди прочего решила бы ряд нижеописанных проблем применения преимущественного права к отступному. Но такая модель пока в качестве универсальной не признана.

В то же время, как будет далее показано, преимущественное право может применяться к случаям передачи отступного и в рамках существующей сейчас концептуальной модели. Для этого лишь требуется функциональный взгляд на оформляемое между грантором и третьим лицом соглашение. Далее обсудим, как реализуется преимущественное право в контексте случаев передачи в качестве отступного доли в общей собственности, доли в ООО и акций в непубличном АО.

6.2. Доля в праве общей собственности на вещь

Согласно ст. 246 ГК РФ преимущественное право должно соблюдаться при всяком возмездном отчуждении доли в общей собственности на вещь, но в ст. 250 ГК РФ прямо упоминается о действии преимущественного права только при купле-продаже или мене. Это вызывало вопрос о применимости преимущественного права при передаче доли в общей собственности на вещь в качестве отступного.

В Определении от 11 ноября 2014 г. [№ 9-КГ14-7 СКГД ВС РФ](#) отказалась применять преимущественное право к случаям передачи отступного. Но в п. 7 Информационного письма от 21 декабря 2005 г. [№ 102 Президиум ВАС РФ](#) допускал применение в такой ситуации преимущественного права применительно к спору, когда за счет передачи доли в общей собственности на вещь погашается денежный долг.

В конечном счете и ВС РФ склонился к тому, что преимущественное право при передаче доли в общей собственности на вещь в погашении денежного долга работает (п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. [№ 6](#)).

6.2.1. Передача в качестве отступного доли в праве общей собственности в погашение денежного долга

Подразумеваемый механизм реализации преимущественного права на регулятивной стадии отношений (т.е. до передачи отступного в нарушение преимущественного права) применительно к сценарию передачи отступного в погашение денежного долга грантора перед третьим лицом состоит в следующем. Узнав о заключении грантором и третьим лицом соглашения об отступном или наличии желания грантора и третьего лица такое соглашение заключить, преферент выражает свою волю на реализацию преимущественного права и заключает с грантором договор купли-продажи доли. Цена

этого договора определяется размером долга грантора перед третьим лицом, погашение которого планировалось произвести путем передачи отступного (о возможном к обсуждению исключении из правила о равенстве цены выкупа размеру погашаемого долга см. п. 6.5 комментария к настоящей статье). Получив соответствующую сумму от преферента, грантор может вместо передачи отступного погасить свой исходный долг: даже если соглашение об отступном между грантором и третьим лицом уже заключено, факультативная модель соглашения об отступном опцию погашения исходного долга вместо передачи отступного допускает.

Если же грантор нарушил преимущественное право и произвел отчуждение доли, на охранительной стадии преферент в судебном порядке вводит в действие свой договор о выкупе доли, отбирает долю у третьего лица, выплачивая последнему соответствующую денежную сумму, равную сумме исходного денежного долга, который ранее был погашен путем передачи отступного (тем самым разворачивая распорядительный эффект передачи отступного и вручая кредитору то, что ему причиталось изначально).

Распространение в практике ВС РФ преимущественного права на случаи передачи отступного в счет погашения денежного долга вполне логично, так как в экономическом, сущностном плане передача доли в качестве отступного в такой ситуации мало чем отличается от продажи доли третьему лицу по цене, равной номиналу долга грантора перед третьим лицом, с зачетом долга по ее оплате к исходному долгу продавца. Было бы странно, если в последнем случае преимущественное право работало, а в ситуации передачи доли в качестве отступного в погашение денежного долга — нет.

Но как примерить такой вывод с положением ст. 246 ГК РФ о том, что преимущественное право применяется к сделкам, направленным на возмездное отчуждение доли? Является ли соглашение об отступном возмездным?

Ввиду «вторичного» характера соглашения об отступном оценивать на предмет возмездности (безвозмездности) необходимо само предоставление отступного, и такая оценка должна осуществляться не автономно, а в зависимости от соответствующей характеристики исходного прекращаемого отступным обязательства.

Например, если соглашение об отступном направлено на прекращение обязательства по осуществлению безвозмездного денежного предоставления дарственной природы (прежде всего обязательства дарителя из консенсуального договора дарения), предоставление отступного, видимо, также должно рассматриваться как безвозмезд-

ное предоставление и, видимо, не предполагает соблюдение правил о преимущественном приобретении. То, что даритель вместо передачи обещанного денежного дара договорился с одаряемым о передаче ему доли, не меняет дарственную природу такого предоставления. Это просто сущностно ничем не отличается от изначального заключения соглашения о дарении доли, на которое преимущественное право по смыслу ГК РФ не распространяется. Хотя данный тезис иногда в науке подвергается сомнению, он представляется справедливым.

Напротив, если соглашение об отступном направлено на прекращение обязательства грантора перед третьим лицом по осуществлению денежного предоставления из возмездного договора (например, по оплате товара по договору купли-продажи, подряда или оказания услуг), предоставление отступного следует рассматривать в качестве возмездного предоставления. Соответственно, в последнем случае при использовании в качестве отступного доли в праве собственности на вещь требуется соблюдение правил ст. 250 ГК РФ.

Но что, если обязательство, погашаемое путем предоставления отступного, состоит в погашении долга поручителем, выплате по независимой гарантии; возврате ранее полученного предоставления (например, возврате займа); возмещении понесенных расходов поверенного, убытков в связи с нарушением договора или деликтом; уплате начисленной неустойки, компенсационной реституции, кондикции; возврате полученной предоплаты в связи с расторжением договора и т.п.? Как представляется, во всех этих случаях следует говорить о возмездном характере предоставления и применимости преимущественного права.

Предоставление доли в праве общей собственности в качестве отступного по обязательству возврата суммы займа, возникшему из возмездного договора займа, очевидно, предполагает необходимость соблюдения правил о преимущественном приобретении (п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102, Определение СКГД ВС РФ от 21 августа 2018 г. № 33-КГ18-4), поскольку формально выполняется критерий возмездности. Но требуется ли соблюдение этих правил, если в аналогичной ситуации первоначальное обязательство по возврату займа возникло из договора безвозмездного (беспроцентного) займа? Буквальная интерпретация предписаний ст. 246 ГК РФ может подталкивать к отрицательному ответу. Однако такое решение выглядит сомнительным и бессистемным, ибо в существе обязанности по возврату суммы займа ничего не меняется в зависимости от возмездности / безвозмездности договора. Очевидно, что преимущественное право должно работать при передаче

доли в качестве отступного в погашение и таких обязательств. Но как это обосновать догматически?

Во-первых, можно рассуждать следующим образом. Поскольку целями института преимущественного приобретения доли в праве общей собственности являются защита интересов сосособственников (ограничение доступа в их состав иных лиц, интерес сосособственника на укрупнение собственности), а также принципиальная возможность трансформации долевой собственности «как нестабильного юридического образования» в собственность единоличную (см. Определение СЭКС ВС РФ от 4 июня 2020 г. № 306-ЭС19-22343), следует телеологически истолковать норму ст. 246 ГК РФ, признав, что предписания о преимущественном приобретении являют собой не сферу прямо дозволенного законом, не исключение из общего порядка отчуждения доли в праве собственности, а общие правила такого отчуждения. И в ситуации, когда нет особых резонов для исключения (каковые мы имеем в случае с завещанием или дарением, когда действие преимущественного права грубо нарушало бы интерес и дарителя-отчуждателя доли, и одаряемого), общие правила о преимущественном приобретении подлежат применению. При таком подходе предоставление доли в праве общей собственности в качестве отступного по обязательству возврата займа требует соблюдения правил ст. 250 ГК РФ о преимущественном приобретении. Если воспринимать преимущественное приобретение как общее правило, регулирующее порядок отчуждения доли в праве собственности, это общее правило должно распространяться и на описанные ситуации, поскольку никаких причин для установления изъятия из него данная ситуация не предполагает.

Но такое рассуждение приводит к выводу о том, что преимущественное право в отношении доли в общей собственности должно применяться к любым правовым основаниям отчуждения *inter vivos*, кроме дарения, включая, скажем, внесение в уставный капитал. *De lege ferenda* в таком рассуждении есть смысл, если применительно к самому преимущественному праву реализовать модель выкупа доли по рыночной цене, отступая от идеи идентичности условий выкупа и условий заключенного с третьим лицом договора. Но пока эта модель генеральным образом в российской судебной практике не реализована.

Во-вторых, если мы отвергаем такое генеральное решение, то можно двигаться иным путем и исходить из того, что передача отступного в погашение любого денежного долга, структурирующего как встречное предоставление по синаллагматическому договору, так и возвращение полученного, возврат неосновательного обогащения, реституцию, возмещение расходов или убытков, выплату неустойки и т.п., носит

для целей применения института преимущественного права *возмездный* характер, так как реализует *возмещение*, направлено на восстановление попорченного имущественного баланса и воплощение идеи корректирующей (коммутативной) справедливости. То же касается и погашения путем передачи отступного денежного долга поручителя или гаранта, страховщика и т.п.

Как бы мы ни рассуждали, тезис ВС РФ о применимости преимущественного права к ситуации с погашением денежного долга (за некоторыми исключениями вроде случая погашения денежного долга, вытекающего из консенсуального договора дарения) путем передачи отступного работает.

6.2.2. Передача в качестве отступного доли в праве собственности на вещь в погашение неденежного обязательства

Но что, если исходный долг был неденежным? В п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 применительно к такой ситуации срабатывание преимущественного права при погашении долга путем передачи отступного прямо не блокируется, но и не упоминается. Суд говорит только о погашении денежного долга. Означает ли это, что при погашении неденежного обязательства (по оказанию услуг, выполнению работ, передаче имущества и т.п.) путем передачи в качестве отступного доли преимущественное право приобретения доли не работает?

Часто утверждается, что это именно так. Но на самом деле и в такой ситуации преимущественное право приобретения доли в общей собственности может работать в двух случаях.

Во-первых, однозначно следует распространять действие преимущественного права и на те случаи, когда доля передается на возмездных началах (при широком понимании возмездности) в счет погашения неденежного обязательства грантора перед третьим лицом по отчуждению имущества, определяемого родовыми признаками. Это не вызывает сомнений как минимум в тех случаях, когда вопрос о качестве такого имущества не актуален, а само это имущество может восприниматься в этом контексте как аналог денег (акции ПАО, облигации того или иного выпуска, криптовалюта и т.п.). Например, если по договору между грантором и третьим лицом грантор должен был продать третьему лицу акции ПАО, но далее они договорились о погашении этого обязательства по передаче акций путем предоставления в качестве отступного доли в общей собственности, преферент может реализовать свое преимущественное право, предоставив грантору или третьему лицу (последнее, если тот уже получил долю и ранее уже уплатил цену акций грантору) необходимое количество акций данного

ПАО. Эта ситуация сущностно ничем не отличается от передачи доли в погашение денежного обязательства: либо грантор в обмен на долю получит от преферента те самые акции, которые он был обязан передать третьему лицу на основании исходного обязательства, и получает возможность исполнить последнее, либо, если грантор уже произвел отчуждение доли третьему лицу, эти акции будут предоставлены преферентом третьему лицу, тем самым удовлетворив его исходное договорное притязание. В итоге третье лицо по итогам реализации преимущественного права получает предмет того предоставления, к которому изначально был обязан грантор, его интерес существенно не страдает, как не страдает и интерес грантора, а при этом преферент получает возможность защитить свой интерес, предотвратив появление нежелательных «чужаков» в соответствующей квартире, являющейся объектом общей долевой собственности.

Во-вторых, преимущественное право должно работать, если погашаемое путем передачи доли в качестве отступного неденежное обязательство, хотя и не состояло в передаче некоего стандартизированного и определяемого родовыми признаками имущества, но являлось элементом синаллагматического договора, и встречным предоставлением, причитающимся грантору по такому договору, были либо уплата цены, либо передача имущества, определяемого родовыми признаками. Речь идет о ситуациях, когда суть исходного заключаемого грантором и третьим лицом соглашения состояла в том, что в обмен на оплату третьим лицом фигурирующей в исходном договоре цены (или передачу в качестве встречного предоставления имущества, определяемого родовыми признаками) грантор был должен осуществить некое неденежное предоставление с уникальным предметом (например, по выполнению работ, оказанию услуг, отчуждению индивидуально-определенной вещи), но далее договорился с третьим лицом о том, что это свое обязательство он погашает путем передачи доли в качестве отступного. Если присмотреться к такой ситуации, мы увидим, что уплата третьим лицом цены (или передача имущества, определяемого родовыми признаками) после передачи в качестве отступного доли в конечном счете осуществляется в обмен на эту долю. Функционально итог, к которому после передачи доли в собственность третьего лица приходят отношения сторон, мало чем отличается от того, к которому отношения грантора и третьего лица пришли бы, если бы они изначально заключили и исполнили в отношении доли договор купли-продажи или договор мены: в результате всех манипуляций от грантора к третьему лицу перешла доля в общей собственности, а третье лицо взамен предоставило или должно предоставить цену либо иное имуще-

ство, определяемое родовыми признаками. Более того, грантор будет нести ответственность перед третьим лицом за качество переданного имущества по правилам о купле-продаже (п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Можно спорить, означает ли это, что после передачи отступного происходит трансформация договорного типа по факту передачи отступного, что может иметь важное значение для определения применимых правил не только в отношении санкций за ненадлежащее качество, но и в отношении порядка исполнения встречного обязательства третьего лица, получившего отступное, порядка расторжения договора, расчета убытков при расторжении, исковой давности по искам и т.п. Но в любом случае очевидно, что функционально возникший в результате передачи отступного результат в таком случае мало чем отличается от сюжета с продажей доли или ее обменом на имущество, определяемое родовыми признаками. Следовательно, применяя функциональный метод, мы должны и на такой случай распространить действие преимущественного права.

На это могут возразить, что распространение преимущественного права на такие ситуации фактически заблокирует для грантора и третьего лица возможность урегулировать неденежный долг грантора путем передачи доли в качестве отступного. Действительно, в случае применения преимущественного права к ситуации погашения за счет отступного денежного долга на охранительной стадии третье лицо получит в итоге платеж, равный размеру его денежного требования, т.е. то, на что он рассчитывал изначально, а в случае срабатывания преимущественного права на регулятивной стадии грантор получит от преферента соответствующую сумму, которая окажется достаточной для погашения исходного денежного долга. В ситуации же применения преимущественного права в контексте использования отступного в качестве средства погашения грантором своего неденежного обязательства, осуществляемого в обмен на денежное предоставление третьего лица (или передачу имущества, определяемого родовыми признаками), грантор на регулятивной стадии получит от преферента сумму, равную цене, которая ему причиталась или уже была получена от третьего лица, или соответствующее количество определяемого родовыми признаками имущества, которое третье лицо должно было передать или передало грантору. Но как это поможет грантору погасить свое неденежное обязательство перед третьим лицом? Если же мы находимся уже на охранительной стадии, когда третье лицо уже получило долю в качестве отступного, и при этом третье лицо уже осуществило свое предоставление грантору, передача третьему лицу преферентом соответствующей суммы или аналогичного объема имущества, пере-

данного ранее третьим лицом грантору в рамках исходной программы их договорных правоотношений, не вручает третьему лицу то, на что он рассчитывал, а, по сути, навязывает расторжение договора с грантором и возврат ему собственного предоставления. В итоге распространение преимущественного права в отношении такой ситуации ограничит распорядительные возможности грантора использовать свою долю в качестве предмета отступного, погашающего его неденежное обязательство.

Но это возражение не кажется решающим. Да, некоторое ограничение распорядительных возможностей грантора в такой ситуации наблюдается, но оно не носит критический характер. Просто грантор должен учесть риск реализации преимущественного права преференantom, договариваясь с третьим лицом о передаче ему доли в качестве отступного, и согласовать с третьим лицом, что в случае реализации преференantom преимущественного права предмет отступного будет заменен на возврат того предоставления, которое третье лицо ранее в пользу грантора осуществило (например, на возврат уплаченной цены). В подавляющем большинстве случаев третье лицо, в стандартной ситуации заключившее соглашение об отступном уже на фоне просрочки грантора по его обязательству и осознавая риски не получить от грантора вовсе ничего, будет только счастливо столкнуться с такой перспективой гарантированного возврата ему той цены, которую оно ранее заплатило грантору.

6.2.3 Промежуточные итоги

Если принять эту логику, то мы приходим к выводу о том, что преимущественное право на приобретение доли в общей собственности работает в отношении передачи такой доли в качестве отступного в погашении, во-первых, денежного долга грантора перед третьим лицом (кроме, возможно, редкого случая, когда сам долг состоял в передаче денежного дара), а, во-вторых, неденежного обязательства грантора перед третьим лицом, но последнее если а) это исходное неденежное обязательство состояло в передаче некоего стандартизированного имущества, определяемого родовыми признаками (при условии, что интерес третьего лица в получении качественного предоставления не страдает в результате того, что оно получает данное имущество не от грантора, а от преферента), либо б) исполнение исходного неденежного обязательства грантора должно было осуществляться в обмен на встречное предоставление со стороны третьего лица в виде уплаты цены или передачи определяемого родовыми признаками имущества. Во всех этих случаях используемые конструкции могут быть сведены функционально (необязательно догматически) к итогу, который был

бы получен за счет заключения договоров купли-продажи доли или обмена доли на имущество, определяемое родовыми признаками.

В результате не подпадающим под действие преимущественного права оказываются те редчайшие случаи передачи доли в качестве отступного, когда либо погашаемый за счет отступного денежный долг носит дарственную каузу, либо когда этот долг носил неденежный характер и не срабатывают вышеуказанные условия для реализации преимущественного права в таком сценарии. Например, преимущественное право даже с учетом предлагаемых выше расширений сферы его применения, видимо, не сработает, если путем передачи доли в качестве отступного погашался долг грантора перед третьим лицом по отчуждению уникальной вещи в обмен на отчуждение иной уникальной вещи, оказание третьим лицом услуг или выполнение работ. Для того чтобы распространить преимущественное право и на такие случаи, необходим переход к иной концептуальной модели функционирования преимущественного права, состоящей в выкупе по рыночной или заранее определенной цене при любом недарственном отчуждении. Такая опция доступна в сценарии с оборотом долей в ООО или акций в непубличном АО при наличии специальных положений устава на сей счет, но пока недоступна в сценарии с отчуждением доли в общей собственности.

6.3. Доля в ООО

Применение правил о преимущественном приобретении в вышеизложенной интерпретации выглядит оправданным и при использовании в качестве отступного доли в уставном капитале ООО (если устав ООО не исключает преимущественное право). Однако судебная практика нижестоящих судов в данном вопросе долгое время шла иным путем. В отсутствие в корпоративном законодательстве общих норм, касающихся применения преимущественного права в отношении возмездного отчуждения долей (аналога ст. 246 ГК РФ для общей долевой собственности на вещь), правила о преимущественной покупке (п. 4 и 5 ст. 21 Закона об ООО), говорящие лишь о купле-продаже, зачастую толковались буквально и применялись только для случаев купли-продажи доли.

При таком подходе при использовании в качестве отступного доли в уставном капитале ООО соблюдение правил о преимущественном приобретении, по мнению многих судов, не требовалось.

Этот подход выглядел крайне сомнительно. Будучи предельно формальным, он не учитывал целей, стоящих перед институтом преимущественного приобретения (защиты интересов участников общества в стабильности их состава, ограничении доступа в состав участников

третьих лиц), и создавал очевидный способ обхода правил о преимущественном приобретении.

В корне ситуацию изменило Постановление от 11 июня 2020 г. № 6, в п. 7 которого Пленум ВС РФ универсальным образом распространил правила о преимущественной покупке на случаи передачи в качестве отступного в целях погашения денежного долга любого имущества, в отношении которого действует такое право (т.е. в том числе и долей в ООО).

Конечно, как уже отмечалось, нельзя не отметить, что в этом разъяснении ВС РФ из-под действия преимущественного права приобретения не были изъяты случаи безвозмездной дарственной передачи соответствующего имущества в качестве отступного (когда с помощью отступного прекращается обязательство из консенсуального договора дарения). Однако, думается, это ограничение может быть найдено правоприменительной практикой, да и в целом случай передачи доли в ООО в качестве отступного в целях погашения долга по предоставлению дара по консенсуальному договору дарения кажется предельно маргинальным.

Кроме того, так же как и в случае с долей в общей собственности, преимущественное право приобретения доли в ООО может по умолчанию применяться и при передаче доли в качестве отступного в погашение неденежного долга, например, если встречным предоставлением по договору, который заключали грантор и третье лицо, являлась уплата третьим лицом цены или передача имущества, определяемого родовыми признаками, а также в случае, когда исходное обязательство грантора, погашаемое путем передачи в качестве отступного доли, состояло в отчуждении в пользу третьего лица, имущества, определяемого родовыми признаками (скажем, акций публичного АО).

Иначе говоря, ВС РФ наметил синхронизацию применения правил о преимущественном приобретении в отношении отступного в виде доли в ООО с соответствующими правилами, действующими для ситуации, когда в качестве отступного предоставляется доля в праве общей собственности, и эту синхронизацию следует провести предельно последовательно, так как оснований для дифференциации нет. Поэтому все сказанное выше в п. 6.2 комментария к настоящей статье релевантно и для рассматриваемой ситуации.

В результате выпадающими за рамки действия преимущественного права в его базовой и действующей по умолчанию «комплектации» в сценарии с передачей доли в ООО в качестве отступного оказываются достаточно редкие случаи. Эту лакуну также можно было бы закрыть, если бы по умолчанию в любых ситуациях, когда в качестве цены вы-

купа доли нельзя использовать денежную оценку, которую закрепили в своем договоре грантор и третье лицо, можно было теоретически считать возможным использовать рыночную оценку. Но пока на данный шаг ВС РФ не решился ни в контексте преимущественного права по ст. 250 ГК РФ, ни в сценарии отчуждения доли в ООО.

При этом сами участники эту лазейку могут перекрыть в уставе. Для того чтобы доля в ООО не была отчуждена в качестве отступного в тех редких ситуациях, когда мы не можем функционально выйти на аналог купли-продажи или обмена доли на имущество, определяемое родовыми признаками, могут использоваться нормы п. 2, 10, абзаца третьего п. 18 ст. 21 Закона об ООО, которые допускают установление в уставе а) необходимости получения согласия участников на любое распоряжение долей, а не только куплю-продажу, а также б) права на принудительный выкуп обществом доли, отчужденной без необходимого согласия. Например, СКЭС ВС РФ признал возможным в уставе установить необходимость получения согласия других участников на переоформление доли на супругу при разделе общего имущества супругов (Определение СКЭС ВС РФ от 6 апреля 2021 г. № 305-ЭС20-22249). Такой опции применительно к обороту доли в общей собственности закон не знает.

Стоит также обратить внимание и еще на один важный нюанс правового режима преимущественного права в отношении доли в ООО, который может иметь значение в отношении передачи доли в качестве отступного. Согласно п. 4 ст. 21 Закона об ООО в уставе общества может быть согласована заранее определенная цена или формула ее определения, по которой преферент будет реализовывать преимущественное право. Преломление этого инструмента в отношении сценария с отступным будет означать, что преферент не связан либо а) тем размером денежного долга грантора перед третьим лицом, который погашался путем отчуждения доли в качестве отступного в нарушение преимущественного права, либо б) размером встречного денежного долга третьего в сценарии, когда передача доли в качестве отступного была суррогатом исполнения исходного неденежного обязательства грантора перед третьим лицом по возмездному договору, в рамках которого третье лицо должно было уплатить или уже уплатило цену. Эта опция пока применительно к отчуждению доли в общей собственности не признана, хотя при условии опубликования соответствующего соглашения сосособственников мы могли бы выйти на аналогичное решение.

6.4. *Акции закрытых акционерных (непубличных) обществ*

Судебная практика в отношении соглашений об отступном, предметом которых выступали акции закрытых акционерных (непублич-

ных) обществ, ранее отрицала необходимость соблюдения правил о преимущественном приобретении. В п. 1 Информационного письма от 25 июня 2009 г. № 131 Президиум ВАС РФ, буквально истолковав действовавшие на тот момент предписания Закона об АО о «преимущественном праве покупки», отказался распространять их на иные, нежели купля-продажа, случаи отчуждения акций закрытых акционерных (непубличных) обществ.

Однако в настоящее время эта практика в значительной степени скорректирована. Как известно, сейчас применительно к непубличным АО преимущественное право не действует по умолчанию, а должно быть согласовано в уставе такого общества. При этом согласно актуальной редакции п. 3 ст. 7 Закона об АО уставом непубличного общества может быть предусмотрено, что при отчуждении акций «по иным, чем договор купли-продажи, возмездным сделкам (включая отступное)» преимущественное право приобретения его акционерами (обществом) акций осуществляется *только* по цене, которая или порядок определения которой установлены уставом общества. Согласно абзацу третьему п. 4 ст. 7 Закона об АО при отчуждении акций непубличного общества с нарушением преимущественного права акционеры, имеющие такое преимущественное право, либо само общество вправе потребовать в судебном порядке передачи им отчужденных акций с выплатой их приобретателю цены, определенной в уставе (или порядок определения которой установлен уставом), если доказано, что приобретатель знал или должен был знать о наличии в уставе общества положений о преимущественном праве.

Иначе говоря, при согласовании в уставе непубличного АО преимущественного права участники могут распространить последнее и на отступное (причем независимо от того, какое обязательство путем передачи акций в качестве отступного погашается) за счет установления заранее определенной (или определенной согласно установленной в уставе формулы) цены выкупа.

Но означает ли это, что при отсутствии в уставе непубличного АО положения о заранее определенной цене выкупа или формулы ее определения установленное в уставе преимущественное право в своей базовой «комплектации» не распространяется на передачу акций в качестве отступного в погашение денежного долга или неденежного обязательства в тех случаях, когда срабатывание преимущественного права можно помыслить в отношении последних (о таких случаях см. п. 6.2 комментария к настоящей статье)? Выше было показано, что в контексте преимущественного права в отношении доли в общей собственности на вещь и доли в ООО мы можем обосновать сраба-

тывание преимущественного права и в таком сценарии с отступным, а «выкуп» приобретенных акций будет осуществляться преферентом либо по номиналу погашаемого передачей отступного денежного долга грантора, либо путем натурального предоставления за грантора того стандартизированного имущества, которое по изначальному обязательству должен был продать грантор (например, акции другого АО), либо путем уплаты суммы, равной ранее осуществленному в пользу грантора третьим лицом встречному денежному предоставлению (или передачи соответствующего количеством родовых вещей или иного имущества, определяемого родовыми признаками, которые третье лицо ранее передало грантору). Было бы странно, что в отношении акций непубличного АО было бы реализовано иное решение.

Кроме того, п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 прямо распространил преимущественное право на случай передачи имущества в качестве отступного как минимум в целях погашения денежного долга, причем сделал это генеральным образом, не уточняя, что речь идет только о доле в общей собственности или доле в ООО. Соображения системной согласованности вызывают к унификации решений. Впрочем, надо признать, что буквальное прочтение абзаца первого п. 3 ст. 7 Закона об АО не очень совместимо с таким выводом (особенно фраза «только»). Так что вопросы о возможности такой унификации без изменения закона и о наличии оснований для толкования *contra legem* носят спорный характер.

Остается только подчеркнуть, что судьба участников непубличного АО в их руках, так как закон дает им возможность придать преимущественному праву эффективность в отношении сценария с отступным, указав на формулу определения цены выкупа. В частности, в уставе может быть установлено, что при передаче акций в качестве отступного в целях погашения денежного долга цена выкупа будет определяться по размеру долга, который погашен путем передачи отступного, или по рыночной стоимости переданного пакета акций (в зависимости от того, какой из указанных показателей меньше), а в сценарии передачи акций в качестве отступного в погашение неденежного обязательства по синаллагматическому договору цена выкупа будет равна номиналу встречного денежного предоставления или рыночной оценке встречного неденежного предоставления.

6.5. Размер цены выкупа при реализации преимущественного права после передачи отступного

Наконец, еще один вопрос связан с размером предоставления, которое должен совершить преферент, желающий защитить свое преимущественное право в рассматриваемой ситуации. Данная проблема

вызвана отсутствием требования объективной эквивалентности стоимости предмета отступного и величины первоначального обязательства, прекращаемого предоставлением отступного. Указанные величины могут не совпадать между собой.

Например, представим, что рыночная стоимость предмета отступного составляет 120 (альтернативный вариант – 80), а размер первоначального обязательства – 100. Каков должен быть размер предоставления преферента, желающего реализовать принадлежащее ему преимущественное право, в адрес третьего лица, чье денежное требование было погашено таким отступным в подобной ситуации? Иногда предлагается определять соответствующую величину исходя из размера прекращенного первоначального денежного обязательства (т.е. в обоих приведенных выше примерах – 100). Подобный подход представляется разумным в качестве общего правила. Если грантор и третье лицо согласились на прекращение первоначального обязательства предоставлением соответствующего отступного, очевидно, что для них стоимость отступного субъективно эквивалентна стоимости (размеру) основного обязательства. Поскольку реализация (защита) преимущественного права преферента не должна по общему правилу как минимум грубо нарушать имущественный интерес третьего лица, «выкуп» отступного преферентом у третьего лица должен происходить исходя из размера погашенного первоначального обязательства.

Вместе с тем нельзя не заметить, что соответствующее разъяснение не попало в финальный текст п. 7 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, хотя данный вопрос и обсуждался при подготовке данного постановления. А потому, видимо, судебная практика далека пока от окончательного ответа на данный вопрос.

Если принять вышеуказанное решение в качестве общего правила, не стоит ли сделать исключение для ситуаций, когда объективная стоимость отступного существенно, драматически ниже размера долга, а это бывает достаточно часто? По сути, принимая в качестве отступного в погашение долга на 1000 то, что объективно стоит 100, кредитор *de facto* прощает значительную часть долга. По сути, тот же результат был бы, если бы стороны договорились о том, что должник передает в качестве отступного имущество на 100 в целях погашения части долга, равной 100, и при условии такой передачи оставшаяся часть долга (900) считается прощенной. Если кредитор фактически простил должнику долг размером в 900, разве справедливо было бы вынуждать преферента платить за долю, которая стоит 100, в десять раз больше? Кажется, что это просто заблокирует реализацию преимущественного права и не соответствует балансу интересов преферента, чей интерес

в сохранении закрытого состава соответствующего сообщества закон охраняет, и некоего кредитора грантора, который согласился принять от него, скажем, долю в праве собственности на квартиру стоимостью 100 в счет погашения долга грантора размером в 1000.

Если у грантора перед третьим лицом долг о возврате кредита на 1000, но кредитор согласился принять в качестве отступного долю в праве собственности на помещение, рыночная стоимость которой 100, очевидно, что преферент практически никогда не решится реализовать свое преимущественное право в такой ситуации. Эта ситуация может показаться ненормальной.

Впрочем, вопрос крайне спорный, так как у третьего лица может быть интерес в получении именно данной доли, и только это могло подвигнуть на то, чтобы фактически списать 90% долга. На это можно было бы ответить, что грантор и третье лицо могут договориться, что при реализации преферентом преимущественного права долг в оставшейся части (900) восстановится (как минимум на будущее). Но в целом следует признать, что пока данный вопрос остается в числе не вполне проясненных.

Эти же соображения с необходимыми адаптациями применимы и к тем случаям, когда доля передается в качестве отступного в погашение неденежного обязательства грантора перед третьим лицом.

Кроме того, не стоит забывать, что описанная проблема и ее решение тесно связаны с пониманием модели реализации преимущественного права и релевантны лишь для господствующей сегодня модели, согласно которой реализация преимущественного права на охранительной стадии состоит в предоставлении преферентом третьему лицу аналога задолженного (см. выше). При иной парадигме, например, при восприятии такой реализации как внесения преферентом рыночной стоимости переданной третьему лицу в нарушение преимущественного права доли, очевидным решением для случая применения преимущественного права к отступному будет ориентир на указанную рыночную стоимость переданной доли, вне зависимости от размера погашаемого путем передачи отступного обязательства.

Кроме того, описанная выше проблема снимается, если в уставе ООО или НПАО установлена цена выкупа доли при ее приобретении третьим лицом в нарушение преимущественного права. В таком случае интерес третьего лица игнорируется, и ему будет выплачена лишь установленная в уставе цена выкупа. Если последняя ниже номинала погашенного путем передачи отступного долга, третье лицо будет предъявлять соответствующие претензии должнику. Здесь, видимо, может обсуждаться в качестве общего правила взыскание третьим

лицом с грантора разницы между размером погашенного долга и полученной от преферента цены выкупа.

7. Последствия обнаружения недостатков отступного: модель регулирования

Сложный вопрос возникает при обнаружении в предоставленном предмете отступного физических или юридических недостатков. В подобной ситуации исходно мыслимы две полярные модели защиты интересов кредитора: восстановление первоначального обязательства или ответственность должника, предоставившего предмет отступного с недостатками, за эти недостатки. Выбор между этими стратегиями является в значительной степени политико-правовым. И с этой точки зрения восстановление первоначального обязательства выглядит куда менее удачным решением. Восстановление обязательства является собой достаточно алогичный и противоречивый феномен, порождающий крайне сложные вопросы об исчислении исковой давности, судьбе обеспечений и пр. (см., например, комментарий к п. 2 ст. 417 ГК РФ). И чем дальше отстоят друг от друга во времени моменты «прекращения» и восстановления обязательства, тем шире круг этих вопросов и сложнее их решение, тем больше интересов третьих лиц (например, лиц, ранее предоставивших обеспечение по ныне восстанавливаемому обязательству, их кредиторов, контрагентов) подвергаются угрозе нарушения, тем выше дестабилизирующий фактор такого восстановления для оборота в целом. Не случайно, что многие правовые порядки (в частности, Германии, дореволюционной России), столкнувшись с необходимостью решения вопроса о последствиях обнаружения недостатков в предмете отступного, отвергают вариант восстановления первоначального обязательства.

7.1. Ответственность за скрытые недостатки предмета отступного

С учетом сказанного выше вполне логично, что ВС РФ также отверг вариант восстановления и выбрал вариант ответственности за качество. В п. 6 Постановления Пленума от 11 июня 2020 г. № 6 ВС РФ указывает: «Если предложенное отступное не соответствует соглашению сторон, а при отсутствии специальных указаний в соглашении – обычно предъявляемым требованиям, кредитор вправе отказаться от приемки ненадлежащего отступного, предложенного должником» (абзац первый). Далее он уточняет: «В случае если в принятом кредитором отступном будут обнаружены скрытые недостатки, то он вправе воспользоваться средствами защиты, предусмотренными правилами о соответствующем этому предоставлению договоре...» (абзац второй).

Таким образом, если в качестве отступного предоставлено имущество (вещи или имущественные права) ненадлежащего качества, за эти недостатки должник отвечает как «продавец», а кредитор может воспользоваться средствами защиты, указанными в ст. 460, 461, 475 ГК РФ. Если же в качестве отступного предоставлено, например, выполнение работ или оказание услуг (при всей спорности использования такого предоставления в качестве предмета отступного), то при последующем обнаружении недостатков должник отвечает за них по правилам о последствиях осуществления некачественного предоставления по договору подряда или оказания услуг (ст. 723 ГК РФ).

При этом положения о «договорах, соответствующих сделанному в качестве отступного предоставлению» применяются в рассматриваемом случае *mutatis mutandis*, а кредитор может воспользоваться только такими способами защиты, которые не противоречат существу складывающихся отношений.

В частности, сама принципиальная возможность ответственности должника за недостатки предоставленного отступного может исключаться природой (существом) первоначального обязательства. Например, в российской доктрине распространен подход, согласно которому даритель не несет ответственности за недостатки предмета дарения по модели защиты позитивного интереса, если таковые не спровоцировали вред личности или имуществу потерпевшего и не применимы специальные правила ст. 580 ГК РФ («дареному коню...»). Этот подход косвенно подтверждается правилами п. 3 ст. 576 ГК РФ. Если принять такую позицию, то ответственность за недостатки предмета отступного, предоставление которого призвано прекратить обязательство дарителя из консенсуального договора дарения, также должна быть исключена. Иное приводило бы к достаточно абсурдному решению, что ответственность за недостатки отступного оказывается более строгой по сравнению с ответственностью за недостатки предмета первоначального обязательства. Косвенно реализацию этой идеи можно увидеть в разъяснениях абзаца второго п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, где указано на возможность использования «средств защиты, предусмотренных правилами о соответствующем этому предоставлению договоре, если иное не вытекает из существа обязательства», а в качестве иллюстрации приведен пример, связанный с предоставлением отступного именно по возмездному договору.

Обсудим дальше доступные кредитору средства защиты в случае передачи в погашение исходного долга, вытекавшего из синаллагматического договора, кондикционного или реституционного обязательства, обязательства возместить убытки или иного обязательства,

не опосредовавшего дарственное предоставление имущества, обладающего теми или иными качественными дефектами, а также передачи в качестве отступного для погашения таких обязательств имущества без переноса права собственности и последующей эвикции.

7.1.1. Убытки и соразмерное снижение цены при наличии скрытых дефектов

Если в качестве отступного в погашение долга, не представлявшего собой дарственное предоставление, передано имущество со скрытыми дефектами, кредитор, безусловно, может потребовать возмещения своих расходов на устранение дефектов (п. 1 ст. 475 ГК РФ). Также нет особых сомнений в том, что кредитор может потребовать возмещения и иных убытков, направленных на защиту позитивного договорного интереса. Специальные правила о купле-продаже такую меру не упоминают, так как законодатель осознавал, что вполне достаточно общего положения об ответственности за нарушение обязательства по правилам п. 2 ст. 393 ГК РФ. Эта норма восполняет специальный правовой режим всех поименованных и непоименованных договоров. Поэтому очевидно, что данная норма применима и в ситуации передачи некачественного отступного. Возмещение расходов на устранение дефекта – это просто частный случай возмещения убытков по модели защиты позитивного договорного интереса. Помимо этого, кредитор может взыскать и упущенную выгоду.

То же касается и ситуации, когда у вещи имелись те или иные юридические недостатки (например, несогласованная перепланировка) либо она была обременена правами третьих лиц (например, залог) вопреки оговоренным или подразумеваемым условиям соглашения об отступном.

Право на соразмерное уменьшение цены (п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 460 ГК РФ) в контексте отступного потребует некоторых адаптаций. Сложность состоит в том, что в российском праве до сих пор не прояснено, как рассчитывается глубина снижения цены в контексте самой обычной купли-продажи и является ли соразмерное уменьшение цены особым способом защиты права (как в Германии, Нидерландах и многих других континентально-европейских странах согласно Венской конвенции 1980 г. или Модельным правилам европейского частного права) или это просто напоминание о возможности взыскания убытков по модели возмещения позитивного договорного интереса в виде разницы между реальной стоимостью полученного некачественного предоставления и той стоимостью полученного, которая имела бы в случае качественного предоставления (как то имеет место в английском праве).

В рамках доминирующего в континентально-европейском праве и отраженного в Венской конвенции 1980 г. и Модельных правилах европейского частного права подхода соразмерное снижение цены — это особый способ защиты права, направленный не на возмещение убытков, а на восстановление эквивалентности синаллагмы. В силу применения доминирующего в этих странах и отраженного в указанных унификационных источниках пропорционального подхода в контексте купли-продажи необходимо определить пропорцию соотношения реальной рыночной стоимости проданного дефектного товара и рыночной стоимости товара, свободного от дефекта, а далее данную пропорцию применить к цене договора, определив тем самым величину, которую покупатель может не доплатить продавцу или потребовать вернуть (если оплата была уже произведена). Например, если цена договора 95 и был поставлен дефектный товар, рыночная цена которого с учетом дефекта 90, а рыночная цена товара, который был бы лишен данного недостатка, равна 100, то получается, что реальная цена поставленного дефектного товара ниже рыночной цены того товара, который должен был быть поставлен, на 10%. Соответственно, мы исходим из того, что договорная цена товара, равная 95, уменьшается на 10%, и в случае, если цена была уже уплачена, продавец должен вернуть покупателю 9,5, а если еще не уплачена — уменьшить размер своего долга на те же 9,5.

В английском праве в такой ситуации применялся бы обычный вариант взыскания убытков по модели защиты позитивного интереса, который отличается от вышеуказанной формулы тем, что продавцу пришлось бы уплатить покупателю в качестве убытков не 9,5, а 10, так как размер убытков определяется не пропорцией соотношения рыночной цены качественного и рыночной цены реально поставленного, а абсолютным значением разницы между этими величинами.

Какая модель расчета действует в России, неясно.

Если предположить, что в России работает континентально-европейская пропорциональная модель, преломление этого подхода в контексте специфики отступного потребует определить на первом шаге соотношение рыночных цен подлежащего передаче качественного и реально переданного некачественного имущества и высчитать пропорцию соотношения этих величин, а на втором — применить эту пропорцию к размеру долга, который был погашен путем передачи отступного. Например, если реально переданный объект недвижимости с учетом скрытых дефектов стоит 2,7 млн руб., что на 10% ниже рыночной стоимости такого же объекта, который не страдал бы таким дефектом (3 млн руб.), а размер погашенного долга был равен 10 млн руб., должник должен

будет уплатить кредитору 1 млн руб. (10% от 10 млн). Это крайне важно, если учесть, что на практике в счет погашения долга часто передается имущество, которое ниже по рыночной стоимости, чем номинал погашаемого долга. В нашем примере, если рыночная цена квартиры даже при отсутствии дефекта составляет 3 млн руб., применение пропорциональной формулы будет означать, что в связи с дефектом, снижающим качество квартиры всего на 10%, должнику придется уплатить кредитору 33,3% от ее цены (1 млн), так как пропорция в 10% будет применена к номиналу погашаемого долга.

Английская формула расчета убытков в размере позитивного интереса в такой ситуации привела бы к принципиально иным последствиям. Мы будем требовать от должника выплатить кредитору абсолютное значение разницы рыночных оценок качественного и некачественного, т.е. в нашем примере — всего 300 тыс. руб.

Впрочем, эту драматическую разницу можно было устранить, если исходить из концепции, согласно которой при передаче в качестве отступного имущества, рыночная цена которого заведомо ниже номинала погашаемого долга, обычное отступное подразумевает также и прощение долга в отношении разницы. Тогда континентально-европейский пропорциональный подход перестанет принципиально отличаться от английского.

Пока все эти вопросы не прояснены, сторонам рекомендуется в тех случаях, когда цена вопроса оправдывает такую детализацию, проговаривать в соглашении формулу выплаты такого компенсирующего возмещения.

7.1.2. Право потребовать устранения скрытых дефектов в натуре или замены вещи

Право потребовать устранения дефекта в натуре (п. 1 ст. 475 ГК РФ) также, видимо, доступно кредитору и не исключается тем обстоятельством, что кредитор не мог понудить должника к передаче отступного.

Напротив, в силу специфики отношений, связанных с предоставлением отступного в его факультативной или реальной моделях, сложно представить использование кредитором такого способа защиты, как требование замены ненадлежащего предмета отступного надлежащим (абзац третий п. 2 ст. 475 ГК РФ).

7.1.3. Право на отказ от договора при обнаружении скрытых дефектов

Самый сложный вопрос касается ситуации, когда дефекты настолько существенны, что кредитор теряет всякий интерес в сохранении полученного имущества. Правила п. 2 ст. 475 ГК РФ дают покупателю право на отказ от договора и возврат уплаченной цены в такой ситуации. Пункт 1 ст. 460 ГК РФ применительно к скрытым обременениям

проданной вещи также дает покупателю право требовать расторжения и возврата цены.

Как это средство защиты может преломляться в контексте передачи отступного? Либо данное право в принципе должно блокироваться?

Один из вариантов преломления состоит в том, что кредитор при существенности дефекта получает право на расторжение соглашения об отступном. Это кажется вполне логичным решением. Но такое расторжение не будет иметь ретроактивного эффекта, так как расторжение в российском праве действует на будущее (п. 2 и 3 ст. 453 ГК РФ) и не отменяет автоматически распорядительный эффект передачи отступного. Соответственно, погашенный долг в результате расторжения не восстановится, вещь останется в собственности кредитора, он будет обязан ее вернуть, но вправе требовать выплаты ему суммы, равной номиналу погашенного в результате передачи такого дефектного отступного долга (или рыночной стоимости того неденежного предоставления, долг в отношении которого погашался путем передачи отступного). Именно это будет, видимо, аналогом возврата цены при расторжении договора купли-продажи. Впрочем, никакого ясного подтверждения в практике ВС РФ по данному вопросу нет.

7.1.4. Право на оспаривание соглашения об отступном

Ничто не препятствует кредитору оспорить соглашение об отступном как сделку, совершенную под влиянием обмана (п. 2 ст. 170 ГК РФ) или введения в заблуждение (ст. 178 ГК РФ), если будет установлено, что должник обманул кредитора в отношении качественных характеристик предоставляемого имущества или по неосторожности или даже без вины ввел его в заблуждение на сей счет. Российское право относит к группе стран, в которых наличие у покупателя возможности привлечь продавца к ответственности за нарушение условий договора о качестве предоставленного имущества не исключает право кредитора оспорить сделку по правилам ст. 178 и 179 ГК РФ. Кредитор имеет право выбора: либо привлечь должника к договорной ответственности за нарушение условий о качестве, включая такие варианты, как отказ от договора, соразмерное уменьшение цены и возмещение убытков по модели защиты позитивного договорного интереса, либо оспорить сделку на основании правил об обмане и введении в заблуждение и – в случае обмана или неосторожного введения в заблуждение – потребовать возмещения убытков по модели защиты негативного договорного интереса на основании абзаца третьего п. 6 ст. 178, п. 4 ст. 179 и п. 2 ст. 434.1 ГК РФ (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 10 декабря 2013 г. № 162). То же, видимо, касается и передачи отступного.

В случае аннулирования судом соглашения об отступном, во-первых, переход права собственности на соответствующее имущество ретроактивно отменяется в силу принятой в российском праве каузальной модели распоряжения на основании договора, а, во-вторых, погашенный долг путем передачи отступного считается ретроактивно восстановленным, так как недействительная сделка не порождает правовые последствия (п. 1 ст. 167 ГК РФ), как распорядительные, так и обязательственные. Иначе говоря, здесь наступят те последствия, которые наступили бы в случае оспаривания соглашения об отступном по корпоративным или банкротным основаниям, в силу кабалности или применения угроз или принуждения.

7.1.5. Специфика ответственности на случай эвикции

В п. 6 Постановления Пленума от 11 июня 2020 г. № 6 ВС РФ при иллюстрации тезиса о применимости правил о купле-продаже к случаям передачи в качестве отступного имущества, не соответствующего оговоренным или подразумеваемым характеристикам, указал в том числе и на применимость правил ст. 461 ГК РФ, которая регулирует последствия эвикции купленного покупателем имущества. Речь идет прежде всего о ситуации, когда должник на самом деле не был собственником имущества и посему не имел распорядительной власти наделить правом собственности кредитора. В подобной ситуации следует говорить о возмездном приобретении имущества для целей применения ст. 302 ГК РФ, если только отступное передавалось не в целях погашения долга по осуществлению дарственного предоставления. Соответственно, кредитор в ряде случаев сможет приобрести право собственности на вещь на основании правил о возмездном добросовестном приобретении.

Но в ряде ситуаций в таком случае не сработает приобретение права собственности по доброй совести. Например, если речь идет об уступке в качестве отступного права требования, добросовестное приобретение, видимо, не сработает, так как пока российское право в качестве общего правила не признает добросовестное приобретение обязательственного права. Другой пример: само имущество могло выбыть из владения истинного собственника помимо его воли. Наконец, в российской судебной практике стандарт должной осмотрительности при применении ст. 302 ГК РФ, к сожалению, очень высок, и возможно, что суд не признает кредитора достаточно осмотрительным при принятии вещи в качестве отступного. Во всех подобных случаях кредитор не приобретет соответствующее имущество в собственность (в случае с бестелесным объектом даже не получит владение, а при принятии в качестве отступного вещи — получит лишь незаконное владение,

которого он также будет лишен после удовлетворения виндикационного иска). Статья 461 ГК РФ позволяет кредитору в такой ситуации привлечь должника к ответственности, подразумевая под ответственностью за эвикцию возврат уплаченной цены (или отказ от уплаты цены, которая еще не была уплачена), а также возмещение убытков, рассчитанных по модели защиты позитивного интереса, т.е. по общим правилам договорной ответственности (п. 2 ст. 393 ГК РФ).

Но применительно к ситуации с отступным здесь возникает вопрос: если должник не передал кредитору имущество в собственность, можно ли считать, что наступило условие для прекращения исходного обязательства, или долг должен считаться никогда не прекращавшимся? Можно ли считать долг погашенным бесповоротно за счет совершения действий и (или) волеизъявлений должника, создающих лишь видимость перехода права собственности на вещь, но не приводящих к реальному переходу права собственности? Если да, то в случае установления того, что переход права не состоялся, кредитор может лишь привлечь должника к ответственности по правилам ст. 461 ГК РФ, но не может рассчитывать на взыскание исходного долга с сохранением всех элементов его правового режима и обеспечений. Если нет, то на фоне обнаружения условий для эвикции эффект погашения долга за счет передачи одного лишь владения без переноса права собственности просто не наступает. Этот же вопрос возникает в ситуации, когда в качестве отступного передано здание, являющееся самовольной постройкой, на которую перенести собственность в принципе нельзя (ст. 222 ГК РФ). То же и в случае, когда было уступлено требование, которое в реальности вообще не существовало или в отношении которого у должника не было распорядительной власти, в связи с чем оно просто не перешло кредитору в качестве отступного: будет ли здесь применяться лишь ответственность по ст. 390 ГК РФ либо речь пойдет о признании долга непогашенным?

Итак, вынуждены ли мы в таких случаях признавать применимой модель восстановления такого обязательства?

Возможны два подхода.

Согласно одному, исходный долг оказывается непогашенным, так как не накопился фактический состав для его погашения, ибо видимость переноса собственности или уступки не равнозначна реальному распоряжению. Так, если должник не уступит кредитору право требования в качестве отступного, долг не будет погашен, но что меняется, если он сделал вид, что уступает кредитору требование, но реально никакое требование в имущественную массу кредитора не перенес, так как сам им не обладал? В сценарии с передачей вещи, акций, доли

в ООО или регистрируемого объекта интеллектуальной собственности у кредитора после выяснения отсутствия распорядительного эффекта остается «в руках» лишь незаконное владение вещью или запись в соответствующем реестре, но и этих внешних атрибутов он будет лишен после удовлетворения иска истинного собственника либо досудебного удовлетворения его притязания кредитором. На выходе эта ситуация мало чем отличается от ситуации непередачи имущества в собственность кредитора.

Согласно второму подходу, ретроактивное восстановление исходного долга крайне нежелательно и способно породить деструктивные последствия. Во всех описываемых случаях кредитор, иногда сам должник, а также третьи лица, предоставившие обеспечение, вполне могут считать долг погашенным в течение многих лет, прежде чем узнать о том, что собственность на предмет отступного кредитору так и не перешла. Разумные ожидания должника и третьих лиц могут быть подорваны, причем иногда при отсутствии какой-либо упречности их поведения. В этом отличие этой ситуации от случая с передачей владения недвижимостью и уклонения от подачи заявления о регистрации перехода права, когда все участники этих отношений могут в реальном времени наблюдать за динамикой вещного права. Поэтому предлагается исключать в подобных ситуациях ретроактивное восстановление исходного долга и ограничивать права кредитора иском о взыскании убытков.

Представляется, что восстанавливать долг по возврату займа через несколько лет после того, как он был, казалось бы, погашен, из-за того, что переданную кредитору в целях погашения этого долга в качестве отступного квартиру у кредитора виндигировали и выяснилось, что должник не совершил эффективное отступное предоставление, а также восстанавливать поручительства и залоги — это действительно не очень справедливо в отношении должника, и особенно третьих лиц, предоставивших обеспечение. Но в то же время представим, что отсутствие права собственности у должника обнаружилось вскоре после передачи: неужели таким нехитрым приемом, обманув кредитора и передав ему чужую вещь, можно стянуть все обеспечения?

Вопрос о выборе одного из двух этих подходов является сложным и обусловлен в большей степени политикой права, нежели догматикой. В разные исторические эпохи различные правопорядки поддерживали тот или иной подход, а иногда даже закрепляли возможность выбора кредитором формата защиты в подобной ситуации. И хотя в зарубежных правопорядках идея нежелательности, а потому недопустимости, восстановления первоначального долга рассматривается в качестве

более новой и прогрессивной, само по себе это не предопределяет возможного решения отечественной судебной практики. В настоящее время никакой очевидной позиции ВС РФ по данному вопросу нет. Абзац второй п. 6 Постановления Пленума от 11 июня 2020 г. № 6, в котором ВС РФ, рассуждая о скрытых недостатках предмета отступного, указывает на возможность кредитора в подобном случае использовать лишь способы защиты, предусмотренные правилами о соответствующем этому предоставлению договоре, приводит в качестве примера такой защиты предписания ст. 461 ГК РФ (ответственность за эвикцию), можно рассматривать в качестве некоторого шага в сторону принятия отечественным правом идеи недопустимости восстановления первоначального долга. Станет ли этот шаг системообразующим – покажет дальнейшая практика, которая пока не сложилась. Так, в Определении от 16 февраля 2021 г. № 4-КГ20-64-К1 СКГД ВС РФ, фокусируясь на иных аспектах рассматриваемого спора, к сожалению, обошла вниманием и не дала оценку частному случаю рассматриваемой проблемы – передаче в качестве отступного объектов, являющихся самовольными постройками.

Если политико-правовой выбор остановить на идее бесповоротного погашения исходного долга, догматически это решение можно пытаться обосновать различными способами. Один из них – фингировать в момент реальной передачи владения или совершения сторонами распорядительной сделки в отношении являющегося предметом отступного имущественного права новацию исходного долга на логическую секунду в обязательство передать отступное с немедленным погашением этого нового долга. Далее если окажется, что распорядительный эффект не сработал, это не лишит силу преобразование обязательственных отношений и не позволит кредитору настаивать на сохранении исходного обязательства, ограничив его возможности привлечением к ответственности за срыв реализации соглашения об отступном. В зарубежной доктрине такая концепция иногда встречается. Она же позволяет догматически объяснить, почему должник, не обязанный к передаче отступного, в случае его передачи с дефектами отвечает по правилам о ненадлежащем исполнении обязательства. Впрочем, видимо, возможны и иные обоснования, не использующие такую фикцию новации.

7.1.6. Договорные средства защиты

Конечно же, стороны соглашения об отступном могут оговорить в таком соглашении другие способы защиты права на случай выявления скрытых дефектов или несрабатывания распорядительного эффекта отступного (например, штраф).

В то же время куда более спорный характер имеет попытка сторон согласовать в качестве последствия обнаружения в предмете отступного скрытых недостатков ретроактивное расторжение соглашения об отступном с ретроактивным восстановлением первоначального обязательства (там, где такое восстановление не вытекает из объективного действия права, как в примере с оспариванием сделки по причине обмана и заблуждения и ретроактивным аннулированием распорядительного эффекта). Такой способ защиты противоречит позиции, закрепленной в п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6. Но важнее другое: ретроактивность восстановления долга может нарушать права третьих лиц. Например, ретроактивное восстановление обязательства может ввергнуть в беспокойство и нарушить разумные ожидания поручителей или третьих лиц, предоставивших обеспечение. Впрочем, полной ясности по данному вопросу в российском праве нет.

Но ничто не мешает сторонам оговорить не ретроактивное, а перспективное восстановление прекращенного обязательства.

7.2. Последствия обнаружения явных недостатков предмета отступного

Выше речь шла о скрытых недостатках отступного или скрытом отсутствии распорядительного эффекта, т.е. таких пороках, о которых в момент предоставления не было известно кредитору (или даже обеим сторонам).

Для случаев же недостатков, которые наличествуют в предмете отступного в момент его предоставления кредитору и могут быть обнаружены последним, абзац первый п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 предлагает иное решение: «Если предложенное отступное не соответствует соглашению сторон, а при отсутствии специальных указаний в соглашении — обычно предъявляемым требованиям, кредитор вправе отказаться от приемки ненадлежащего отступного, предложенного должником, и воспользоваться средствами защиты, установленными законом или договором на случай нарушения первоначального обязательства».

Признание ВС РФ возможности кредитора отказаться от принятия отступного с «явными» недостатками само по себе не вызывает серьезных возражений. Оно позволяет кредитору превентивно защитить свой интерес, не навязывая ему необходимость принятия явно некачественного предмета отступного. При использовании указанного ВС РФ способа защиты исключается само прекращение первоначального обязательства, а потому очевидно, что кредитор, отказавшийся от принятия предмета отступного с недостатками, может воспользоваться

только способами защиты, установленными на случай неисполнения первоначального обязательства.

Согласно позиции ВС РФ, кредитор, столкнувшись с явными недостатками предмета отступного, вправе отказаться от принятия отступного. Но может ли кредитор принять отступное с явными недостатками и воспользоваться договорными способами защиты, связанными с этими недостатками? Буквальный текст п. 6 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 наталкивает на отрицательный ответ: в абзаце первом (применительно к явным недостаткам) о таком способе защиты не упоминается; разъяснения абзаца второго, указывающего на допустимость таких требований, прямо ограничены только случаями обнаружения скрытых недостатков. Такой подход, безусловно, справедлив и оправдан в ситуации, когда кредитор, принимающий предмет отступного с известными ему недостатками, прямо выражает согласие с таковыми и отказ от претензий на сей счет или поведение кредитора свидетельствует о подобном согласии. Проявление в дальнейшем требований по поводу таких недостатков будет являть собой противоречивое (недобросовестное) поведение кредитора или будет вовсе формально неправомерным в ситуации квалификации заявления или поведения кредитора в качестве отказа от осуществления прав, и потому не должно допускаться. Однако возможна ситуация, когда при наличии в предмете отступного явных недостатков кредитор полагает для себя более оправданным и экономически выгодным устранить эти недостатки и потребовать возмещения убытков, нежели отказываться от принятия отступного и обращаться к способам защиты, связанным с первоначальным обязательством. Может ли правопорядок навязывать кредитору выбор лишь из двух альтернатив: согласиться на недостатки, лишившись каких-либо связанных с ними способов защиты, или, желая сохранить для себя какие-либо варианты защиты, не принимать предмет отступного?

Как минимум в ситуации, когда кредитор прямо заявит об этом в момент принятия отступного, он может принять предоставленный ему предмет отступного с явными недостатками, сохранив за собой возможность использования способов защиты, связанных с этими недостатками. Но, как представляется, даже если кредитор не оговорил это прямо, принятие имущества с явными недостатками не должно лишать кредитора средств защиты, предусмотренных на случай дефектного предоставления.

7.3. Договорные ограничения средств защиты

Вопрос о допустимости ограничения (исключения) ответственности за недостатки предмета отступного соглашением сторон в отече-

ственной доктрине мало исследован. В первом приближении представляется, что этот вопрос является проявлением общей проблемы определения диспозитивности или императивности предписаний отечественного законодательства о договорной ответственности в целом и ответственности за недостатки в частности. В связи с этим, коль скоро современный российский правопорядок позволяет с учетом некоторых ограничений договариваться об ограничении (исключении) ответственности за нарушение обязательства (ст. 400, п. 4 ст. 401 ГК РФ), то и применительно к рассматриваемой ситуации стороны также вправе своим соглашением исключить или ограничить ответственность за скрытые недостатки предмета отступного в целом, ограничить ответственность только случаями обнаружения определенных недостатков, исключить применение кредитором определенных способов защиты, установленных диспозитивно законом, либо изменить эти способы защиты. Например, диспозитивность правил ст. 475 ГК РФ о доступных покупателю средствах защиты на случай выявления дефектов в товаре подтверждается в п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 14 марта 2014 г. № 16, что нужно учитывать и при применении данных правил в отношении случая обнаружении дефектов в предмете отступного.

При этом следует помнить, что согласно п. 4 ст. 401 ГК РФ любые условия договора, ограничивающие или исключающие установленную в законе по умолчанию ответственность на случай нарушения договора (а в широкой интерпретации любые средства защиты, доступные кредитору в силу закона), не работают в случае умышленного характера нарушения. Поэтому недопустимы как нарушающие явно выраженный запрет п. 4 ст. 401 ГК РФ соглашения об исключении или ограничении ответственности за скрытые недостатки, о которых должнику, представившему отступное, известно, но наличие которых он умышленно скрыл от кредитора.

Кроме того, невозможны соглашения, ограничивающие или исключающие ответственность за недостатки должника-предпринимателя перед потребителем (ст. 400 ГК РФ, п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

Наконец, помимо двух указанных выше *ex ante* ограничений (применение п. 4 ст. 401 ГК РФ и защита потребителя), следует помнить, что подобные соглашения могут быть ограничены *ex post*, если они нарушают пределы договорной свободы, очерчиваемые доктриной несправедливых договорных условий (ст. 10, 418 ГК РФ) (см. п. 9 и 10 Постановления Пленума ВС РФ от 14 марта 2014 г. № 16).

8. Правовой режим договорных правоотношений после погашения договорного долга путем передачи отступного

Как уже указывалось, сам факт заключения соглашения о предстоящей передаче отступного в погашение договорного обязательства не меняет договорный тип. А некоторые намеки на обратное в разъяснениях ВС РФ (см. п. 5.2. комментария к настоящей статье) следует считать ошибкой. Но как квалифицировать договорные правоотношения после передачи отступного?

Представим, что был заключен договор подряда, но впоследствии стороны договорились о погашении обязательства подрядчика за счет отчуждения им в качестве отступного автомобиля, и таковой был передан. Выше мы уже столкнулись с тем, что сам набор средств защиты на случай передачи некачественного предоставления в виде отступного будет строиться на основе правил о том договоре, для которого характерно осуществленное отступное предоставление. Но какие нормы будут регулировать другие аспекты отношений? Например, будет ли применяться сокращенная исковая давность, установленная для исков, связанных с качеством работ (п. 1 ст. 725 ГК РФ), сроки на выявление дефектов и другие правила, касающиеся работ и их качества, если вместо работ передан товар, или мы уже переориентируемся в целом на правила о купле-продаже на сей счет? Если часть цены еще не была внесена, будут ли применяться нормы ГК РФ о порядке оплаты и последствиях просрочки в оплате в рамках договора подряда или аналогичные нормы о купле-продаже?

Или представим, что вместо передачи займа по консенсуальному договору займа в качестве отступного займодавцем переданы заемщику ценные бумаги: поменяет ли это предмет возвратного предоставления и трансформируется ли заем денег в заем ценных бумаг?

Пока эти вопросы в судебной практике не прояснены.

9. Отступное и плата за отказ от договора или за согласие расторгнуть договор

Передачу отступного следует отличать от конструкции платы за отказ от договора. Передача отступного погашает конкретное обязательство. Если речь шла о погашении путем передачи отступного обязательства по договорному предоставлению в рамках sinalлагматического договора, осуществленное другой стороной встречное предоставление в таком случае возврату не подлежит, а отсроченное встречное предоставление должно быть осуществлено, просто теперь это встречное предоставление будет считаться осуществленным или осуществляемым в обмен на новое предоставление должника.

Если же стороны согласовали внесение платы за реализацию права на отказ от договора, управомоченная сторона реализовала свое право и внесла плату за отказ (по умолчанию плата вносится после отказа, но стороны могут согласовать и вариант, при котором плата должна вноситься до отказа), договор расторгается, а синаллагма разваливается, следовательно, обязанность по осуществлению встречного предоставления отпадает, а ранее осуществленное встречное предоставление должно быть возвращено.

То же касается ситуации, когда договор не предусматривал право на немотивированный отказ от договора, но стороны заключили соглашение о расторжении, включив в него условие о выплате одной из сторон другой некоей платы в качестве встречного предоставления за согласие расторгнуть договор.

Подробнее о плате за отказ от договора или согласие расторгнуть договор добровольно см. комментарий к п. 3 ст. 310 ГК РФ.

10. Соглашение об отступном как основание для перерыва и возобновления исковой давности

Согласно п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 соглашение об отступном, заключенное в письменной форме после истечения срока исковой давности по обязательству, в зависимости от его содержания может быть квалифицировано в качестве признания долга и влечь возобновления истекшей давности (п. 2 ст. 206 ГК РФ). Этот аспект может стать актуальным в случае, если после заключения соглашения об отступном последнее так и не будет передано.

Если же такое соглашение заключается до истечения давности, сам факт заключения соглашения об отступном, свидетельствуя о признании долга, означает прерывание исковой давности (ст. 203 ГК РФ): если должник так и не передаст отступное, давность по требованию кредитора в отношении предоставления по обязательству будет считаться прерванной и начнет рассчитываться заново.

Но течет ли прерванная / восстановленная и посему начавшая течь заново давность в период частного моратория в ситуации отсроченной передачи предмета отступного? Поскольку частный мораторий согласно практике ВС РФ исключает возможность кредитора эффективно обратиться в суд за защитой своего права (см. п. 2 комментария к настоящей статье), исходя из принципа *agere non valenti non currit praescriptio* (для неспособного к предъявлению иска давность не течет), начавший свое новое течение срок давности по первоначальному обязательству должен приостанавливаться по правилам ст. 202 ГК РФ (см. комментарий к ней в другом томе

серии #Глосса¹). Если же соглашение об отступном заключается до начала просрочки и срок исполнения по первоначальному обязательству выпадает на период моратория, в силу приведенного выше принципа *agere non valenti non currit praescriptio* начало течения давностного срока по первоначальному обязательству должно сдвигаться до истечения срока моратория (п. 1 ст. 200 ГК РФ (см. комментарий к нему в другом томе серии #Глосса²)).

11. Последствия неправомерного уклонения от принятия отступного

Устанавливая отступное в качестве способа прекращения обязательства, правопорядок должен обеспечить не только возможность должника освободиться от исполнения предоставлением согласованного предмета отступного, но и обеспечивающую реализацию этой возможности обязанность кредитора принять данный суррогат. В рамках концепции соглашения об отступном как модифицирующего первоначальное обязательство в факультативное, естественной правовой формой такой обязанности выступает конструкция «кредиторской обязанности». Это подчеркивает абзац первый п. 3 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, указывая, что в случае уклонения кредитора от принятия согласованного предмета отступного будут наступать последствия просрочки кредитора, а должник вправе воспользоваться способами защиты, установленными ст. 406 ГК РФ.

При этом правила о просрочке кредитора применяются к рассматриваемой ситуации по аналогии *mutatis mutandis*. Так же как и в обычной ситуации кредиторской просрочки, неправомерное уклонение кредитора от принятия согласованного предмета отступного не дает должнику возможности понудить кредитора к такому принятию (подробнее см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). Единственным, хотя и достаточно спорным, исключением из этого правила является ситуация понуждения кредитора к государственной регистрации перехода права собственности на ранее фактически переданное ему в качестве отступного недвижимое имущество (абзац второй п. 5 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6) (подробнее см. п. 4.1 комментария к настоящей статье).

Неправомерное уклонение кредитора от принятия согласованного предмета отступного дает должнику возможность взыскать с кредитора причиненные тем самым убытки (п. 2 ст. 406 ГК РФ). Помимо обычных

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 202 ГК РФ – А.А. Павлов).

² Там же (автор комментария к ст. 200 ГК РФ – С.В. Сарбау).

для ситуации просрочки кредитора, такие убытки могут выражаться, например, в расходах на дальнейшее хранение / обеспечение сохранности согласованного предмета отступного, на его реализацию / утилизацию, если таковые разумно необходимы в сложившихся условиях, на приобретение нового предмета и т.п.

Как и в случае просрочки в принятии задолженного предмета (предмета первоначального обязательства), просрочка кредитора в принятии согласованного предмета отступного по аналогии закона исключает просрочку должника по первоначальному обязательству и, соответственно, ответственность должника и возможность применения к нему любых иных обусловленных просрочкой средств защиты (п. 1 ст. 6, п. 3 ст. 405 ГК РФ). Наконец, если просрочка кредитора в принятии предмета отступного может быть признана существенным нарушением (например, в силу своей длительности), необходимо в силу применения по аналогии правил п. 3 ст. 484, п. 4 ст. 486, п. 2 ст. 515 и п. 2 ст. 719 ГК РФ допустить возможность должника отказать от договора, породившего первоначальное обязательство, тем самым прекратив последнее. Эти выводы, синхронизирующие последствия просрочки кредитора в принятии задолженного предмета и просрочки кредитора в принятии согласованного предмета отступного, с неизбежностью следуют из единства самого института «просрочки кредитора» и тождественности нуждающихся в защите интересов должника, желающего освободиться от долга, но не имеющего возможности сделать это ввиду оппортунистического поведения кредитора. Равному — равное.

Дополнительная литература

Бабеев М.М. Отступное и новация в гражданском праве России: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010.

Бациев В.В. Обязательство, осложненное условием об отступном (замене исполнения). М., 2003.

Бациев В.В., Щербаков Н.Б. Комментарий правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам, связанным с применением норм Гражданского кодекса РФ о прекращении обязательств // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 2. С. 95–108.

Белов В.А. Факультативные обязательства // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 3. С. 4–60.

Громов А.А. Отступное vs преимущественное право. Комментарий к постановлению Пленума ВС о прекращении обязательств // Журнал РШЧП. 2020. № 3. С. 93–102.

Егорова М.А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М., 2014. С. 178–220.

Захаркина А.В. Факультативные обязательства по российскому гражданскому праву: монография. М., 2017.

Крашенинников Е.А. К проблематике предоставления вместо исполнения // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 9. Ярославль, 2002. С. 37–47.

Пухан И. Альтернативные обязательства и *facultas alternativa* // Римское право / Пер. с макед. В.А. Томсинова, Ю.В. Филиппова; Под ред. В.А. Томсинова. М., 1999.

Рохлин А.А. Юридические особенности соглашений из отступного // Хозяйство и право. 2002. № 7.

Сарбаи С.В. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 3 (приложение).

Чупрунов И.С. Вопросы сферы действия и обхода преимущественного права покупки доли (акций) // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 4. С. 24–97.

Шилохвост О.Ю. В последний раз про отступное. Необоснованные надежды или нереализованные возможности? // Гражданское право современной России / Сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. М., 2008.

Шилохвост О.Ю. Отступное в гражданском праве России. М., 1999.

Gernhuber J. Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen. 2 Aufl. Tübingen, 1994.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 364–365.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 364–365.

Статья 410. Прекращение обязательства зачетом

Обязательство прекращается полностью или частично зачетом встречного однородного требования, срок которого наступил либо срок которого не указан или определен моментом востребования. В случаях, предусмотренных законом, допускается зачет встречного однородного требования, срок которого не наступил. Для зачета достаточно заявления одной стороны.

Комментарий

1. Позитивные предпосылки зачета: общие положения

Статья 410 ГК РФ регламентирует условия (позитивные предпосылки) и порядок осуществления зачета как способа прекращения взаимных требований двух лиц, каждое из которых является одновременно и должником, и кредитором. В исключительных случаях последствием зачета является прекращение лишь одного из предъявленных к зачету требований, по второму же происходит суброгация (подробнее см. п. 2.2.1, подп. «б» п. 2.2.4 комментария к настоящей статье).

Требование, принадлежащее лицу, которое своим односторонним волеизъявлением осуществляет зачет (заявителю зачета, компенсанту), обозначается в литературе и актах ВС РФ как активное требование (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). И соответственно, обязательство, по которому заявитель зачета является кредитором, именуется далее активным обязательством. Требование же, кредитором по которому является адресат зачета (компенсат), т.е. требование, против которого зачитывается активное требование, именуется пассивным (п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6); соответствующее обязательство, по которому заявитель зачета является должником, а адресат зачета — кредитором, обозначается как пассивное обязательство.

Для того чтобы зачет состоялся, должны по общему правилу наличествовать следующие условия: встречность требований, их однородность, осуществимость требования заявителя зачета (активного требования) и исполнимость пассивного требования. Указанные условия зачета должны существовать, как правило, на момент совершения стороной заявления о зачете (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), но, как мы далее увидим, судебная практика допускает некоторые исключения.

2. Встречность требований

2.1. Общие положения

Соблюдение критерия встречности требований для зачета означает, что кредитор по активному требованию является должником по пассивному требованию, и наоборот, должник по активному — кредитором по пассивному (см. п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, Постановление Президиума ВАС РФ от 21 февраля 2012 г. № 14321/11).

Принцип встречности предполагает существование зачитываемых требований. В случае, когда у одного из контрагентов нет требования

к другому, то и зачета по общему правилу быть не может. Например, зачет, произведенный при отсутствии активного требования, не имеет силы и не затрагивает существования пассивного требования (т.е. не прекращает долг заявителя зачета перед адресатом). Более сложный случай может иметь место в ситуации, когда на самом деле пассивного обязательства не существовало (т.е. долга заявителя зачета перед адресатом зачета). По общему правилу и в таком случае прекращение активного требования невозможно, так как отсутствуют предпосылки для зачета. Зачет не происходит. Но не исключены ситуации, когда осознанно совершенное заявление о зачете на фоне доступной заявителю зачета информации о несуществовании или спорности собственного долга может быть рассмотрено либо как его волеизъявление на прощение долга адресата (путем конверсии), либо как основание для применения правила эстоппель в целях блокирования ссылок заявителя зачета на его недействительность по причине отсутствия собственного пассивного обязательства. Например, если продавец заявил о зачете собственного бесспорно существующего требования о взыскании долга за поставленный товар к требованию покупателя (адресата зачета) о взыскании убытков в связи с дефектом в товаре, в полной мере осознавая спорность самого факта нарушения и наличия у покупателя требования о возмещении убытков, а затем попытался оспорить совершенный им зачет со ссылкой на то, что на самом деле никаких убытков у покупателя не было или отсутствовал сам дефект, такое поведение заявителя зачета может быть в конкретных условиях заблокировано со ссылкой на ст. 10 ГК РФ и правило эстоппель. Но многое здесь зависит от конкретных обстоятельств.

Заявитель зачета (компенсант) не может зачесть требование, которое он имеет не к адресату зачета (компенсату), а к третьему лицу, даже если исполнение этого обязательства третьим лицом возложено на адресата зачета. Возложение исполнения обязательства (п. 1 ст. 313 ГК РФ), в отличие от перевода долга (ст. 391 ГК РФ), не приводит к перемене лиц в обязательстве, а значит, не изменяет принадлежности долга. Поэтому должник не вправе заявить о зачете лицу, на которое возложено исполнение обязательства, поскольку не имеет встречного требования к такому лицу (п. 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65).

Как и другие позитивные предпосылки, встречность должна по общему правилу наличествовать на момент совершения инициатором зачета заявления о нем (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

2.2. Исключения из принципа встречности

В случаях, предусмотренных законом, зачетом могут быть прекращены требования, не являющиеся встречными (п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

2.2.1. Зачет третьего лица

В силу встречности произвести зачет может только должник по пассивному требованию, кредитором по которому является адресат зачета. Как исключение, в случае, когда в соответствии с законом допускается исполнение обязательства за должника третьим лицом, последнее в силу п. 4 ст. 313 ГК РФ вправе зачесть против требования кредитора к должнику собственное требование к такому кредитору (п. 11 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Например, если А должен Б и уже просрочил погашение денежного долга, а В решает осуществить интервенцию на основании правил п. 2 ст. 313 ГК РФ, В вправе уплатить долг А перед Б, переведя соответствующую сумму на счет Б, но вместо этого В согласно п. 4 ст. 313 ГК РФ может заявить Б о зачете своего требования к нему против требования Б к А, несмотря на отсутствие встречности между этими требованиями.

Данное правило, достаточно давно известное некоторым зарубежным правовым порядкам (например, Германии), в отечественном праве впервые нашло закрепление в п. 4 ст. 313 ГК РФ в ходе реформы гражданского законодательства в 2015 г. Оно синхронизирует вопросы исполнения и зачета, позволяя третьему лицу во всех случаях, когда последнее вправе произвести исполнение обязательства за должника (возложение исполнения (п. 1 ст. 313 ГК РФ), интервенция (п. 2 ст. 313 ГК РФ)), вместо исполнения удовлетворить кредитора посредством представления к зачету против требования кредитора к должнику собственного требования к кредитору. Изъятие из принципа встречности для зачета оправдано здесь ровно по тем же причинам, по которым правовой порядок допускает в соответствующих случаях возможность исполнения третьим лицом (подробнее см. комментарий к п. 1 и 2 ст. 313 ГК РФ).

Последствия такого зачета третьего лица аналогичны последствиям исполнения третьим лицом в подобной ситуации (см. п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54). Соответственно, когда зачет осуществляет третье лицо, на которое должником возложено исполнение (п. 1 ст. 313 ГК РФ), последствия для взаимоотношений «должник – третье лицо» определяются той каузой, которая лежала в основе возложения, при этом по общему правилу обязательства будут прекращаться. Если же третье лицо действует по собственной инициативе в рамках разрешенного вторжения в чужое обязатель-

ственное отношение (п. 2 ст. 313 ГК РФ), зачет такого третьего лица приводит к прекращению активного требования (требования третьего лица к кредитору), в то время как в отношении пассивного требования происходит суброгация (п. 5 ст. 313 ГК РФ), и место кредитора по требованию к должнику занимает третье лицо – инициатор зачета. Подобный эффект зачета несколько необычен (хотя и не является чем-то аномальным – ровно такие же последствия влечет зачет поручителем собственного требования к кредитору (см. подп. «б» п. 2.2.4 комментария к настоящей статье)) и объясняется необходимостью обеспечить интерес третьего лица в возмещении расходов на участие в чужом долге.

2.2.2. Зачет при переходе требования к третьему лицу

Встречность как предпосылка зачета подвергается значительным модификациям применительно к институту уступки требования и иным случаям преемства в требовании.

Во-первых, в силу защиты видимости кредиторского статуса изначального кредитора в глазах неуведомленного о переходе права должника допускается зачет требования такого должника к изначальному кредитору путем направления заявления о зачете должником такому изначальному кредитору или, наоборот, направления такого заявления должнику изначальным кредитором с учетом уже перешедшего и не принадлежащего изначальному кредитору к моменту получения заявления о зачете требования, если такой зачет происходит до получения должником уведомления о переходе права.

Во-вторых, руководствуясь принципом недопустимости ухудшения положения должника в результате перехода права, законодатель предоставляет уведомленному об уступке (или переходе по иному основанию) должнику право зачесть против требования нового кредитора свое требование к прежнему кредитору (подробнее см. комментарий к ст. 412 ГК РФ).

2.2.3. Зачет страховщика

Пункт 4 ст. 954 ГК РФ предоставляет страховщику, обязанному к выплате страхового возмещения (страховой суммы) ввиду наступления страхового случая, право зачесть против такого требования сумму просроченной страховой премии (страхового взноса). Данное правило изложено универсальным образом. Оно, безусловно, охватывает собой случаи, когда договор страхования заключается в пользу страхователя, и соответственно, последний одновременно является кредитором по требованию о выплате страхового возмещения (страховой суммы) и должником по обязательству уплатить страховую премию (страховой взнос). В таких случаях предпосылка встречности налицо, зачет осу-

шествляется по общим правилам ст. 410 ГК РФ и ни в каком особом регулировании не нуждается.

Вместе с тем договор страхования может быть заключен по модели договора в пользу третьего лица (п. 1 ст. 929, п. 1 ст. 934 ГК РФ), когда лицо, заключающее договор страхования и обязанное к выплате страховой премии (страхового взноса), – страхователь не совпадает с лицом, имеющим право требовать выплаты страхового возмещения (страховой суммы), – выгодоприобретателем. В таких случаях предпосылка встречности отсутствует, и по общим правилам ст. 410 ГК РФ зачет оказался бы невозможен. Однако, защищая интерес страховщика, п. 4 ст. 954 ГК РФ позволяет ему и в подобной ситуации зачесть против требования выгодоприобретателя о выплате страхового возмещения (страховой суммы) свое требование к страхователю об уплате просроченного страхового взноса (страховой премии). По крайней мере исключения для такого случая п. 4 ст. 954 ГК РФ не содержит. Вопрос о целесообразности такого исключения из предпосылки встречности и (не)оправданности телеологической редукции правила п. 4 ст. 954 ГК РФ может обсуждаться.

2.2.4. Мнимые исключения из принципа встречности

(а) Договор в пользу третьего лица

Указанное выше изъятие из общего правила в сюжете со страхованием (п. 4 ст. 954 ГК РФ), если не подвергать его телеологической редукции, в любом случае не стоит генерализировать. Нет оснований распространять его на все возможные варианты конструкции договора в пользу третьего лица. Оно базируется на прямом указании законодателя, полагающего необходимым дать дополнительную защиту интересам страховщика. За пределами же этого изъятия в полной мере действует общий принцип встречности зачитываемых требований. В связи с этим при заключении иного договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ, см. комментариев к ней в другом томе серии #Глосса¹) должник (промиссент), обязавшийся в пользу выгодоприобретателя, не может зачесть этот долг перед выгодоприобретателем против своего требования к промиссару. При этом предписания п. 3 ст. 430 ГК РФ, предоставляющие промиссенту возможность выдвигать против выгодоприобретателя возражения, основанные на отношениях должника с промиссаром, вовсе не свидетельствуют об обратном. Возражение в материально-правовом смысле представляет собой право лица вос-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 430 ГК РФ – А.Г. Карапетов, Е.В. Суховольская).

препятствовать осуществлению направленного против него притязания и выражается в отказе от исполнения своей обязанности. Возражение не отменяет права, против которого направлено, оно только не дает ему осуществиться (данный подход четко виден в разъяснениях п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45). Категория «возражений» не охватывает собой секундарные права должника, осуществление которых влечет прекращение обеспечиваемого обязательства, в том числе его права на зачет. Соответственно, норма о наделеении должника возможностью выдвигать против выгодоприобретателя возражения, основанные на отношениях должника с промиссаром, сама по себе не дает должнику права на зачет своего требования к промиссару против требования выгодоприобретателя.

Вопрос о том, не стоит ли признать *de lege ferenda* допустимость зачета в такой ситуации, может быть предметом дискуссий.

(б) Поручительство

Определенные сложности вызывает применение принципа встречности к отношениям поручительства: с одной стороны, очевидно, что именно ввиду отсутствия рассматриваемой предпосылки основной должник не вправе представить к зачету то, что кредитор должен поручителю; с другой — вопрос о возможности поручителя представить к зачету против требования кредитора то, что кредитор должен основному должнику, более сложен.

Эта проблема вызвана необходимостью адекватной защиты интересов поручителя против требования кредитора в ситуации, когда основной должник может осуществить зачет. Если оставить эту ситуацию без внимания, то, уплатив кредитору и приобретя в порядке суброгации его требование к основному должнику (п. 1 ст. 365 ГК РФ), поручитель может столкнуться с возможностью должника в силу ст. 412 ГК РФ заявить о зачете предъявленного к нему поручителем суброгированного требования против своего собственного требования к кредитору. В результате поручитель лишится возможности возмещения расходов, понесенных в связи с участием в чужом долге, и экономическая парадигма поручительства окажется нарушенной.

Отдельные зарубежные правовые порядки устанавливают для подобной ситуации исключение из принципа встречности, разрешая поручителю использовать для зачета не принадлежащее ему требование должника к кредитору. Однако в отечественном законодательстве такая возможность не предусмотрена. Ввиду отсутствия на сей счет нормативных изъятий из предпосылки встречности, по российскому праву поручитель не вправе представить к зачету против предъявленного к нему кредитором требования принадлежащее должнику требование

к кредитору. При этом положения п. 1 ст. 364 ГК РФ вовсе не свидетельствуют об обратном. В них устанавливается лишь право поручителя выдвигать против кредитора возражения, которые мог бы представить основной должник. Поскольку, как указывалось ранее (см. подп. «а» п. 2.2.4 комментария к настоящей статье), категория «возражений» не охватывает собой возможности распоряжения чужим требованием, в том числе посредством зачета, наделяя поручителя правом выдвигать против кредитора возражения должника, предписания п. 1 ст. 364 ГК РФ (подробнее см. комментарий к нему) не позволяют поручителю осуществить принадлежащее должнику право на зачет.

Вслед за большинством зарубежных законодательств, отечественное право обеспечивает защиту интересов поручителя в рассматриваемой ситуации иным образом — посредством предоставления поручителю возражения в виде возможности отказать кредитору в удовлетворении в течение времени, пока кредитор может получить удовлетворение путем зачета против требования основного должника (см. п. 2 ст. 364 ГК РФ и комментарий к нему).

Сказанное выше не исключает возможности поручителя использовать для зачета против требования кредитора свое собственное требование к последнему. В подобной ситуации соответствующие требования являются встречными, а потому их зачет допустим в силу общих правил ст. 410 ГК РФ. При этом такой зачет будет влечь достаточно своеобразные последствия: требование поручителя к кредитору в результате зачета прекратится, в то время как встречное требование кредитора сохранится и в отношении него произойдет суброгация: поручитель займет место кредитора в нем. Такие последствия предусмотрены необходимостью защиты интересов поручителя по возмещению расходов от участия в погашении экономически чужого для него долга. Кроме того, подобное решение обеспечивает системность регулирования. Если бы вместо зачета собственным требованием поручитель осуществил исполнение по требованию кредитора, последствием такого исполнения являлась бы именно суброгация (п. 1 ст. 365 ГК РФ). Зачет, будучи «суррогатом исполнения», должен приводить к аналогичным последствиям. С этих позиций суброгация одного из зачитываемых требований выглядит вполне уместным и адекватным решением. Данный подход не вступает в непримиримое противоречие с сущностью зачета как способа прекращения обязательства, так как поручитель, погашая требования кредитора, исполняет не обязательство должника, а собственное параллельно существующее обеспечительное обязательство, которое таким платежом, бесспорно, погашается, и при этом в силу закона этот факт является условием

для суброгации к поручителю обеспеченного требования кредитора к основному должнику.

2.2.5. Допустимость договорных изъятий из предпосылки встречности

Пленум ВС РФ в п. 11 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 провозглашает не только существование нормативных исключений из принципа встречности, но и возможность установления подобных изъятий соглашением сторон. Однако в ординарном зачете предпосылка встречности сущностно связана с распорядительной властью сторон в отношении принадлежащих им требований. Поэтому две стороны не могут договориться о том, что в будущем одна из них может заявить к зачету активное требование, которое к другой стороне имеет некое третье лицо, так как распорядиться чужим правом без соответствующих полномочий невозможно. Теоретически возможно соглашение, в силу которого одна из сторон может предъявить к «зачету» собственное активное требование к адресату зачета против пассивного требования адресата «зачета» к третьему лицу, но это заявление не может прекратить долг третьего лица без его согласия перед адресатом «зачета», и поэтому о зачете в отступление от правила встречности речь здесь вести нельзя. В этом случае в пору говорить не о согласовании права на зачет в отступление от правила встречности, а об опционе на выкуп такого требования адресата волеизъявления к третьему лицу по номиналу с зачетом цены выкупа к долгу заявителя перед адресатом.

Другими словами, сложно себе представить договоренность двух лиц о возможности в будущем прекратить зачетом иные, нежели принадлежащие им, требования.

Если же ВС РФ имел в виду ситуацию многостороннего зачета, когда три и более лица, обладающие требованиями друг к другу (например, А имеет денежное требование к Б, последний — к В, а он, в свою очередь, — к А), договариваются об их взаимном прекращении (в момент заключения такого соглашения или при наступлении определенных условий) или даже о праве одной из сторон на их прекращение путем соответствующего заявления, то такое соглашение, безусловно, возможно. Однако оно, как и всякий иной договорный зачет, не имеет к ординарному зачету прямого касательства, а представляет собой иной способ прекращения обязательств (подробнее см. п. 11.1 комментария к настоящей статье).

3. Однородность

Зачитываемые требования должны быть однородными. При этом очевидно, что под однородностью закон имеет в виду только и исключительно однородность предметов активного и пассивного требований

(п. 10 и 12 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Необходимость условия именно «предметной однородности» предопределена существом зачета как «суррогата» исполнения, осуществляемого путем одностороннего волеизъявления. Только при таком понимании однородности каждая сторона, сохраняя то, что она должна другой, ставится в результате одностороннего заявления о зачете в то самое положение, в котором бы находилась в случае принятия исполнения от последней (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

В связи с этим однородными являются требования, обязывающие к отчуждению однородных предметов (денег или иных заменимых вещей одного рода, эмиссионных ценных бумаг). Практически все случаи зачета, которые происходят на практике, касаются зачета взаимных денежных требований, но чисто теоретически речь может идти и об однородных требованиях с иным предметом (например, требований по передаче бездокументарных ценных бумаг одного и того же эмитента и одного и того же выпуска).

«Юридическая однородность», т.е. тождественность оснований возникновения зачитываемых требований, иррелевантна для зачета. Пленум ВС РФ в п. 12 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 прямо подчеркивает допустимость зачета активного и пассивного требований, которые возникли из разных оснований. Соответственно, могут быть зачтены, например, требование подрядчика об оплате выполненных работ и требование поручителя, исполнившего денежное обязательство (см. п. 7 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65), требование по векселю и денежные требования, вытекающие из общегражданских договоров, в частности, кредитного договора (см. п. 26 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 4 декабря 2000 г. № 33/14).

Как и другие предпосылки зачета, однородность должна по общему правилу существовать на момент совершения стороной заявления о зачете (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). ВС РФ в качестве иллюстрации этого тезиса пишет: «Например, встречные требования сторон могут в момент своего возникновения быть неоднородными (требование о передаче вещи и требование о возврате суммы займа), но к моменту заявления о зачете встречные требования сторон уже будут однородны (требование о возмещении убытков за нарушение обязанности по передаче вещи и требование о возврате суммы займа)». Может показаться, что ВС РФ в этом примере имеет в виду, что требование об убытках в связи с непередачей вещи является новым состоянием исходного требования о самой передаче. Однако это

неверно, так как требование о возмещении убытков за нарушение обязанности по передаче вещи не является ни модификацией требования о передаче вещи, ни стадией существования последнего, а представляет собой другое требование, возникшее в силу отдельного юридического факта — нарушения договора. Но сам вывод о том, что зачет возможен только во второй ситуации, когда одна из сторон пытается прекратить взаимные денежные обязательства по возврату займа и возмещению убытков, корректен.

Интересный вопрос может возникнуть в отношении зачета обычного требования против требования по альтернативному обязательству, которое находится в состоянии до осуществления выбора и кристаллизации предмета предоставления. Даже если одно из альтернативных предоставлений однородно предмету встречного обязательства, зачет в такой ситуации вряд ли возможен. И признаваемая в российском праве идея ретроактивности выбора, согласно которой выбор приводит к фикции существования обязательства выбранным предметом *ab initio*, вряд ли позволяет обосновать обратное. Даже если выбор в итоге будет сделан в пользу того предоставления, которое однородно встречному требованию, по которому был заявлен зачет, ретроактивно зачет не окажется имеющим юридическую силу. Исключением является случай, когда тот, кто заявляет зачет, наделен правом выбора и реализует его, заявив одновременно с заявлением о зачете (или конклюдентно в форме такого заявления) о выборе однородного предоставления.

3.1. Денежные требования, номинированные в разных валютах

Ключевой характеристикой для признания однородными денежных требований является валюта платежа, т.е. валюта, в которой обязательство должно быть исполнено. В ситуации, когда указание на иностранную валюту используется в рамках обоих встречных или одного из встречных обязательств лишь для определения валюты долга (при наличии в договоре валютной оговорки), однородность определяется по валюте платежа. Иначе говоря, если у двух встречных требований разные валюты долга, но единая валюта платежа (например, долги подлежат оплате в рублях), такие требования однородны. Напротив, если номинированное в иностранной валюте требование подлежит исполнению в этой иностранной валюте, а встречное требование подлежит исполнению в иной валюте, речь идет о неоднородных требованиях.

При наличии валютной оговорки в отношении одного или обоих зачитываемых требований *mutatis mutandis* подлежат применению предписания п. 2 ст. 317 ГК РФ и соответствующие разъяснения п. 27, 29–31 Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54. При этом

курс пересчета (официальный курс ЦБ РФ по умолчанию, или иной согласованный сторонами курс) определяется на дату прекращения зачитываемых требований. Если в отношении каждого из зачитываемых требований применяются различные курсы пересчета, установленные правила (курсы пересчета на дату прекращения) применяются к каждому из них, независимо от правил, применимых к другому зачитываемому требованию.

3.2. Зачет основного долга против охранительного притязания

Поскольку однородность требований не исключается различием оснований их возникновения, допустим зачет требования об уплате основного долга против притязания на уплату неустойки или охранительных (мораторных) процентов, а также возмещение убытков. Пленум ВС РФ в п. 12 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 прямо подчеркивает, что критерий однородности соблюдается при зачете требования об уплате основного долга (например, покупной цены по договору купли-продажи) и требования об уплате неустойки, процентов или о возмещении убытков (например, в связи с просрочкой выполнения работ по договору подряда).

Вместе с тем доминирующая судебная-арбитражная практика нижестоящих судов длительное время (до начала 2010-х гг.) считала подобный зачет невозможным, объясняя такой запрет отсутствием бесспорности одного из зачитываемых требований, из чего суды выводили неоднородность требований. Очевидно, что и в случае с взысканием убытков, и в случае с неустойкой окончательная определенность в размере таких требований наступает только при вступлении в силу судебного решения о применении таких мер ответственности, и эта неопределенность размера долга и самого факта его наличия (с учетом множества норм, позволяющих корректировать размер ответственности от ст. 333 до ст. 404 ГК РФ) и смущала суды. Было опасение того, что заявитель зачета, будучи кредитором по требованию о возмещении убытков или уплате неустойки, путем заявления о зачете может лишиться нарушителя возражений, основанных на а) несоразмерности неустойки, б) наличии вины кредитора в нарушении, в) несоблюдении кредитором требований к митигации убытков или г) наличии оснований для освобождения от ответственности.

Однако высшие суды отвергли такую ограничительную позицию, и в настоящее время подход правоприменительной практики изменился. Прямо подчеркивая ошибочность восприятия бесспорности как предпосылки зачета, однородность требования об уплате неустойки (убытков, охранительных процентов), с одной стороны, и о взыскании основной задолженности другого лица, с другой стороны, а также

отсутствие запрета их зачета в действующем российском законодательстве, высшие судебные инстанции допускают подобный зачет (см., например: постановления Президиума ВАС РФ от 7 февраля 2012 г. № 12990/11, от 19 июня 2012 г. № 1394/12, от 10 июля 2012 г. № 2241/12; определения СКЭС ВС РФ от 25 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-6545, от 29 августа 2017 г. № 305-ЭС17-6654; определения СКГД ВС РФ от 16 марта 2021 г. № 4-КГ20-69-К1; п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Зачет в таких ситуациях осуществляется его заявителем на свой риск. Если о зачете заявляет нарушитель, обязанный к выплате убытков, неустойки или охранительных процентов, он своим заявлением отказывается от соответствующих возражений о несоразмерности неустойки и отсутствии оснований освобождения от ответственности. Если же о зачете заявляет кредитор по таким охранительным притязаниям, такой зачет не препятствует его адресату выдвигать соответствующие возражения. Если он не согласен с той суммой охранительного долга, в отношении которой кредитором по такому требованию был заявлен зачет, он может предъявить иск к заявителю зачета о взыскании суммы, в отношении которой, как он считает, зачет был произведен неправомерно. Заявляя о зачете, кредитор по охранительным притязаниям не может лишить адресата соответствующих возражений, и те могут быть выдвинуты ретроактивно, в качестве основания для иска к заявителю зачета. Доступное нарушителю возражение превращается в правовое основание для оспаривания состоявшегося зачета в полном объеме (например, со ссылкой на освобождение от ответственности по ст. 401 ГК РФ) или в части (например, со ссылкой на вину кредитора по ст. 404 или несоразмерность неустойки по ст. 333 ГК РФ) и довызыскания необоснованно заченного.

3.2.1. Зачет неустойки и механика применения ст. 333 ГК РФ

Но, признавая допустимость применения ст. 333, 401, 404 ГК РФ к активному неустоечному требованию, несмотря на сделанное компенсантом заявление о зачете, судебно-арбитражная практика испытывает очевидные затруднения в понимании механики применения указанных норм и, соответственно, в характеристике последующих притязаний адресата зачета. Так, п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 устанавливает: «В случае... зачета суммы неустойки в счет суммы основного долга и/или процентов должник вправе ставить вопрос о применении к списанной неустойке положений статьи 333 ГК РФ, например, путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне уплаченного (статья 1102 ГК РФ)». Однако данный вариант представляется крайне сомнительным. Ка-

жется более логичным после применения к активному неустоечному требованию ст. 333 ГК РФ считать данное требование в сумме, превышающей уровень соразмерности, который был определен судом, не существовавшим, а зачет — частично ничтожным (ввиду отсутствия встречности). Как следствие, в соответствующей части пассивное требование окажется непрекращенным, и взыскание разницы с заявителя зачета будет происходить именно по пассивному требованию с сохранением всех его характеристик (в частности, природы) и условий (в том числе обеспечений).

Почему же ВС РФ упоминает о взыскании соответствующей разницы посредством кондикционного иска? Может показаться, что Суд предлагает считать произведенный зачет, несмотря на применение ст. 333 ГК РФ, состоявшимся, а пассивное требование (основной долг заявителя зачета) — погашенным в момент зачета. Но здесь налицо недоразумение. Полагаем, что в части, касающейся зачета активного неустоечного требования, разъяснение п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 является совершенно случайным и просто плодом редакционной неточности. Нетрудно заметить, что данное разъяснение имеет своим прообразом п. 5 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81, в котором ранее указывалось: «Списание по требованию кредитора неустойки со счета должника (пункт 2 статьи 847 ГК РФ) не лишает должника права ставить вопрос о применении к списанной неустойке положений статьи 333 Кодекса, например, путем предъявления самостоятельного требования о возврате излишне уплаченного (статья 1102 ГК РФ)». В последующем данные разъяснения ВАС РФ были восприняты ВС РФ и в практически неизменном виде перенесены им в Постановление Пленума ВС РФ № 7. При этом к случаю безакцептного списания, на который изначально только и были ориентированы данные разъяснения, оказался механически добавлен пример с зачетом. Однако сюжеты, связанные с применением двух указанных правовых явлений, принципиально отличаются друг от друга, и установление для них единого регулирования принципиально невозможно. В отношении безакцептного списания последующее применение ст. 333 ГК РФ ставит вопрос об истребовании разницы, излишне полученной кредитором по данному неустоечному требованию. Иных отношений сторон данное излишнее безакцептное списание не затрагивает. Поэтому кондикционная природа иска здесь вполне оправданна: налицо классический пример кондикционного требования о возврате уплаченного при отсутствии долга. Применительно же к зачету уменьшение на основании ст. 333 ГК РФ неустоечного притязания, ранее использованного в качестве

активного требования, ставит вопрос о взыскании разницы по иному – встречному (пассивному) требованию.

В связи с этим упоминание кондикционного иска в п. 79 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 не подлежит применению в отношении зачета активного неустоечного требования, а должно распространяться только на сценарий безакцептного списания. В случае последующего уменьшения неустойки на основании ст. 333 ГК РФ зачет считается совершенным только в части подтвержденной судом неустойки. В той части, в которой требование о неустойке с учетом применения ст. 333 ГК РФ не покрывает пассивное требование, кредитор по пассивному требованию (адресат заявления о зачете) сохраняет право получения причитающегося ему в соответствии с условиями обязательства, из которого возникло его требование. В частности, если по пассивному требованию согласно программе данного обязательства начислялись регулятивные или охранительные проценты либо пени, адресат зачета вправе требовать не только взыскания избыточно заченного, а следовательно, и недоплаченного ему по пассивному требованию, но и начисления на сумму избыточно заченного договорных процентов или неустойки. Также если пассивное требование было обеспечено, например, залогом или поручительством, в части избыточно заченного эти обеспечения сохраняются. То же касается и валютной оговорки, и порядка расчетов, и иных условий исполнения обязательства.

Если мы исходим из того, что при применении судом ст. 333 ГК РФ после состоявшегося зачета часть основного пассивного долга, соответствующая той части активного требования о выплате неустойки, которая превышает порог соразмерности, продолжает сохранять свою исходную правовую природу (со всеми ее атрибутами, обеспечениями и т.п.), а не трансформируется в кондикционное обязательство, единственное обоснование такого вывода состоит в том, что зачет просто в этой части основного долга не состоялся, так как «избыток» требования о выплате неустойки аннулируется ретроактивно (а точнее, признается не существовавшим изначально), а значит, часть пассивного требования оказывается не погашенной зачетом. Именно поэтому эта часть основного пассивного долга сохраняется. Но это ретроактивное признание части основного пассивного долга непрекращенной может привести к ситуации, когда заявитель зачета (должник по пассивному обязательству в части уплаты основного долга и кредитор по активному обязательству в отношении выплаты неустойки) неожиданно для себя окажется в достаточно длительной текущей просрочке в отношении части своего основного долга и будет нести договорную ответственность

за эту просрочку с момента наступления срока исполнения пассивного требования (т.е., по сути, с обратной силой). Такое решение выглядит логичным с догматической точки зрения, но может показаться не вполне справедливым с учетом трудной предсказуемости применения судами ст. 333 ГК РФ.

Иногда предлагается обосновать иной подход, с одной стороны, сохраняющий для адресата зачета (кредитора по пассивному требованию) все обеспечения и регулятивные проценты в отношении его требования, а с другой – исключаящий из периода просрочки заявителя зачета (должника по пассивному требованию) время с момента доставления заявления о зачете до момента вынесения судом решения об уменьшении неустоечного притязания, ранее использованного в качестве активного требования для зачета. И действительно, можно попытаться выдвинуть (и иногда в науке выдвигается) такое понимание, в рамках которого, не переходя к ошибочному кондиционному решению, мы будем отвергать начисление по долгу заявителя зачета штрафных санкций, признав, что просрочка заявителя зачета в исполнении пассивного требования наступает именно с момента вступления в силу решения суда об уменьшении неустойки, а не с момента наступления срока исполнения пассивного требования. Получается, что с момента заявления зачета избыточно зачтенная часть основного пассивного долга, соответствующая той части активного требования о выплате неустойки, которая подверглась редукции на основании ст. 333 ГК РФ, не прекращается, но на период до вступления в силу решения суда о применении ст. 333 ГК РФ считается как бы замороженной, а заявитель зачета не признается находящимся в просрочке в этой части своего пассивного обязательства весь этот период. Регулятивные проценты за этот период будут начисляться, но штрафные санкции за невольно образовавшуюся просрочку – нет.

Отрицательным аспектом такого подхода будет то, что даже в ситуации очевидной, бросающейся в глаза несоразмерности активного требования об уплате неустойки заявлению кредитора по такому требованию зачета позволит заявителю зачета на достаточно долгий период судебных разбирательств исключить свою собственную ответственность за просрочку по пассивному требованию, а также необходимость уплаты охранительных процентов (неустоек) по нему. Представим, что между сторонами были в разное время заключены договоры поставки и займа. В договоре поставки была предусмотрена неустойка за просрочку в оплате в размере 1% в день (365–366% годовых). Покупатель задержал оплату на четыре месяца, но затем погасил долг, оставшись должным сумму начисленной неустойки, номинальный размер кото-

рой больше суммы основного исходного долга. Очевидно, что в российских судах нет ни малейшего шанса на взыскание такого размера неустойки, но поставщик заявляет к зачету свое требование об уплате такой неустойки против требования другой стороны о возврате займа. Сумма неустойки может превзойти по размеру сумму займа, а следовательно, в рамках описанной концепции за весь период судебных разбирательств поставщик, предъявивший такое несколько виртуальное требование о выплате неустойки к зачету, хотя и не избежит уплаты регулятивных процентов за пользование займом, но освободится от уплаты процентов неустоек или охранительных процентов, начисленных за весь данный период, если заявитель зачета уже в просрочке по возврату займа. Это кажется несправедливым.

Возможно и такое компромиссное решение: в ситуации, когда размер неустойки не является очевидно несоразмерным (например, с точки зрения сегодняшней практики не более 0,1% за каждый день просрочки), но суд с учетом специфических обстоятельств считает возможным снизить неустойку, следует принять во внимание неведение заявителя зачета о том, что его долг не был полностью погашен, так как этот долг ретроактивно обнаружился по обстоятельствам, риск которых на нем не лежит и материализация которых зависит от усмотрения суда, и в связи с этим исключить из периода его просрочки все время до момента вступления в силу решения суда об уменьшении неустойки. В тех же случаях, когда неустойка заведомо несоразмерна, такой льготы заявителю зачета давать не следует, и он должен нести риск ретроактивного эффекта действия решения о снижении неустойки.

Впрочем, следует признать, что данный феномен заморозки просрочки на период с момента заявления зачета до вступления в силу решения суда о применении ст. 333 ГК РФ не очень легко обосновать догматически. Если мы отвергаем вариант кондикционного обоснования иска о довызыскании избыточно заченного как абсолютно неприемлемый и соглашаемся с тем, что в описанной ситуации избыточно заченная часть основного долга не прекращается в момент зачета и сохраняется именно как часть исходного (как правило договорного) обязательства заявителя зачета, логически сложно избежать вывода о просрочке заявителя зачета. Поэтому иногда предлагается не изобретать какие-то нестандартные решения, а смириться с тем, что заявитель зачета в такой ситуации действует на свой риск. В конечном счете, если заявитель зачета не был коммерсантом, то он может освободиться от уплаты штрафных санкций за невольную просрочку в ситуации, когда несоразмерность неустойки ему не была очевидна, сославшись

на отсутствие вины (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ). А коммерсант в принципе действует в обороте на свой риск.

Впрочем, не исключено обнаружение догматического обоснования и для защиты коммерсанта, как минимум если неустойка носит договорный характер. Таким основанием может быть ссылка на эстоппель. Ведь должник по обязательству об уплате неустойки в начале добровольно согласился ее уплатить на случай нарушения, сформировав для кредитора разумные основания полагаться на то, что ему такая сумма неустойки причитается и что его зачет правомерен. Эти разумные ожидания будут подорваны в случае применения ст. 333 ГК РФ. Это само по себе не препятствует применению ст. 333 ГК РФ, но попытка пойти дальше и превратить защитную норму ст. 333 ГК РФ в повод для привлечения к ответственности кредитора и взыскания с заявителя зачета неустойки за невольную просрочку в оплате в ситуации, когда несоразмерность неустойки не носит заведомый характер, может быть заблокирована за счет применения эстоппеля.

Как бы то ни было, окончательное решение данного вопроса в доктрине и судебной практике в настоящее время еще не сложилось. В связи с этим инициатор зачета, использующий в качестве активного неустоечное требование, должен осознавать все связанные с этим риски.

При этом очевидно, что в ситуации, когда заявителем зачета является не кредитор по требованию об уплате неустойки, а должник, оснований для применения ст. 333 ГК РФ нет, так как, заявляя зачет, такой должник признает размер неустойки соразмерным. Последующая попытка апелляции к ст. 333 ГК РФ явно противоречит правилу эстоппель или может блокироваться на основании квалификации такого зачета в качестве подразумеваемого отказа от осуществления права на снижение неустойки, если только само заявление о зачете не будет оспорено (например, в связи с принуждением по п. 1 ст. 179 ГК РФ).

Все вышесказанное с необходимыми адаптациями применимо и к требованию о возврате двойного размера задатка, которое также может быть редуцировано по правилам ст. 333 ГК РФ.

3.2.2. Зачет охранительных притязаний и правила об ограничении или освобождении от ответственности

Помимо проблемы применения к ранее использованному для зачета неустоечному притязанию предписаний ст. 333 ГК РФ, возникает также вопрос о том, как в аналогичном контексте применительно к зачету неустойки и иных охранительных притязаний (мораторных процентов, убытков, возмещения вреда) работают правила ст. 401, 404, п. 2 ст. 1064, п. 1 ст. 1079, ст. 1083 ГК РФ и ряда иных подобных норм

об основаниях освобождения от ответственности, а также ограничениях ответственности при совместной вине или нарушении правил митигации убытков.

Как указывалось выше, само по себе наличие этих правил об ограничении или освобождении от ответственности не препятствует зачету охранительных притязаний (п. 12 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

В ситуации, когда охранительное притязание выступает в качестве пассивного (т.е. в качестве заявителя зачета выступает должник по соответствующему охранительному притязанию), последующее применение к такому притязанию правил ст. 401, п. 2 ст. 1064 ГК РФ и иных подобных норм об основаниях освобождения от ответственности при отсутствии вины (или наличии обстоятельств непреодолимой силы) должно быть исключено. Ведь, предъявляя к зачету подобное притязание, заявитель зачета (должник по такому притязанию) очевидно знает (должен знать) о наличии оснований для его возникновения (наличии собственной вины — для должника, не осуществляющего предпринимательскую деятельность, отсутствии обстоятельств непреодолимой силы — для должника-коммерсанта). И если должник признает эти основания для своей ответственности существующими, а охранительное притязание к себе возникшим, было бы верхом несправедливости, если бы правопорядок позволил ему позднее «отыграть назад», дезавуировать собственное волеизъявление и сослаться на отсутствие оснований для возникновения соответствующего притязания (отсутствие вины, наличие обстоятельств непреодолимой силы). При этом аргументация такого подхода может строиться по-разному. Можно считать последующее поведение должника по охранительному притязанию, ранее заявившему о зачете такого притязания против иного долга, а теперь пытающемуся сослаться на основания освобождения от ответственности, противоречивым (недобросовестным), и отказать такому должнику в защите (п. 2 ст. 10 ГК РФ). Можно считать, что, признав посредством заявления о зачете наличие собственного долга по охранительному притязанию, даже если наличествовали основания для освобождения от ответственности, должник имплицитно отказался от осуществления права апеллировать к таким возражениям. При любом обосновании итог один.

Однако ситуация кардинально меняется, когда охранительное притязание используется для зачета в качестве активного требования, т.е. заявителем зачета выступает кредитор по соответствующему притязанию. В подобной ситуации заявление о зачете не может лишить должника (адресата зачета) возможности сослаться на наличие основа-

ний для освобождения от ответственности. И если такая ссылка будет признана судом обоснованной, это будет означать, что активное требование о привлечении к ответственности в момент заявления о зачете отсутствовало, а значит, ввиду отсутствия предпосылки встречности, зачет не состоялся. Как следствие, по собственному долгу, который использовался заявителем зачета в качестве пассивного требования, заявитель зачета может оказаться в достаточно длительной продолжающейся просрочке. Этот риск должен приниматься во внимание заявителем зачета. Если заявитель зачета не готов его нести, целесообразно не использовать для зачета в качестве активного охранительное притязание (о возмещении убытков, уплате неустойки, процентов годовых по ст. 395 ГК РФ), либо воспользоваться для его прекращения иными, чем зачет, способами, например, конструкцией договорного зачета (см. п. 11.1 комментария к настоящей статье).

Аналогичный риск связан с применением к охранительному притязанию, использованному для зачета, правил ст. 404, 1083 ГК РФ и ряда иных подобных норм о совместной вине или нарушении требований к митигации убытков. Возможность последующего применения таких правил к охранительным притязаниям, ранее использованным для зачета, однозначно сохраняется в случае, когда такое охранительное притязание в рамках зачета выступало в качестве активного (т.е. заявителем зачета выступал кредитор по подобному требованию, который сам отчасти виноват в нарушении или нарушил правила митигации). Такой кредитор, завив зачет, не может лишить должника возможностей апеллировать к ст. 404 или ст. 1083 ГК РФ. Соответственно, заявитель зачета рискует оказаться сам в просрочке по своему основному долгу, причем ретроактивно. Защищать его от риска ретроактивного впадения в просрочку, как это, возможно, стоит делать в некоторых случаях в аналогичной ситуации с применением ст. 333 ГК РФ, здесь нет смысла.

В тех же случаях, когда такое притязание носит в контексте зачета пассивный характер, и о зачете заявляет нарушитель договора или делинквент, обязанный к возмещению убытков, такое заявление, казалось бы, выступает в качестве признания своего долга и подразумеваемого отказа от использования возражений, предусмотренных в ст. 404 и ст. 1083 ГК РФ. В тех редких ситуациях, когда заявитель зачета не знал о том, что допущенное им нарушение, спровоцировавшее возникновение его долга по возмещению убытков, произошло в силу совместной вины, или не знал, что потерпевшим лицом нарушены правила митигации убытков, теоретически заявитель может оспорить заявленный им зачет на основании правил ст. 178 и 179 ГК РФ в связи

с заблуждением или обманом. Аннулирование зачета в такой ситуации будет возможно, если будет установлено недобросовестное умолчание кредитором или предоставление им недостоверной информации о соответствующих обстоятельствах.

4. Осуществимость активного требования

Необходимой предпосылкой зачета является принудительная осуществимость требования заявителя зачета (активного требования).

4.1. Наступление срока исполнения как показатель осуществимости

Воплощая эту предпосылку, ст. 410 ГК РФ предусматривает, что требование заявителя зачета может использоваться для зачета лишь в том случае, если по требованию, в отношении которого установлен срок исполнения, этот срок исполнения наступил (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). При этом, согласно комментируемой норме, в ситуации, когда срок исполнения активного требования не указан или определен моментом востребования, такие требования могут использоваться для зачета без необходимости предъявления другой стороне требования об исполнении и выжидания истечения льготного семидневного или иного срока, предоставленного должнику по такому требованию в силу п. 2 ст. 314 ГК РФ или специальных норм закона.

4.2. Уточнение критерия наступления срока исполнения по активному требованию

Определенные сложности возникают в ситуации, когда срок исполнения активного требования определен периодом времени, установленным в интересах должника (т.е. когда срок предоставляет должнику возможность исполнить обязательство в любой из дней данного периода). В какой момент соответствующая предпосылка осуществимости будет выполнена и активное требование станет зачетоспособным: в момент начала соответствующего периода или его окончания? На первый взгляд кажется, что буквальный текст закона предполагает первый вариант. Ведь в ст. 410 ГК РФ речь идет о наступлении срока исполнения, а не о его окончании. Однако нельзя не заметить, что зачастую отечественный законодатель использует словосочетание «срок наступил» применительно к такому установленному в интересах должника сроку в виде периода времени в значении «срок истек» или «наступила просрочка» (см., например, п. 3 ст. 319.1, п. 6 ст. 367 ГК РФ и комментарии к ним). Поэтому само по себе такое словоупотребление в ст. 410 ГК РФ ничего не доказывает.

Телеологическое же толкование склоняет, скорее, ко второму варианту – к восприятию данной предпосылки как необходимости

истечения данного периода и наступления просрочки. Ведь указанная предпосылка призвана защитить адресата зачета (должника по активному требованию), исключить ситуацию, когда посредством зачета его заявитель сможет проигнорировать имеющиеся у должника возражения и получить принудительно исполнение раньше, чем он мог бы получить исполнение в рамках попытки взыскания долга через суд. Не случайно в официальном комментарии к ст. 8.1 Принципов УНИДРУА, характеризующую соответствующую предпосылку, указывается: «Срок исполнения обязательства наступает, когда кредитор имеет право требовать исполнения от должника, и должник не имеет какой-либо защиты от этого требования». Тот же подход характерен и для многих европейских стран: зачет невозможен в той степени, в которой у должника по активному требованию есть эффективное возражение, останавливающее принудительное исполнение обязательства, в том числе дилаторное (отсрочивающее) возражение о том, что заявленное требование еще не созрело. В связи с этим корректнее воспринимать использованное в тексте ст. 410 ГК РФ применительно к активному требованию словосочетание «срок наступил» в контексте ситуации, когда срок активного требования исчисляется периодом времени, отводимым должнику на исполнение, как означающее, что активное требование становится зачетоспособным с момента окончания соответствующего периода. Подобный подход разделяет и правоприменительная практика (см. Определение СКГД ВС РФ от 27 марта 2018 г. № 38-КГ18-4).

Если, например, покупатель по договору имеет шесть месяцев на оплату поставленного товара, а сам продавец задолжал покупателю за оказанные ранее услуги, продавец не может до истечения этих шести месяцев зачесть свое активное требование об оплате против своего созревшего пассивного обязательства по оплате услуг.

Случаи же с бессрочными обязательствами и обязательствами, исполнение которых установлено до востребования, в данном контексте представляют собой исключение, так как по таким активным требованиям дожидаться попадания должника в просрочку заявитель зачета не обязан. С формальной точки зрения до введения должника по бессрочному обязательству в просрочку по правилам п. 2 ст. 314 ГК РФ и истечения льготного срока у заявителя зачета нет возможности добиться принудительного исполнения, но комментируемая норма тем не менее допускает в такой ситуации зачет. Предъявление предварительного требования и льготный срок необходимы для информирования должника о «созревании» его обязанности и подготовки к исполнению. Однако, поскольку в рамках зачета подобного испол-

нения не производится, в таком предупреждении должник просто не нуждается.

4.3. Заранее сделанное заявление о зачете

Поскольку все предпосылки зачета должны наличествовать на момент совершения зачета, заявление о зачете, сделанное до того, как активное требование стало осуществимым, не должно влечь никаких последствий. Ранее судебная практика воспринимала эту идею достаточно категорично, отказывая в подобных ситуациях заявителю зачета в правовом эффекте не только в момент его совершения, но и в последующем, при наступлении срока исполнения активного требования (п. 18 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Подобный подход страдал излишним ригоризмом и зачастую приводил к несправедливым решениям. Например, в одном из дел возникла ситуация, когда кредитор по активному требованию, срок которого, установленный в интересах должника, исчислялся периодом, сделал заявление о зачете после начала соответствующего периода, но до его истечения, и считал соответствующие требования прекращенными. ВС РФ не признал правового эффекта за соответствующим заявлением ни в момент его совершения, ни после истечения соответствующего периода (см. Определение СКГД ВС РФ от 27 марта 2018 г. № 38-КГ18-4). На наш взгляд, такой подход, предоставляющий защиту адресату зачета исключительно по формальным причинам, в ситуации, когда направленность воли заявителя зачета достаточно очевидна и не вызывает для адресата никаких сложностей в ее восприятии, крайне сомнителен. Суд вполне мог бы признать такое заявление о зачете правомерным, но возымевшим правопрекращающий правовой эффект с задержкой, в момент, когда активное требование созрело.

Видимо, разделяя эти сомнения, Пленум ВС РФ в абзаце третьем п. 13 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 предлагает менее категоричный подход: «Если лицо получило заявление о зачете от своего контрагента... до наступления срока исполнения активного требования, то после наступления соответствующих сроков зачет считается состоявшимся в момент, когда обязательства стали способны к зачету, т.е. наступили установленные законом условия для зачета». Таким образом, ВС РФ устанавливает изъятие из общего правила, допуская правовой эффект заявления о зачете, сделанного в отсутствие предпосылки осуществимости активного требования («предзачет»). Однако этот эффект признается не немедленно, а только с момента выполнения данной предпосылки.

Но очевидно, что для совершения предзачета необходимо, чтобы активное требование уже существовало, и единственным недостающим

для срабатывания зачета условием являлось истечение установленного срока на исполнение. Если, например, сторона заявляет другой стороне о зачете с участием своих возможных к возникновению в будущем требований на случай, если таковые появятся, это заявление не должно иметь юридической силы. Адресат такого заявления не должен обклеивать свой холодильник напоминаниями о таких предзачетах для того, чтобы не забыть о них в момент, когда к нему возникнет в будущем то или иное требование заявителя зачета. Иное толкование ввергало бы адресата зачета в правовую неопределенность и вынуждало бы помнить обо всех таких заранее сделанных заявлениях. Сказанное не исключает возможность для сторон договориться об автоматическом зачете тех требований, которые будут возникать в будущем по мере их появления, но в одностороннем порядке реализовать эту задачу вряд ли возможно.

4.4. Зачет требования, срок которого не наступил

С 1 июня 2015 г. ст. 410 ГК РФ дополнена указанием на допустимость в предусмотренных законом случаях зачета требования заявителя зачета, срок которого не наступил. Одним из таких исключений является случай бессрочного или установленного до востребования активного обязательства. В отношении такого требования при попытке взыскать долг до истечения льготного срока у должника имеется дилаторное возражение о преждевременности иска, но сам ГК РФ допускает зачет, несмотря на это.

Какие еще ситуации могли подразумевать авторы этой новеллы? Возможно, законодатель имел в виду ситуации, когда заявитель зачета в силу закона имеет право требовать досрочного исполнения (см., например, ст. 351, 811, 813, 814 ГК РФ). Если так, то подобные ситуации вряд ли нуждались в соответствующей регламентации и формулировании особого правила. Когда заявитель зачета имеет право требовать досрочного исполнения активного требования, в заявлении о зачете мы можем увидеть одновременно два волеизъявления компенсанта: а) на реализацию своего секундарного права на изменение срока исполнения активного требования и б) на зачет соответствующего требования по общим правилам комментируемой статьи. Соответственно, при предложенном понимании обсуждаемая новелла ст. 410 ГК РФ является «избыточным регулированием». Кроме того, право на акселерацию может быть не только установлено в законе, но и оговорено в договоре (с некоторыми ограничениями, вытекающими из п. 2 ст. 310 и ст. 821.1 ГК РФ).

Если исключить случаи, когда у заявителя зачета было право на акселерацию долга, примеры таких специальных норм закона, которые действовали бы на момент принятия рассматриваемой но-

веллы или появились позднее, отыскать затруднительно. Возможно, на статус одного из таких примеров могут претендовать предписания п. 4 ст. 32.3 Закона об АО, появившиеся в отечественном законодательстве в рамках законодательства о конвертируемых займах в июле 2021 г. Согласно данной норме, дополнительные акции заемщика, являющегося непубличным обществом, подлежащие размещению во исполнение конвертируемого займа, оплачиваются путем зачета денежных требований займодавца к заемщику по обязательствам из договора конвертируемого займа. При этом соответствующий зачет допускается даже в случае, когда срок исполнения этих требований, в том числе срок возврата суммы займа, еще не наступил. Однако даже данная норма не ставит точку в дискуссии о цели и логических пределах рассматриваемой новеллы ГК РФ. Ведь и в таком случае само заявление о зачете можно рассматривать в качестве волеизъявления на акселерацию заемного долга.

4.5. Иные, чем срок, критерии осуществимости активного требования

Наступление срока является лишь одним из показателей общей предпосылки принудительной осуществимости активного требования. При толковании текста ст. 410 ГК РФ необходимо учитывать, что зачет представляет собой не только «суррогат» исполнения собственного пассивного обязательства заявителя зачета, но и является способом принудительного осуществления активного требования заявителя зачета. Соответственно, необходимо обеспечить, чтобы положение адресата в результате зачета не ухудшилось по сравнению с тем, каковым бы оно было при предъявлении к нему требования об исполнении в судебном порядке. Поэтому по общему правилу зачет невозможен, если у адресата зачета имеется возражение, способное остановить удовлетворение требования в случае его заявления в суд, либо если активное требование в силу иных причин не может быть принудительно осуществлено на момент совершения заявления о зачете или вообще. Это общепризнанный аспект правового регулирования зачета, действующий как общее правило.

Если сторона правомерно осуществила приостановление своего обязательства на основании правил п. 2 ст. 328 ГК РФ, кредитор по такому обязательству не может добиться погашения такого долга путем зачета, представив к зачету свой однородный долг, так как это позволит лишиться первую сторону возражения и добиться погашения долга, несмотря на неосуществимость требования заявителя зачета. Например, если покупатель на основании п. 2 ст. 328 ГК РФ правомерно приостановил оплату проданного ему в рассрочку товара в связи

с обнаружением скрытых дефектов на период установления продавцу разумного срока на устранение таких дефектов, продавец не вправе вместо устранения дефекта преодолеть это возражение, добившись удовлетворения своего притязания на оплату за счет представления к зачету своего собственного долга перед покупателем, возникшему из некоего иного основания.

Также следует признать недопустимым зачет в ситуации, когда активное требование заявителя зачета является натуральным, в частности вытекающим из игры или пари (п. 1 ст. 1062 ГК РФ). При этом не имеет значения, обеспечено принудительной защитой встречное требование адресата зачета или же оно также является натуральным (подробнее см. официальные комментарии к ст. 8.1 Принципов УНИДРУА, ст. III.—6:102 Модельных правил европейского частного права).

Неспособность к принудительному осуществлению делает невозможным предъявление к зачету и требования заявителя зачета, на которое наложен арест, так как в силу ч. 1 ст. 83 Закона об исполнительном производстве должнику, чье право требования к дебитору было арестовано, запрещено совершать действия, направленные на прекращение арестованного требования.

Осуществимость активного требования отсутствует и в ситуации установления в отношении него моратория на исполнение. Например, при частном моратории, возникающем по мнению ВС РФ, в факультативной концепции отступного, кредитор не вправе потребовать исполнения первоначального обязательства до истечения срока предоставления отступного (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), а потому не вправе и заявить о зачете по этому первоначальному обязательству.

Спорным является вопрос о допустимости зачета в ситуации, когда требование заявителя зачета к другой стороне (активное требование) вытекает из обязательства, принудительное исполнение которого в натуре в судебном порядке не допускается в силу указаний в законе, договоре или существа обязательства (ст. 308.3 ГК РФ). Если не подлежит защите путем принуждения к исполнению в натуре требование адресата зачета к заявителю зачета, это не препятствует зачету, так как заявитель зачета не ухудшает, а улучшает положение адресата зачета. Но если такой характер имеет активное требование заявителя зачета к адресату, зачет может существенно нарушить интересы последнего, позволив заявителю зачета *de facto* получить исполнение в натуре обходным путем.

Так, например, судебная практика не допускает принуждение банка к выдаче кредита по заключенному договору кредита (см. п. 11 Ин-

формационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 147). Это ограничение небесспорно, и к нему можно относиться по-разному, но, как бы то ни было, ВАС РФ выводил из этого, что заемщик не может зачесть свое требование к банку о выдаче кредита к своему долгу перед банком, возникшему из иного договора (п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Из этого следует вывод о недопустимости зачета не только активного требования заемщика к банку о выдаче кредита, но и требования заемщика о выдаче займа по консенсуальному договору займа. Нередко суды блокируют возможность взыскания предоплаты с покупателя или заказчика со ссылкой на правила п. 3 ст. 328 ГК РФ. Если признать такое ограничение применимым (что вызывает споры, см. комментарий к п. 3 ст. 328 ГК РФ), то и здесь обнаруживается повод задуматься о допустимости зачета активного требования о выплате аванса (предоплаты).

Возможность принуждения дарителя по консенсуальному договору дарения к передаче дара ставится отдельными исследователями под сомнение (см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). В случае утверждения в российской судебной практике запрета на принуждение к предоставлению денежного дара должен признаваться и запрет зачета требования заявителя зачета к дарителю о предоставлении денежного дара к встречному требованию дарителя к одаряемому, которое может быть принудительно осуществлено.

4.6. Истечение исковой давности

Для эффективности зачета необходимо, чтобы по активному требованию к моменту заявления зачета не истекла исковая давность. Этот аспект является продолжением критерия принудительной осуществимости и по логике должен был быть упомянут в комментируемой статье среди позитивных предпосылок зачета, но в силу редакционной неточности он упомянут в ст. 411 ГК РФ среди ограничений на зачет (подробнее см. комментарий к ст. 411 ГК РФ).

5. Исполнимость пассивного требования

Согласно буквальному значению ст. 410 ГК РФ, созревшим (в смысле принудительной осуществимости) должно быть именно и только требование заявителя зачета, т.е. активное требование. Что же касается пассивного требования (т.е. требования адресата зачета к заявителю), то достаточно того, что заявитель зачета имел правовую возможность исполнить свое обязательство, а адресат зачета был обязан принять исполнение по нему, если бы заявитель зачета попытался осуществить такое исполнение вместо совершения зачета.

Соответственно, требуется, чтобы сам долг заявителя зачета перед адресатом уже возник (т.е. было налицо правовое основание для пассивного обязательства) и все отлагательные условия для его созревания наступили. Поскольку до этого момента у заявителя зачета просто не было оснований для осуществления исполнения.

Далее если в отношении пассивного обязательства не установлен срок исполнения или оно должно исполняться при востребовании, у заявителя зачета право осуществить свое исполнение возникает в силу ст. 314 ГК РФ либо после востребования, либо в ситуации отсутствия востребования – по прошествии разумного срока. Соответственно, если востребование произошло или истек разумный срок на востребование, по прошествии которого должник может требовать от кредитора принятия исполнения в силу п. 2 ст. 314 ГК РФ, должник по данному обязательству может представить его к зачету против своего встречного созревшего активного требования. Если востребование не произошло и при этом разумный срок на востребование не истек, данное пассивное обязательство не может зачитываться, так как не наступили основания, позволяющие должнику исполнить свое обязательство.

Если в отношении пассивного обязательства установлен срок в виде периода времени, отводимого на исполнение, и очевидно, что воля сторон была направлена на предоставление должнику возможности исполнить свое обязательство в течение всего этого периода, это значит, что данный срок установлен исключительно в интересах должника. Как только такой срок начинает исчисляться, должник получает возможность произвести зачет с учетом этого своего обязательства. Если он может заплатить в первый день течения этого периода, он вправе погасить свой долг путем зачета в этот день. В такой ситуации никакое досрочное исполнение должник не осуществляет, он погашает свой долг в то время, которое ему отводится условиями обязательства.

Например, представим, что на момент заявления о зачете у покупателя, получившего товар, имеется а) долг по оплате товара и течет 15-й день 90-дневного периода, отведенного договором на оплату, и б) активное требование, по которому уже давно наступил срок исполнения и имеется просрочка. В такой ситуации покупатель, безусловно, может заявить зачет. Ждать истечения отведенного ему срока на оплату товара, чтобы заявить зачет, не нужно.

Когда срок на исполнение пассивного обязательства определен периодом времени, который еще не начал исчисляться (например, должник должен заплатить в определенное временное окно в будущем), или вовсе путем указания на календарную дату в будущем (например, должник должен заплатить 1 марта 2022 г.), может встать

вопрос о том, в чьих интересах установлен данный срок исполнения. Если в интересах одного лишь должника, то его досрочное исполнение может быть признано приемлемым, а отказ от принятия такого платежа недобросовестным. Например, если оплата долга за переданные ценные бумаги должна согласно условиям обязательства быть осуществлена 1 марта 2022 г., покупатель, видимо, может заявить зачет с учетом такого пассивного обязательства, не дожидаясь этой даты, если нет оснований считать, что такой способ определения срока был обусловлен реализацией того или иного интереса кредитора не получать платеж ранее.

Если же такой срок установлен в интересах исключительно или в том числе кредитора, то досрочное исполнение неправомерно, и кредитор вправе его отвергнуть, если право на досрочное исполнение не предусмотрено программой обязательства. В той степени, в которой кредитор вправе отвергнуть досрочное исполнение, заявление зачета «с участием» такого пассивного обязательства не должно допускаться. Классический пример налицо в ситуации, когда заемщику был предоставлен на определенный срок процентный заем или кредит, и на досрочный возврат финансирования у него нет права. В такой ситуации этот заемщик не может погасить свой заемный или кредитный долг досрочно ни путем платежа, ни представив его к зачету против некоего своего активного требования к банку (займодавцу), возникшему из некоего иного основания. Иначе получилось бы, что он навязывает партнеру досрочное исполнение обязательства, которое тот вправе был бы не применять, лишая его права на начисление регулятивных процентов. То же и в случае, когда из условий пассивного обязательства недвусмысленно следует, что кредитор по данному обязательству не желал получать платеж ранее, или такой досрочный платеж может противоречить интересам кредитора (например, в договоре указано, что платеж должен осуществляться не ранее определенной даты).

Это прочтение ст. 410 ГК РФ в целом воспринято и правоприменительной практикой. Согласно абзацу второму п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 «по смыслу статей 410, 315 ГК РФ для зачета не является необходимым наступление срока исполнения пассивного требования, если оно в соответствии с законом или договором может быть исполнено досрочно».

Такой подход вполне оправдан.

Большинство зарубежных право порядков, а также наднациональные унификации частного права (ст. 8.1 Принципов УНИДРУА и ст. III.–6:102 Модельных правил европейского частного права) предпочитают именно такой вариант.

Впрочем, проблема связана с не вполне удачной нормой ст. 315 ГК РФ, которая определяет возможность досрочного исполнения в привязке не к целям установления срока, как это принято в зарубежном праве, а к субъектному составу обязательства. Данная статья по общему правилу блокирует досрочное исполнение обязательств, связанных с осуществлением обеими сторонами предпринимательской деятельности, и, напротив, допускает такое исполнение в отношении иных обязательств. Эти правила требуют достаточно творческого толкования в целях приведения правового регулирования в соответствие с соображениями разумности и справедливости (подробнее см. комментариев к ст. 315 ГК РФ).

Спорным может являться случай, когда пассивное обязательство заявителя зачета должно исполняться строго после осуществления адресатом зачета встречного исполнения, и такое встречное исполнение на момент заявления зачета еще не осуществлено. Может ли покупатель, который должен платить за товар после его поставки, представить свой долг к зачету против своего же активного и вполне созревшего требования к адресату зачета? Может ли арендатор заявить зачет, предъявив к зачету свое пассивное обязательство уплатить арендную плату за будущие периоды аренды? Сложность данной ситуации в том, что нет гарантий того, что товар в итоге будет поставлен, а владение и пользование арендатору в будущие периоды будет обеспечено. Иначе говоря, созревание пассивного обязательства не предопределено. Получается, что здесь созревание пассивного долга обусловлено не обстоятельством, которое неизбежно наступит, а обстоятельством, которое может и не возникнуть. Этот вопрос можно отнести к категории спорных. В принципе, если развивать идею осуществимости, то попытка арендатора или покупателя заплатить не после осуществления встречного предоставления, как это предусмотрено договором, а до этого, является попыткой досрочного исполнения и может быть отвергнута кредитором, а следовательно, говорить об осуществимости этого пассивного обязательства и праве навязать инверсию очередности обмена нельзя. А если так, то и право на зачет в такой ситуации оказывается под сомнением.

Может возникнуть вопрос, а зачем должнику, чье пассивное обязательство еще не созрело, заявлять его к зачету против своего вполне созревшего активного требования. В большинстве случаев действительно в этом нет особого смысла. Ведь можно просто дождаться наступления момента исполнимости своего обязательства и далее заявить зачет без значительных проблем. Но в ряде ситуаций могут быть основания для такой поспешности. Например, финансовое положение кредитора

по пассивному обязательству может быть под сомнением, а затягивание с зачетом может привести к тому, что этот кредитор впадет в банкротство, и далее заявить зачет уже не получится в свете запрета на зачет в банкротстве.

5.1. Заявление о зачете до наступления момента исполнимости пассивного обязательства

Если заявление о зачете делает лицо, обремененное пассивным обязательством, исполнить которое данное лицо в силу правил о сроке и досрочном исполнении не может, то такое преждевременное заявление, согласно позиции ВС РФ, нельзя игнорировать, так как оно возымеет правопрекращающий эффект после того, как эта предпосылка для зачета созреет (п. 13 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Например, заемщик, срок возврата займа которого наступает не ранее 1 марта 2022 г., может совершить «предзачет» и ранее, предъявив этот долг против своего активного требования, принудительная осуществимость которого уже наступила или наступит также в будущем, но прекращение обязательств состоится 1 марта 2022 г. (если к этому времени созреет активное требование) или позже, когда наступит момент принудительной осуществимости активного требования.

5.2. Зачет пассивного требования, принудительное исполнение которого невозможно

Так как осуществимость требования касается только требования заявителя зачета, но не встречного требования к нему (пассивного требования), следует признать допустимость зачета и в тех случаях, когда обязательство заявителя зачета носит натуральный характер.

Равным образом, и в иных случаях, когда невозможность принудительного исполнения пассивного требования установлена в интересах защиты должника, подобное требование может быть использовано им для зачета. Например, частный мораторий по пассивному требованию, имплицитно вытекающий, по мнению ВС РФ, из соглашения об отступном (п. 4 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), не препятствует должнику заявить о зачете первоначального обязательства.

Иным образом должна оцениваться ситуация, когда невозможность принудительного исполнения пассивного требования установлена в целях защиты третьих лиц. Наглядным примером подобного являются случаи ареста пассивного требования в интересах третьих лиц. Современная отечественная практика подходит к этому вопросу радикально, безусловно исключая возможность такого зачета. Согласно п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 «арест

денежных средств на банковских счетах должника означает запрет их списания в пределах суммы, указанной в исполнительном документе, а также запрет банку (кредитной организации) заявлять о зачете своего требования к должнику, являющемуся его клиентом».

В зарубежных правовых порядках предлагается более гибкое регулирование. Так, согласно § 392 ГГУ при наложении на пассивное требование ареста должник по нему вправе осуществить зачет, за исключением случаев, когда он приобрел активное требование после наложения ареста, либо срок исполнения активного требования наступил лишь после наложения ареста и позднее, чем по пассивному требованию. Таким образом, если активное требование стало зачетоспособным до момента ареста или кредитор по активному требованию (должник по арестованному требованию) имел разумные ожидания того, что он сможет произвести зачет (т.е. его требование созревало раньше, чем арестованное требование), то арест не должен препятствовать такому зачету. Подобный подход, помимо прочего, синхронизируется с идеей ретроактивности зачета (см. п. 7.1 и 7.2 комментария к настоящей статье), относя решение вопроса о его допустимости из актуального состояния к моменту, когда требования впервые стали зачетоспособными. Соответственно, если отечественный правовой порядок признает ретроактивность, он вполне может воспринять указанный подход.

Однако такое решение, защищая интересы и правомерные ожидания должника по арестованному пассивному требованию (заявителя зачета), в определенной степени выхолащивает цель ареста. Оно нарушает ожидания третьего лица, в интересах которого наложен арест, поскольку позволяет в ряде ситуаций игнорировать такой арест. В целях недопущения подобной дискриминации может быть предложен следующий вариант: если на пассивное требование наложен арест в интересах третьих лиц, должник по нему (кредитор по активному требованию) вправе осуществить зачет, за исключением случаев, когда он знал или должен был знать о наличии ареста пассивного требования.

Наконец, мыслим и компромиссный вариант, сочетающий базовые идеи двух предыдущих: если на пассивное требование наложен арест в интересах третьих лиц, должник по нему (кредитор по активному требованию) вправе осуществить зачет, если созревание его активного требования возникло до наложения ареста (т.е. он мог осуществить зачет до наложения ареста) и при этом он не знал и не должен был знать об аресте на момент заявления зачета.

Все указанные, а также иные варианты обсуждались при подготовке Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, однако разъяснения по данному вопросу в его финальную версию не вошли. Видимо,

не будучи уверенным в том или ином решении, ВС РФ предпочел не высказывать свою позицию на сей счет, оставив практику с радикальным подходом п. 45 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 о безусловной недопустимости зачета в приведенной ситуации.

6. Механизм зачета

6.1. Заявление о зачете

В некоторых зарубежных правовых порядках реализована идея автоматического срабатывания зачета в силу закона в момент созревания всех условий для зачета, и того или иного волеизъявления, направленного на осуществление зачета для прекращения обязательств, не требуется (например, до реформы ГК Франции 2016 года такой подход был принят во французском праве). Но российское законодательство идет (вслед за немецким правом и правом ряда иных стран) иным путем и исходит из того, что само по себе наличие условий для зачета без заявления о зачете не прекращает обязательства сторон (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Необходимым для зачета ст. 410 ГК РФ считает волеизъявление одной из сторон. Этот подход сейчас является наиболее распространенным; он, в частности, отражен в ст. 8.3 Принципов УНИДРУА, ст. III.—6:105 Модельных правил европейского частного права.

По своей правовой природе такое заявление является односторонней сделкой, совершение которой реализует секундарное (преобразовательное) право соответствующей стороны на прекращение взаимных обязательств (см.: постановления Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1394/12, от 19 февраля 2013 г. № 8364/11; п. 50 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25; п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

При этом речь идет об односторонней сделке, требующей восприятия. Соответственно, для прекращения взаимных обязательств заявление о зачете должно быть доставлено адресату зачета (или считаться доставленным ему по правилам ст. 165.1 ГК РФ). Такое заявление порождает правовой эффект при условии его доставки (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Заявление, не доставленное адресату зачета, правовых последствий не влечет (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Впрочем, сказанное не означает, что дата прекращения взаимных обязательств определяется по моменту доставки, так как российская

судебная практика придерживается сейчас небесспорной идеи ретроактивного действия зачета (см. п. 7 комментария к настоящей статье).

Ввиду характера заявления о зачете как односторонней сделки, реализующей преобразовательное (секундарное) право, исключена возможность отказа от совершенного ранее зачета (см. п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Заявитель зачета может отозвать свое заявление, только если заявление об отзыве дойдет до адресата ранее или одновременно с ранее направленным заявлением о зачете. После доставки заявления о зачете отзыв становится невозможным.

6.2. Условия действительности заявления о зачете

Как и любая сделка, заявление о зачете требует соблюдения условий ее действительности, отсутствие которых влечет ничтожность или оспоримость зачета и как следствие – отсутствие или возможность аннулирования его правопрекращающего эффекта (см. п. 13 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, Постановление Президиума ВАС РФ от 7 февраля 2012 г. № 12990/11, п. 17 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Нарушение установленных в ст. 410 ГК РФ условий допустимости зачета влечет ничтожность (по п. 2 ст. 168 ГК РФ) сделанного заявления о зачете (см. п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). То же касается и случаев нарушения установленных в ст. 411 ГК РФ или в иных законах запретов на зачет.

Также зачет, как и любая иная сделка, может быть оспорен при наличии в нем пороков, создающих основания для оспаривания. Например, зачет может быть оспорен в банкротстве по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве об оспаривании сделок, создающих предпочтение одному из кредиторов.

6.3. Заявление о зачете под условием или с назначением срока

Последствием одностороннего волеизъявления о зачете должно являться окончательное и бесповоротное прекращение зачитываемых требований. Поэтому нередко утверждается, что заявление о зачете не может быть сделано под отлагательным условием или сроком, так как это навязывает адресату зачета правовую неопределенность (и необходимость прояснять факт наступления или ненаступления условия), на которую адресат зачета добровольно не соглашался. Это ограничение не закреплено в российском законе и не отражено в судебной практике, но известно ряду правопорядков (например, с некоторыми оговорками немецкому) и иногда поддерживается в российской науке.

Сказанное абсолютно справедливо для ситуации, когда зачет совершается под отлагательным условием (или отлагательным сроком),

наступление которого не зависит от адресата зачета, и выяснение этого обстоятельства представляет для адресата известную сложность. Однако, если речь идет о таких отлагательных условиях (отлагательном сроке), которые привязаны к обстоятельству, наступление которого находится в сфере контроля адресата или может быть им без каких-либо затруднений определено, обоснованность подобного предлагаемого запрета уже не выглядит столь очевидной. Ведь если адресат контролирует наступление (ненаступление) условия или может легко определить момент наступления такого условия или срока, степень неопределенности правового положения адресата зачета не является критичной, тем более что правопорядок достаточно лояльно относится к возможности совершить под подобными условиями или сроком иные односторонние сделки, направленные на прекращение обязательства (например, односторонний отказ от договора под условием неустранения нарушения в дополнительно отведенный срок (см. комментарий к ст. 450.1 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹)). В тех странах, в которых идея недопустимости условного зачета прямо отражена в кодификации, обычно считается, что данный запрет должен подвергаться телеологической редукции и не распространяться на такие условия, когда наступление условия находится в сфере информационного контроля адресата (например, Германия).

В связи с этим безусловный запрет на зачет под условием или с назначением срока выглядит несколько странно и не может быть оправдан ничем, кроме юридического пуризма. Если, например, заявитель зачета указывает в своем волеизъявлении, что зачет вступает в силу первого числа следующего месяца или при условии, что адресат предпримет действия по взысканию долга, элемент навязывания правовой неопределенности адресату отсутствует, и такое проявление автономии воли заявителя зачета можно допустить. Другой пример: в ответ на иск истца о взыскании долга ответчик, у которого имеется однородное и созревшее требование к истцу, может не заявить сразу же встречный иск (так как не намерен сейчас добиваться присуждения в свою пользу) и не объявить о бесповоротном зачете, сославшись на этот зачет в качестве возражения на иск (так как это потребует от него признания своего долга, с наличием или созреванием которого он не согласен), а возразит против удовлетворения исходного иска, но заявит о зачете, который вступит в силу при условии, что суд все-таки найдет основа-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов (автор комментария к ст. 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ния для удовлетворения первичного иска. Эта опция представляется вполне возможной и признается в праве многих стран (например, в немецком праве).

С этих позиций заслуживает поддержки подход ВС РФ, позволяющий «предзачет», т.е. заявление о зачете, правовой эффект которого поставлен под условие возникновения предпосылки осуществимости активного требования или предпосылки исполнимости пассивного требования. По сути, такой «предзачет» представляет собой зачет под условием, так как созревание активного или пассивного требований не предопределено и может не состояться по множеству разных причин. В абзаце третьем п. 13 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ указывает: «Если лицо получило заявление о зачете от своего контрагента до наступления срока исполнения пассивного требования при отсутствии условий для его досрочного исполнения или до наступления срока исполнения активного требования, то после наступления соответствующих сроков зачет считается состоявшимся в момент, когда обязательства стали способны к зачету, т.е. наступили установленные законом условия для зачета. Если наступил срок исполнения активного требования, но отсутствуют условия для досрочного исполнения пассивного требования, то должник по активному требованию вправе исполнить свое обязательство». В приведенной ситуации у адресата зачета отсутствует неопределенность относительно собственного правового положения, а само заявление о «предзачете» не нарушает интереса его адресата, поскольку не меняет его правового положения и не лишает возможности исполнить свое обязательство.

Иногда высказываемые опасения, что такой «предзачет» может нарушить интересы третьих лиц, кажутся необидительными. В частности, в ситуации, когда кредитор по активному требованию, сделав заявление о «предзачете», в последующем уступает это требование третьему лицу, в силу общего принципа недопустимости ухудшения правового положения должника мы можем констатировать сохранение значения ранее сделанного заявления и вызванных им ожиданий должника. Что касается интересов цессионария, то поскольку причиной прекращения переданного ему требования выступают действия, совершенные до уступки, тем более самим cedentem, неуведомленный об этом цессионарий получит защиту посредством применения правил ст. 390 ГК РФ.

В то же время допущение условного или отложенного путем установления срока зачета с учетом указанных выше требований к характеру отлагательных условий или срока касается ситуаций, когда

у сторон по отношению друг к другу имеются взаимные однородные требования, и либо уже все предпосылки для зачета наступили, либо для зачета не хватает созревания одного из требований. Одно лицо не может заявить другому, что заявляет зачет под условием возникновения в будущем между ними взаимных однородных требований.

7. Момент прекращения зачитываемых требований

7.1. Ретроактивность

Моментом реализации права на зачет, как указывалось выше, является момент доставки адресату зачета заявления о зачете. Вместе с тем судебная практика исходит из так называемой концепции ретроактивного действия (обратной силы) заявления о зачете, согласно которой требования считаются прекращенными зачетом с момента наступления всех условий, необходимых для зачета встречных однородных требований каждой из сторон, и в отсутствие негативных предпосылок для зачета.

Идея ретроактивности зачета в современном российском праве впервые была закреплена в п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65. Впоследствии она нашла поддержку и в практике ВС РФ (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6; п. 25 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 26 декабря 2018 г.); определения СКЭС ВС РФ от 16 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3914, от 12 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-12031, от 25 августа 2020 г. № 310-ЭС20-2774, от 2 февраля 2021 г. № 307-ЭС20-16551).

7.1.1. Механика применения

В архетипической ситуации, когда оба взаимных требования созрели и стали способны к зачету до получения заявления о зачете, ретроактивность работает следующим образом. Во-первых, суд должен определить дату, когда активное требование стало способным к зачету, т.е. дату, когда либо адресат зачета впал в просрочку по активному обязательству, в отношении которого установлен срок исполнения, либо наступили все условия для принудительного истребования по бессрочному обязательству или по обязательству до востребования, за исключением самого востребования и истечения льготного срока. Во-вторых, следует определить дату, когда сам заявитель зачета впал в просрочку по пассивному требованию (либо когда возникло само его пассивное обязательство, в отношении которого не установлен срок или установлено исполнение до востребования). Ретроактивность означает, что правопрекращающий эффект будет считаться наступившим в более позднюю из двух указанных дат.

Например, представим, что А должен был уплатить Б 100 тыс. руб. в течение 10 дней после поставки товара, которая состоялась 1 сентября 2021 г., а Б должен был уплатить А 100 тыс. руб. в качестве цены тех или иных оказанных услуг не позднее 1 августа 2021 г. включительно. Если зачет в октябре 2021 г. заявит А, то активным требованием является требование А об оплате услуг, данное активное требование стало способным к зачету 2 августа, когда наступила просрочка по обязательству Б оплатить услуги. Пассивное же требование Б к А об оплате товара стало способным к зачету 12 сентября 2021 г., после истечения 10 дней, отведенных на оплату поставленного товара, и начала просрочки. Соответственно, более поздней из двух дат является 12 сентября 2021 г., и именно этой датой взаимные долги будут считаться погашенными.

При этом в ситуации обоюдной просрочки в зависимости от того, кто заявит о зачете, меняется лишь статус требований как активного и пассивного, сам же момент прекращения зачитываемых требований будет абсолютно одинаков, а «глубина ретроактивности» симметрична, вне зависимости от фигуры заявителя зачета. Такой подход полностью соответствует базовому объяснению идеи ретроактивности — ведь только с момента, когда кредитор способен эффективно потребовать погашения долга (посредством иска), он может считать себя не находящимся в просрочке по встречному обязательству. А способность к такому эффективному предъявлению иска кредитора очевидно сопряжена с наступлением просрочки погашения долга должником.

Единственным вариантом, когда момент прекращения будет отличаться от момента наступления просрочки последнего из зачитываемых требований, является сюжет, когда просрочка по активному требованию уже началась, а в отношении пассивного требования допускается досрочное исполнение или уже начал течь период, отводимый на его исполнение, и заявитель зачета (должник по такому пассивному требованию) заявляет о зачете до наступления просрочки по своему пассивному обязательству. Например, А должен был уплатить Б 1 июня 2021 г. арендную плату в размере 100 тыс. руб. Одновременно Б должен был до 10 августа 2021 г. компенсировать А 100 тыс. руб. в качестве расходов на улучшение арендованного имущества. Если Б заявил о зачете 15 июля 2021 г., моментом взаимного погашения долгов будет именно эта дата. Применение общего правила, т.е. отнесение даты прекращения к 11 августа 2021 г. (моменту начала просрочки по долгу Б) в данном примере совершенно неуместно. Оно игнорирует волеизъявление Б, лишает его преимуществ, на которые он рассчитывал, воспользовавшись предоставленным ему правом погасить собственный

долг до начала просрочки по нему (попутно заметим, что в приведенном примере заявление А о зачете 15 июля 2021 г. невозможно, поскольку активное требование, а им здесь будет являться требование о компенсации расходов на улучшение, еще не осуществимо; заявить о зачете А может только после 10 августа 2021 г.). Сместем предположить, что именно эту ситуацию имел в виду Пленум ВС РФ, указывая в абзац первый п. 15 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 на значимость «возможности досрочного исполнения пассивного обязательства» для определения момента прекращения зачитываемых требований.

При этом повторим, что такая возможность, на наш взгляд, изменяет общее правило и влияет на момент прекращения зачитываемых требований только в случае, когда заявление о зачете сделано управомоченным на исполнение *до* наступления срока (просрочки) по пассивному требованию. Если должник по пассивному требованию не пользуется этим своим правом и, например, в последнем сюжете Б заявляет о зачете *после* наступления просрочки в сентябре 2021 г., должно применяться общее правило, и моментом прекращения будет выступать 11 августа 2021 г. (т.е. тот момент начала просрочки одного из зачитываемых требований, который наступает позднее).

Иногда предлагается определять дату ретроактивного прекращения взаимных обязательств в зависимости от того, кто заявляет зачет: если зачет заявляет А, то обязательства будут считаться прекращенными в момент, когда именно у А возникла возможность заявить зачет, а если зачет заявляет Б, дата прекращения обязательств будет определяться по моменту, когда впервые право на зачет возникло у Б. Эти даты могут быть разными, так как предпосылка созревания для активного и пассивного требований понимается по-разному: для активного она означает принудительную осуществимость требования, а для пассивного — наличие у заявителя зачета возможности исполнить свое обязательство. Но такое решение достаточно сложно оправдать. Оно приводит к ситуации «асимметричной глубины ретроактивности», когда момент прекращения зачитываемых требований зависит от того, кто заявил о зачете. А это крайне запутывает отношения сторон. Кроме того, этот подход создает неразрешимые трудности в фиксации момента прекращения в ситуации, когда определить инициатора зачета невозможно, например, при договорном зачете (если согласиться с позицией ВС РФ, что в подобных случаях прекращение происходит ретроактивно (подробнее см. п. 11.1.1 комментария к настоящей статье)). Впрочем, мы не настаиваем на истинности этих суждений. Возможно, правоприменительная практика, столкнувшись с данным вопросом, предложит собственное решение.

Ретроактивность порождает и множество технических вопросов, которые требуют разрешения. Достаточно представить себе ситуацию, когда размет взаимных обязательств носит не определенный характер, о установлен в виде той или иной формулы. Например, такая подвижность может образоваться за счет валютной оговорки. Согласно ст. 317 ГК РФ курс для определения рублевой величины долга по общему правилу должен соответствовать курсу на момент фактического платежа. Как в этом случае определить размер сальдо долга, остающееся после объявления о зачете, если зачет действует ретроактивно? Стоит ли учитывать курсы, которые имелись на момент наступления условий для взаимного зачета, как если бы стороны в этот момент реально осуществили платежи? Логика ретроактивности наталкивает именно на такое решение, но вопрос пока неоднозначно не прояснен.

7.1.2. Ретроактивность при правопреемстве

В большинстве ситуаций, как указывалось выше, глубина ретроактивности связана с тем моментом созревания одного из зачитываемых требований, который наступает позднее. Вместе с тем возможны ситуации, когда последней необходимой предпосылкой для зачета выступает не созревание взаимных требований, а образование встречности ранее возникших требований, например, если просроченные требования стали встречными лишь в результате перемены лица в обязательстве. В таком случае ретроактивность последующего заявления о зачете означает, что момент прекращения требований не может быть ранее даты перемены лица в обязательстве и возникновения состояния встречности требований (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

7.1.3. Ретроактивность при зачете, объявляемом третьим лицом по правилам ст. 313 ГК РФ

Пленум ВС РФ в п. 15 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 провозглашает ретроактивность в качестве универсального правила. Вместе с тем наличествует ряд сюжетов, в которых применение идеи ретроактивности (даже при общем с ней согласии) неочевидно.

Одним из таких примеров являются допускаемые законом случаи зачета третьим лицом в отсутствие предпосылки встречности (п. 4 ст. 313 ГК РФ). Традиционные аргументы, оправдывающие ретроактивность, в данном случае неприменимы, поскольку заявитель и адресат зачета до самой ситуации зачета не рассматривают себя в качестве должников друг друга. Кроме того, использование идеи ретроактивности может в значительной степени нарушить интересы всех участников (кредитора, должника и третьего лица).

7.2. Правовые последствия ретроактивности

Принятие идеи ретроактивности заявления о зачете влечет за собой ряд важнейших практических выводов.

7.2.1. Неустойки, охранительные проценты, мораторные убытки

Ретроактивность уравнивает положение сторон в отношении санкций за просрочку. Например, допустим, что по одному из требований просрочка началась в 2018 г., а по встречному требованию на ту же сумму – в 2019 г. При этом по первому требованию была установлена высокая неустойка в виде пени, а по второму – начислялись лишь проценты годовые по ст. 395 ГК РФ. Если зачет, заявленный, допустим, в 2020 г., имеет сугубо перспективное значение, по итогам зачета может образоваться разница в начисленных ранее штрафных санкциях. Эту разницу соответствующая сторона обязана была бы заплатить. Вариант с ретроспективностью зачета пытается по возможности исключить это последствие, дезавуировав преимущества одного из контрагентов, который смог добиться включения в договор более высокой неустойки. Эту идею прямо воплощает абзац второй п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6: «Если лицо находилось в просрочке исполнения зачитываемого обязательства, срок исполнения по которому наступил ранее, то проценты за пользование чужими денежными средствами (статья 395 ГК РФ) и (или) неустойка (статья 330 ГК РФ) начисляются до момента прекращения обязательств зачетом. Если проценты за пользование чужими денежными средствами (статья 395 ГК РФ) и (или) неустойка (статья 330 ГК РФ) были уплачены за период с момента, когда зачет считается состоявшимся, до момента волеизъявления о зачете, они подлежат возврату».

Данное разъяснение в полной мере применяется и к мораторным убыткам (убыткам за просрочку). В свете ретроактивности зачета такие убытки, возникающие за период после момента, с которого обязательства будут считаться задним числом взаимно погашенными, не подлежат взысканию, ретроактивно списываясь.

7.2.2. Регулятивные проценты

В отношении регулятивных процентов ретроактивность заявления о зачете действует так же, как и в отношении охранительных санкций: начисление таких процентов ретроактивно за соответствующий период прекращается, а ранее добровольно или принудительно уплаченные за этот период суммы процентов подлежат возврату. Вместе с тем, когда обязательство предполагает уплату регулятивных процентов аннуитетным способом, исчисление суммы, подлежащей возврату на фоне зачета при применении ретроактивности, может представлять известную сложность.

7.3. Оценка идеи ретроактивности

Несмотря на то что идея ретроактивности заявления о зачете исторически укоренилась во многих европейских правовых порядках, как представляется, она несколько противоречит здравому смыслу и не имеет никакого прямого или косвенного основания в российском законе. Системный анализ последнего позволяет сделать как раз прямо противоположные выводы.

Приводимые же в доктрине в качестве оправдания ретроактивности аргументы ее сторонников небесспорны. Апеллирование к ретроактивности как имманентной характеристике всякого возражения некорректно, поскольку заявление о зачете не является возражением, а представляет собой реализацию секундарного (преобразовательного) права, направленного на прекращение обязательств. Попытки объяснить ретроактивное действие зачета ссылкой на подразумеваемые интересы и ожидания сторон достаточно спекулятивны. Свой интерес стороны наглядно демонстрируют своим поведением. И если они не делают заявления о зачете в ситуации, когда такое заявление возможно, следовательно, они не желают прекращения соответствующих обязательств. Утверждать обратное — значит противоречить действительности. Если же лицо не подозревает о возможности прекратить обязательства зачетом, то оно и не может надеяться на предоставление ему какой-либо защиты. Выгоды, возникающие для этого лица при режиме ретроактивного действия, окажутся для него неожиданной удачей.

Наконец, часто в пользу ретроактивности приводится политико-правовой аргумент, апеллирующий к справедливости: по взаимным требованиям могут начисляться разные в своем размере неустойки или мораторные проценты, либо по одному из требований могут начисляться регулятивные проценты (например, проценты по займу), а по другому их начисление не предполагается. Как было указано выше, ретроактивность позволяет уравнивать положение сторон, исключив начисление всех этих процентов или неустоек на взаимные требования, лишив одну из сторон соответствующих преимуществ. Выдвигается идея о том, что такое уравнивание обеспечивает справедливость в условиях, когда то, что причитается одной из сторон, у нее уже есть, так как она не исполняет свое встречное обязательство, и наоборот, и экономический баланс отношений сторон уже сформировался объективно, а последующее заявление о зачете просто объявляет более раннее наступление этого баланса. Например, если по одному из взаимных долгов начислялись высокие регулятивные проценты за пользование заемными средствами, а по встречному

долгу — нет, требовать взыскания таких процентов представляется сторонникам ретроактивности несправедливым за период, когда займодавец сам не платит по своему встречному долгу и пользуется причитающимися другой стороне деньгами, ведь, по сути, то, что причитается займодавцу, у него уже есть.

Эти рассуждения можно поставить под сомнение, поскольку ценой подобной «справедливости» выступает полное игнорирование автономии воли сторон (им навязывается правовой эффект, которого, судя по их поведению, они не желали) и достигнутых ими индивидуальных договоренностей в отношении каждого из долгов. Если по одному обязательству стороны согласовали начисление процентов, а по другому — нет, за этим могли стоять определенные соображения, и «нулизация» этих элементов программы каждого из таких обязательств представляет собой достаточно спорный патернализм, который может нарушить ожидания сторон. Например, представим, что заемщик в течение года задолжал банку возврат займа, но у самого заемщика имеется требование к банку о возмещении убытков в связи с нарушением банком совсем иного договора, который был ранее заключен между сторонами, однако сам расчет убытков в банк пока не представлен. Некоторое время никто из сторон не заявляет зачет, банк начисляет на сумму кредита регулятивные проценты, уплачивая с них налоги на прибыль и готовясь к предъявлению иска о взыскании долга. Все это время кредит остается непогашенным, в связи с чем банк формирует резервы, лишаясь возможности разместить зарезервированные средства в новые кредиты. Но далее через год после получения досудебной претензии о погашении кредита или уже в ходе рассмотрения иска о взыскании кредитного долга заемщик объявляет, что у него имеется требование о погашении убытков, и объявляет зачет. Применение модели ретроактивности приводит к тому, что если требование об убытках обоснованно, оказывается, что долг по кредиту весь этот год уже не существовал, так как долг по возмещению убытков возник ранее, и банку не причитаются за весь этот год ни регулятивные проценты, ни пени. Можно было бы обвинить сам банк в том, что он затянул с объявлением о зачете, но ведь и заемщик не спешил заявить о зачете. Кроме того, банк мог обоснованно сомневаться в существовании своего долга по возмещению убытков и, соответственно, в наличии условий для зачета, или вовсе не знать о размере убытков. Уверены ли мы в том, что ретроактивность приводит к справедливому результату в подобной ситуации?

Видимо, спорность вышеуказанных аргументов в пользу ретроактивности не в последнюю очередь объясняет то, что, несмотря на по-

пытку ВАС РФ еще в 2001 г. внедрить эту концепцию в отечественный правопорядок, на уровне практики нижестоящих арбитражных судов эта идея в большинстве своем на протяжении 19 лет саботировалась, а в судах общей юрисдикции вовсе не сформировалась. Изменится ли практика нижестоящих судов после появления Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 и ряда определений коллегий ВС РФ по конкретным делам, в которых Суд поддержал концепцию ретроактивности, предстоит увидеть.

Идея ретроактивности вызывает сомнения и у авторов последних международных унификаций частного права, которые, отклоняясь от доминирующего в большинстве континентально-европейских стран подхода, закрепляют исключительно *перспективный эффект* заявления о зачете – с момента уведомления (см. ст. 8.5 Принципов УНИДРУА и ст. III.–6:107 Модельных правил европейского частного права).

7.4. Применимость идеи ретроактивности к судебному зачету, зачету на стадии исполнения решения суда и зачету на основании соглашения сторон

О применимости идеи ретроактивности при зачете, осуществляемом на стадии рассмотрения спора в суде или исполнительного производства, а также к договорному зачету см. п. 9–11 комментария к настоящей статье.

8. Частичный зачет и проблема атрибуции погашающего эффекта зачета при наличии нескольких требований

В случае равенства встречных однородных требований зачет производит их полное прекращение. В противном случае зачет влечет лишь частичное прекращение: требования прекращаются лишь в той части, в которой они покрывают друг друга.

Учитывая близость институтов зачета и исполнения обязательства, судебно-арбитражная практика допускает возможность применения к ситуации частичного зачета денежных требований по аналогии правила ст. 319 ГК РФ. Если иное не предусмотрено законом или договором, при недостаточности встречного денежного требования для полного прекращения его зачетом в первую очередь должны считаться прекращенными издержки кредитора по получению исполнения, затем – регулятивные проценты, а в оставшейся части – основная сумма долга (п. 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65, п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Проценты годовые за просрочку, неустойки, мораторные убытки или иные охранительные дополнительные притязания, связанные с просрочкой в уплате основного долга, погашаются зачетом

в последнюю очередь, после уплаты основного долга (см. комментарий к ст. 319 ГК РФ).

При наличии у сторон нескольких пригодных для зачета взаимных требований определение действия зачета производится с помощью общих правил о распределении исполнения ст. 319.1 ГК РФ, действующей с 1 июня 2015 г. (п. 16 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Подобный результат ранее достигался и в условиях прежнего законодательства в рамках судебной практики (см. п. 19 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65). Аналогичный подход воплощен в международных актах унификации (см. ст. 8.4 Принципов УНИДРУА и ст. III.—6:106 Модельных правил европейского частного права).

При этом специфика российского законодательства в данном вопросе (см. ст. 319.1 ГК РФ и комментарий к ней) ставит перед отечественным правом достаточно непростую проблему: как быть в ситуации, когда при наличии нескольких однородных (активных и пассивных) требований сторон друг к другу зачитываемые требования определяет заявитель зачета? Его право атрибутировать зачет в отношении одного из нескольких возможных пассивных требований основано на предписаниях ст. 319.1 ГК РФ и не подвергается сомнениям. Но как быть в случае одновременного наличия нескольких потенциально возможных к зачету активных требований? Ведь по таким требованиям заявитель зачета является кредитором, т.е. лицом, в принципе не обладающим правом самостоятельно атрибутировать исполнение. Надо ли признавать такой зачет, давая, однако, возможность адресату зачета при желании переприблудировать зачитываемое активное требование? Или стоит признать такой зачет несостоявшимся, а заявление о зачете не имеющим правовых последствий? В первом приближении кажется более логичным первый вариант. Вместе с тем стоит признать, что этот вопрос требует более обстоятельного обсуждения, а в судебной практике он пока не возникал.

9. Зачет в суде

9.1. Правовые формы зачета в суде

Зачет по требованию, предъявленному одной из сторон в судебном порядке, должен осуществляться путем обычного совершения ответчиком заявления в адрес истца о зачете и выдвижения в суде возражения о произошедшем таким образом зачете. Но возможен и иной путь: ответчик, против которого подан иск о взыскании, может заявить встречный иск, и в этом случае при принятии такого иска к рассмотрению в рамках данного дела и обнаружении судом оснований

для удовлетворения обоих исков суд может объявить судебный зачет (ст. 138 ГПК РФ, ст. 132 АПК РФ). Согласно ч. 5 ст. 170 АПК РФ, при полном или частичном удовлетворении первоначального и встречного исков в резолютивной части решения указывается денежная сумма, подлежащая взысканию в результате зачета.

В принципе, судебный зачет, производимый в результате удовлетворения первоначального и встречного исков, истинным зачетом по смыслу ГК РФ не является, так как объявляется судом, а не одной из сторон, и происходит помимо воли сторон: первоначальный истец требует судебного присуждения, ответчик делает то же, а зачет суд объявляет сам в силу действия позитивного права в целях процессуальной экономии.

Выбор одного из указанных выше вариантов (общегражданский зачет и выдвижение возражения о состоявшемся прекращении долга, с одной стороны, или встречный иск – с другой) должен принадлежать ответчику.

Ранее судебно-арбитражная практика ограничивала свободу этого выбора. Суды исходили из того, что после подачи иска одной из сторон осуществление зачета по общим правилам ГК РФ (т.е. в форме одностороннего заявления) не допускается и возможно не иначе как в форме подачи встречного иска (см.: п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65; определения СКЭС ВС РФ от 9 июня 2015 г. № 307-ЭС15-795, от 16 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3914, от 12 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-12031).

Цель такого решения состояла в том, чтобы исключить затягивание в один судебный процесс, инициированный одной из сторон, рассмотрение нередко никак не связанного с обстоятельствами исходного спора притязания ответчика. Например, представим, что поставщик заявляет иск о взыскании долга за проданное имущество, а ответчик заявляет о зачете, указывая на то, что у него к истцу имеется требование о взыскании убытков, возникшее из совершенно иных отношений, или требование о возврате займа, перешедшее к нему в порядке цессии от третьего лица. Чтобы признать наличие оснований для зачета, суду пришлось бы погружаться в рассмотрение совсем иного спора, не связанного никак с основанием первоначального иска. Если бы ответчик заявил встречное требование в виде встречного иска, суд, вероятнее всего, отклонил бы такой встречный иск, предложив ответчику заявить отдельный иск и не смешивать в одном процессе принципиально разные судебные споры. Вариант с заявлением зачета и выдвижением возражения о произошедшем зачете, по сути, приводил не только к обходу этого ограничения, но и к тому самому втягиванию суда в рас-

смотрение двух совершенно разных споров, которого ответчик не мог бы добиться путем заявления встречного иска.

В то же время с нормативной точки зрения этот подход представлялся не вполне обоснованным. Вопреки предложенной Президиумом ВАС РФ и поддерживаемой ранее ВС РФ аргументации, из смысла ст. 132 АПК РФ 2002 г. (ст. 137 и 138 ГПК РФ) отнюдь не вытекает блокирование возможности осуществления обычного общегражданского зачета после заявления иска по одному из взаимных требований. Указанные процессуальные нормы лишь определяют основания и порядок использования института встречного иска, а положения процессуального закона о судебном зачете при удовлетворении исходного и встречного исков оговаривают лишь один механизм, реализуемый в сценарии заявления встречного иска, но отнюдь не исключают альтернативный механизм – классический зачет. Кроме того, АПК РФ (и ГПК РФ) не может рассматриваться в качестве источника регулирования гражданско-правового института зачета, имеющего преимущественную силу перед положениями ГК РФ. Предъявление иска само по себе ничего не меняет в содержании обязательства, а следовательно, не исключает возможности зачета на основании и в порядке, предусмотренном ст. 410 ГК РФ. Если закон не запрещает ответчику добровольно исполнить свое обязательство после подачи к нему иска и затем в суде заявить возражение против иска со ссылкой на исполнение, то почему закон должен запрещать сделать то же самое в случае использования такого суррогата исполнения, как зачет? В случае возникновения споров о наличии встречного долга суд при рассмотрении соответствующего возражения о зачете может все эти вопросы прояснить, равно как он выясняет и иные фактические обстоятельства, от которых зависит удовлетворение требования истца.

Кроме того, данное ограничение не имело достаточных догматических или политико-правовых оправданий. Та проблема, которую ВАС РФ пытался решить, запрещая обычный зачет после подачи иска, надуманна. Дело в том, что, если бы ответчик заявил о зачете за день до подачи к нему иска, предъявив к зачету встречное требование, вытекающее из совсем иных правоотношений, он в рамках прежнего подхода вполне мог бы сослаться в суде на объявленный им ранее зачет, и для проверки обоснованности такого зачета суду пришлось бы все равно устанавливать все эти совершенно не связанные с основанием первоначального иска правоотношения. Так что исключить это развитие событий невозможно. Вопрос о том, успел ли ответчик заявить зачет за день до подачи к нему иска либо он сделал это на следующий день, что-то принципиально в этом отношении менять просто не может.

При этом на практике позиция ВАС РФ приводила к серьезным проблемам. Участники оборота неоправданно вовсе лишались своего права на зачет. Так, вопреки ст. 412 ГК РФ, прямо допускающей зачет при отсутствии встречности, реализация опции зачета посредством именно «встречного иска» оказывалась в принципе неосуществимой, так как заявить встречный иск к истцу ответчик не мог, ибо имел требование не к истцу (в примере с цессией – к цессионарию), а к третьему лицу (в примере с цессией – к цеденту). То же касается и п. 4 ст. 313 ГК РФ, дающего третьему лицу право зачесть свое требование к кредитору против требования кредитора к должнику, перехватив последнее в порядке суброгации. Если кредитор уже предъявил к должнику иск, третье лицо, имеющее требование к истцу, лишалось возможности зачета, так как оно не являлось ответчиком по первоначальному иску.

Но даже в ситуации наличия взаимных долгов прежний подход приводил к тому, что реализация права на зачет ставилась в зависимость от абсолютной дискреции суда (ведь принятие встречного иска воспринимается практикой лишь как право суда, но не его обязанность). Все это серьезно деформировало сущность и назначение института зачета и служило источником многочисленных злоупотреблений (например, крайне популярной схемой было успеть подать иск, а затем уступить его, исключив тем самым зачет).

В связи с этим можно только приветствовать исправление Пленумом ВС РФ указанной ошибки почти 20-летней давности и закрепление амбивалентности процессуальных форм реализации ответчиком своего права на зачет. Так, в силу абзаца второго п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 обязательства могут быть прекращены зачетом после предъявления иска по одному из требований. В этом случае сторона по своему усмотрению вправе заявить о зачете как во встречном иске (ст. 137 и 138 ГПК РФ, ст. 132 АПК РФ), так и в возражении на иск, юридические и фактические основания которых исследуются судом равным образом. В частности, также после предъявления иска ответчик вправе направить истцу заявление о зачете и указать в возражении на иск на прекращение требования, по которому предъявлен иск, зачетом.

Кроме того, Пленум ВС РФ также подчеркивает, что «если обязательства были прекращены зачетом, однако одна из сторон обратилась в суд с иском об исполнении прекращенного обязательства либо о взыскании убытков или иных санкций в связи с ненадлежащим исполнением или неисполнением обязательства, ответчик вправе заявить о состоявшемся зачете в возражении на иск» (абзац первый п. 19 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6).

Выбор заинтересованным ответчиком между реализацией права на обычный зачет, с одной стороны, и заявлением встречного иска с расчетом на возможный судебный зачет в случае удовлетворения первичного и встречного исков, с другой стороны, не является случайным и в значительной степени предопределен его позицией по отношению к первоначальному иску. Вариант со встречным иском подходит для тех случаев, когда ответчик, имея встречное притязание к истцу, оспаривает правомерность первоначального иска, заявленного по пассивному требованию, и желает добиться принудительного осуществления своего права независимо от того, удовлетворит ли суд исходный иск или нет. В случае удовлетворения исходного иска суд производит зачет, и встречное притязание ответчика осуществляется принудительно путем судебного зачета. В случае отказа в удовлетворении исходного иска суд удовлетворяет встречный иск и выдает исполнительный лист в пользу стороны, заявившей такой встречный иск. Такой вариант уместен в том случае, когда ответчик не согласен с первоначальным иском (оспаривает его обоснованность или размер).

Вариант с зачетом на основании норм ГК РФ характеризуется тем, что ответчик направляет истцу заявление о зачете и указывает на него в качестве возражения как на правопрекращающий факт, свидетельствующий о недопустимости удовлетворения иска. Если суд признает зачет состоявшимся, он отказывает в удовлетворении иска. Тем самым ответчик фактически признает правомерность заявленного иска, что кардинально отличает эту ситуацию от предшествующей. Этот вариант логично использовать тогда, когда ответчик готов признать свой долг перед истцом и имеются основания для его удовлетворения.

Означает ли это, что третьего не дано? Всегда ли ответчик, считая необоснованным предъявленный к нему иск, но опасаясь возможности его удовлетворения и желая исключить присуждение по нему посредством зачета собственного требования к истцу, должен использовать для своей защиты процессуальную форму встречного иска? Представляется, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным. Предъявление иска истцом не может и не должно навязывать ответчику необходимость принудительного осуществления собственного требования против истца. Иное противоречит идее автономии воли участников гражданского оборота. Кроме того, попытка принудительного осуществления своего требования истцом (предъявление иска) не должна лишать ответчика тех правовых возможностей, которые существовали у него до процесса. Поскольку до этого ответчик был вправе заявить должнику (ныне истцу) о зачете под условием, если наступление условия находится в сфере контроля истца (см.

п. 6.3 комментария к настоящей статье), он не может лишиться такой возможности после предъявления иска истцом. По общему правилу все, что возможно до процесса, возможно и после возбуждения процедуры судебного разбирательства, тем более инициированной иным лицом. Таким образом, в описанной ситуации (возражая против предъявленного к нему иска) ответчик может не предъявлять встречный иск, не признавать свой долг путем заявления безусловного зачета, выступить против удовлетворения первичного иска по иным основаниям (например, по основанию прекращения давности), но заявить о зачете собственного требования к истцу против заявленного в первичном иске требования истца под условием удовлетворения судом последнего (т.е. выдвинуть в суде такое условное возражение). В таком случае суд, найдя основание для удовлетворения исходного иска и одновременно установив наличие созревшего долга истца перед ответчиком, не удовлетворяет иск, а отказывает в иске, признав долг ответчика прекращенным за логическую секунду до вынесения судебного решения. Впрочем, пока эта опция в судебной практике ВС РФ не подтверждалась.

9.2. Инстанционные границы зачета в суде

Новый подход ВС РФ порождает вопрос об инстанционных ограничениях зачета в суде. Применительно к варианту судебного зачета при заявлении и удовлетворении встречного иска такие границы установлены процессуальным законодательством (ст. 137 ГПК РФ, ч. 1 ст. 132 АПК РФ), позволяющим предъявление встречного иска до принятия решения судом первой инстанции, которым заканчивается рассмотрение дела по существу.

В отношении варианта заявления зачета по правилам ГК РФ и выдвигения возражения о погашении долга такие границы прямо не установлены. Возможно, поскольку ВС РФ рассматривает возражение о произошедшем зачете в качестве альтернативы встречному иску, темпоральные и инстанционные ограничения использования двух указанных вариантов должны совпадать. С учетом указанных выше предписаний процессуального законодательства целесообразно и заявление зачета с выдвигением возражения о прекращении оснований для удовлетворения иска ограничить только рамками разбирательства в суде первой инстанции. Иначе получалась бы несколько странная ситуация, когда ответчик мог бы заявить о зачете в апелляции или кассации, вынуждая суд проверочной инстанции, наделенный компетенцией проверять обоснованность вынесенного нижестоящим судом решения, погружаться в анализ обоснованности встречного требования – вопрос, который в суде первой инстанции даже не поднимался.

Однако нельзя не отметить, что хотя Постановление Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 этот вопрос прямо не решает, текст абзаца второго п. 20 данного Постановления может свидетельствовать в пользу отсутствия подобных ограничений. Впрочем, окончательное решение этого вопроса еще предстоит найти правоприменительной практике.

9.3. Момент прекращения зачитываемых требований

Вопрос о моменте прекращения зачитываемых требований при реализации права на зачет в суде также не нашел своего прямого разрешения в Постановлении Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6.

Применительно к обычному зачету, о совершении которого и прекращении обязательства в силу которого ответчик выдвигает возражение, этот вопрос не представляет особых трудностей. Обращение обладателя пассивного требования в суд является для заявителя зачета случайным обстоятельством, которое не может изменить для него действие общих правил, касающихся механизма и момента прекращения зачитываемых требований. В связи с этим заявление о зачете с выдвижением ссылающегося на данное обстоятельство возражения против заявленного в суд требования должно влечь те же последствия, что и подобное заявление, сделанное соответствующим лицом вне суда. Поэтому общие правила о ретроактивности заявления о зачете (п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6) полностью применимы и к возражению о зачете.

Сложнее обстоит дело с вопросом о моменте прекращения зачитываемых требований в ситуации, когда речь идет о заявлении и удовлетворении встречного иска и судебном зачете. В такой ситуации при удовлетворении как исходного иска, так и встречного иска зачет объявляет сам суд и выдает исполнительный лист той стороне, в пользу которой складывается положительное сальдо подтвержденных судом взаимных обязательств. Судебный зачет не является классическим зачетом по смыслу ГК РФ, и поэтому встает вопрос о применимости к этому способу погашения взаимных обязательств идеи ретроактивности.

Есть многочисленная судебная практика, указывающая на применение ретроактивности по аналогии и к судебному зачету (п. 25 Обзора судебной практики ВС РФ № 4 (2018); определения СКЭС ВС РФ от 16 августа 2018 г. № 305-ЭС18-3914, от 12 декабря 2019 г. № 305-ЭС19-12031, от 25 августа 2020 г. № 310-ЭС20-2774, от 2 февраля 2021 г. № 307-ЭС20-16551). Впрочем, нельзя не заметить, что в Определении от 2 сентября 2021 г. № 309-ЭС20-24330 СКЭС ВС РФ не применил идею ретроактивности судебного зачета, хотя и не отверг ее прямо.

Эта практика изначально сложилась в рамках действия прежней правовой позиции (п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65), исключавшей обычный зачет против требования, заявленного в суд иначе. В условиях, когда встречный иск был единственной доступной лицу правовой формой добиться зачета, применение к подобной ситуации идеи ретроактивности выглядело естественным и системным решением. Однако в настоящее время п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 устанавливает в качестве альтернативных варианты а) заявления ответчиком после подачи к нему иска обычного зачета и ссылки на состоявшийся зачет в качестве возражения и б) подачи встречного иска (подробнее см. п. 9.1 комментария к настоящей статье). Не противоречит ли ретроактивность (и объясняющие ее подразумеваемые намерения) фактическому поведению сторон, когда при наличии права на зачет одна из них предъявляет иск в суде, а вторая, имея возможность осуществить зачет посредством возражения, подает встречный иск?

На это можно возразить, что встречный иск по целому ряду параметров отличается от зачета. И то, что ответчик выбрал такой способ реализации своего права, может быть не случайным выбором. Для того чтобы заявить зачет, ответчик должен признать за собой долг перед истцом. Вариант же заявления зачета под условием обнаружения оснований для удовлетворения исходного иска до сих пор не подтвержден. В то же время часто ответчик не согласен с наличием долга или его размером, и тогда у него, по сути, остается вариант заявить встречный иск. Поэтому нельзя сказать, что появление опции объявления обычного зачета против иска лишает оснований для обеспечения системности решения вопроса о ретроактивности зачета. Почему если ответчик, согласный с размером своего долга, заявит зачет, зачет будет работать ретроактивно, а если ответчик, не согласный с размером своего долга, заявит встречный иск, рассчитывая на то, что в случае, если его долг все-таки подтвердится, сработает судебный зачет, ретроактивность погашения взаимных долгов не должна работать?

При этом в любом случае вариант признать в подобной ситуации моментом прекращения зачитываемых требований момент вступления в силу соответствующего решения суда, ввиду абсолютной его непредсказуемости и случайности, кажется не вполне удачным и должен быть отвергнут.

Пока ВС РФ держит курс на применение ретроактивности к таким ситуациям и после появления Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, закрепившего указанную альтернативность вариантов прекращения взаимных требований после подачи иска. Более

того, Суд обосновывает применение ретроактивности к судебному зачету ссылкой на расширительное толкование разъяснений, закрепленных в данном постановлении. Так, в Определении от 2 февраля 2021 г. № 307-ЭС20-16551 СКЭС ВС РФ пишет: «Исходя из системного толкования приведенной выше нормы права и разъяснений постановления Пленума № 6, независимо от процедуры проведения зачета (внесудебный, судебный) обязательства считаются прекращенными ретроспективно: не с момента заявления о зачете, подписания акта о зачете, заявления встречного иска, принятия / вступления в законную силу решения суда, а тогда, когда обязательства стали способны к зачету, т.е. наступили условия для прекращения обязательств зачетом. Только до обозначенного момента сторона, срок исполнения обязательства которой наступил ранее, находится в просрочке и несет соответствующую ответственность».

Но в целом вопрос может быть поводом для дальнейших дискуссий.

10. Зачет в исполнительном производстве

Зачет допустим и на стадии исполнительного производства. Судебная практика длительное время настаивала, что в подобной ситуации зачет возможен только при наличии встречных исполнительных листов (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65), а сам зачет должен осуществляться судебным приставом-исполнителем по заявлению взыскателя или должника либо по собственной инициативе в порядке, предусмотренном ст. 88.1 Закона об исполнительном производстве.

Однако в настоящее время судебная практика несколько уточнила эту позицию. Так, по одному из дел ВС РФ признал, что действующее законодательство не ограничивает право на зачет против требования кредитора, подтвержденного судебным решением, своего встречного требования, также подтвержденного судебным решением без оглядки на отсутствие выданных исполнительных листов (см. Определение СКЭС ВС РФ от 15 июня 2015 г. № 307-ЭС15-1559).

В другом деле ВС РФ признал ошибочность выводов нижестоящих судов о недопустимости осуществления зачета без возбуждения исполнительного производства по делу. Само по себе указание в процессуальном законодательстве на процедуру проведения зачета при наличии исполнительных производств, возбужденных по встречным требованиям сторон, не препятствует лицу, чье требование подтверждено судебным актом, заявлять о прекращении встречного требования зачетом по общим правилам гражданского законодательства (Определение СКЭС ВС РФ от 11 марта 2020 г. № 305-ЭС19-22240). При этом

процессуальным инструментом реализации должником своего права на зачет в подобном случае может служить институт изменения способа и порядка исполнения судебного акта (ст. 324 АПК РФ), либо, что даже более корректно, поскольку речь идет об исчерпании исполнительной силы судебных актов, институт прекращения исполнительного производства судом (за счет применения по аналогии предписаний п. 1 ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве).

В п. 20 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ подтверждает ранее выведенную практикой возможность зачета требований, подтвержденных судебными актами, независимо от того, выдавались ли по этим актам (одному из них или обоим) исполнительные листы.

Одновременно Пленум ВС РФ идет еще дальше, допуская зачет в ситуации, когда только одно из требований подтверждено судебным решением, а другое такого подтверждения не имеет. Данное разъяснение охватывает собой случаи, когда судебное решение подтверждает требование заявителя зачета (активное требование), а встречное требование адресата зачета решением суда не подтверждено. Возможность зачета применительно к подобной ситуации фактически ранее уже признавалась судебной практикой (см. Определение СКЭС ВС РФ от 20 февраля 2017 г. № 306-ЭС15-18494).

Но, по мнению Пленума ВС РФ, зачет допустим и в обратной ситуации, когда судебным решением подтверждено только пассивное требование, в то время как активное требование не подтверждено судебным решением. Однако в последнем случае зачет возможен «при отсутствии возражений должника» (п. 20 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6). Конечно, правильнее было бы говорить не об отсутствии возражений, а о допустимости зачета только при наличии согласия должника, но это уточнение, как кажется, легко будет найдено правоприменительной практикой. Сложнее обстоит дело с вопросом о механизме подобного зачета, отсутствие которого может просто заблокировать реализацию указанных разъяснений. Представляется, наиболее удачным из имеющихся в процессуальном законодательстве является вариант дальнейшей адаптации и приспособления в том числе под нужды данного случая института изменения способа и порядка исполнения судебного акта (ст. 324 АПК РФ, ст. 203 ГПК РФ) либо института прекращения судом исполнительного производства (п. 1 ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве).

Именно этот механизм фигурировал в проекте Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, однако в финальный текст по причинам, не связанным с их существом, эта часть разъяснений

не попала. Впрочем, возможно, законодатель или судебная практика предложат иные инструменты реализации описанной выше возможности (например, антиисполнительный иск).

10.1. Момент прекращения обязательств

Определенные сомнения возникают в отношении возможности применения идеи ретроактивности к зачету взаимных требований в исполнительном производстве. Они вызваны, во-первых, неоднозначностью правовой природы конструкции, зафиксированной в ст. 88.1 Закона об исполнительном производстве. Сама эта конструкция именуется в законе зачетом. Однако специфика условий проведения и механика такого зачета (он осуществляется судебным приставом-исполнителем по собственной инициативе либо по заявлению взыскателя или должника) ставят закономерный вопрос: можно ли считать данный механизм полноценным зачетом и распространять на него правила, установленные для последнего?

Во-вторых, применение ретроактивности влечет «смещение в прошлое» момента прекращения обязательств, но это может поставить под сомнение законную силу судебных актов, подтвердивших ныне зачитываемые обязательства, если момент прекращения взаимных обязательств окажется наступающим раньше, чем вынесено судебное решение о взыскании. Более того, такая ретроактивность может потребовать отмены (изменения) данных судебных актов. Готово ли наше процессуальное законодательство к такому и имеет ли оно (должно ли иметь) в своем арсенале механизмы подобных изменений, большой вопрос.

Есть также серьезные сомнения в самой возможности реализации идеи ретроактивности судебным приставом-исполнителем, что может быть важно в ситуации, когда суды присуждают взыскание долга с начислением охранительных или регулятивных процентов до исполнения решения в части основного долга. Ведь пристав имеет дело только с резолютивными частями судебных актов и исполнительными листами, в которых не отражаются моменты созревания присуждаемых долгов (моменты, когда требования стали зачетоспособными), а следовательно, физически не способен определить «глубину» ретроактивности. Более того, эти моменты могут не вытекать и из мотивировочной части решений судов. Кроме того, не очевидно, что определение этих моментов в принципе входит в компетенцию судебного пристава-исполнителя. Конечно, пристав или стороны могут обратиться в суд по этому поводу, дабы тот определил, какие из начисленных санкций будут списаны, но это опять же может поставить вопрос о дезавуировании законной силы судебного решения.

Указанные доводы заставляют всерьез отнестись к позиции об исключительно перспективном характере «зачета», осуществляемого судебным приставом-исполнителем на основании ст. 88.1 Закона об исполнительном производстве, либо о смещении момента взаимного прекращения обязательств не ранее даты вынесения более позднего из двух решений судов.

Впрочем, данные вопросы нуждаются в более серьезном осмыслении, а судебной практики по ним пока еще не сложилось.

11. Смежные конструкции

11.1. Договорный зачет

Положения ст. 410 ГК РФ не применяются к двух- и многосторонним соглашениям о зачете (так называемым взаимозачетам). Последние представляют собой самостоятельное основание прекращения соответствующих обязательств – соглашение сторон (п. 3 ст. 407 ГК РФ).

При этом здесь, видимо, стоит различать два случая.

Во-первых, такое соглашение (договорный зачет) может предусматривать прекращение взаимных обязательств при отсутствии позитивных предпосылок для одностороннего зачета, например, при неоднородности обязательств, их незрелости, а также в ситуации, когда речь идет о взаимозачете с участием более чем двух сторон (см. п. 4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16). В контексте соглашения сторон все позитивные предпосылки зачета теряют свою актуальность, так как они направлены на защиту интересов адресата зачета в условиях одностороннего характера зачета. Если же прекращение взаимных обязательств осуществляется посредством заключения соглашения, все эти опасения ущемления прав одной из сторон отсутствуют.

Во-вторых, нередко стороны при наличии всех условий для заявления о зачете в одностороннем порядке предпочитают оформить прекращение взаимных однородных долгов, подписав акт взаимозачета или иной подобный документ с целью снятия споров о правомерности зачета и признания наличия взаимных зачитываемых долгов.

Кроме того, договорный зачет следует отличать от согласования в договоре менее строгих условий для заявления одностороннего зачета (например, допущение зачета, несмотря на несозревший характер активного требования).

11.1.1. Момент прекращения обязательств

Ретроактивность точно не работает в контексте соглашений, которые прекращают взаимные обязательства сторон в условиях, когда отсутствует одна из предпосылок для зачета между двумя сторонами

(например, при погашении неоднородных требований или несозревших требований), либо речь идет о многостороннем акте о взаимозачете, прекращающем взаимные долги более чем двух лиц.

Более спорный вопрос касается ситуации, когда при наличии всех предпосылок для заявления зачета в одностороннем порядке соответствующая сторона решает оформить с другой стороной акт о зачете или иной подобный документ или стороны достигают договоренности о зачете путем переписки. В таком акте или переписке стороны вполне могут четко определить момент прекращения обязательств. Но что, если стороны умолчали о данном обстоятельстве, что случается в большинстве случаев? Будет ли здесь применяться модель ретроактивности по умолчанию? Этот вопрос пока в полной мере не прояснен, но он крайне актуален, так как на практике стороны очень часто оформляют зачет путем составления акта или иного подобного документа, подписываемого обеими сторонами.

С одной стороны, против применения здесь идеи ретроактивности можно возразить, что договорный зачет не является зачетом в истинном смысле слова, и поэтому момент прекращения обязательств сторон будет определяться соглашением сторон, а при его отсутствии — моментом заключения соответствующего соглашения. Кроме того, в отличие от ситуации с односторонним зачетом, при составлении соглашения стороны вполне могут позаботиться о себе сами и договориться о ретроактивности, а если они этого не сделали, то это не случайное упущение. Обычные для ординарного зачета аргументы в пользу ретроактивности оказываются менее значимыми в ситуации договорного зачета: сложно говорить о «подразумеваемых ожиданиях» и интересах сторон, если стороны имеют возможность реализовать свои интересы, прямо выразив их в содержании соглашения.

С другой стороны, могут быть сомнения в том, что вопрос о ретроактивности или перспективности должен решаться по-разному в зависимости от такого фактора, как наличие согласия одной стороны с инициативой другой стороны совершить зачет. Ведь все, что отличает вариант заявления зачета в одностороннем порядке от варианта с оформлением между инициатором, имеющим право на односторонний зачет, и другой стороны некоего акта, — это согласие другой стороны с зачетом и признание своего долга.

В целом вопрос спорный. Но следует признать, что на настоящий момент идея применения ретроактивности к договорному зачету нашла свое отражение в позиции ВС РФ по одному из дел (Определение СКЭС ВС РФ от 2 февраля 2021 г. № 307-ЭС20-16551). Насколько обоснована такая позиция — вопрос открытый.

11.2. Автоматический зачет на основании договора

Следует обратить внимание на отличие обычного зачета, как он урегулирован в ГК РФ, от нередко встречающихся в обороте договорных условий об автоматическом зачете взаимных требований сторон, которые могут у них возникать в рамках того или иного договора. Согласно условию о таком автоматическом зачете, включенном в соглашение сторон, взаимные обязательства прекращаются *ipso facto*, в момент их созревания, и для этого не требуется заявления о зачете той или иной стороны.

Такие условия об «автоматическом зачете» или «засчитывании» признаются в судебной практике (см. Определение СКЭС ВС РФ от 17 мая 2016 г. № 302-ЭС15-18996 (1, 2), Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1394/12), но являются скорее механизмом прекращения обязательств при наступлении отменительного условия (коим в данном случае является возникновение встречных однородных долгов), а не зачетом в истинном смысле. Пленум ВС РФ в п. 21 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6, признавая допустимость соглашения об «автоматическом зачете», по сути, рассматривает его в качестве способа прекращения, предусмотренного п. 3 ст. 407 ГК РФ.

При этом при любом варианте обоснования к «автоматическому зачету» не применяются правила комментируемой статьи (не требуется уведомление о зачете и т.п.).

11.3. Автоматическое засчитывание взаимных долгов в силу закона

В ряде случаев в законе предусмотрено, что размер обязательства одной из сторон определяется путем вычитания из объема долга этой стороны величины, представляющей собой размер встречного долга другой стороны. Здесь засчитывание одного долга в счет некоего встречного долга другой стороны происходит в автоматическом формате в силу прямого действия закона в момент, когда созревает второе из двух требований. В таких случаях заявления о зачете для прекращения взаимных обязательств не требуется, их взаимное погашение происходит *ipso iure*.

Так, в силу п. 3 ст. 514 ГК РФ необходимые расходы, понесенные покупателем в связи с правомерным принятием товара на ответственное хранение, реализацией товара или его возвратом продавцу, подлежат возмещению поставщиком; при этом вырученное от реализации товара передается поставщику *за вычетом* причитающегося покупателю. Получается, что долг покупателя по выплате поставщику вырученных от продажи поставленной поставщиком, но принятой покупателем лишь на временное хранение и впоследствии проданной третьим лицам вещи уменьшается на размер понесенных покупателем

расходов. Судя по тексту данной нормы, засчитывание этих взаимных долгов происходит в автоматическом формате. Похожая норма, касающаяся отчуждения принадлежащего контрагенту имущества, содержится в п. 6 ст. 720, ст. 738, а также в п. 2 ст. 899 ГК РФ.

В соответствии с п. 2 ст. 238 ГК РФ в случаях, когда имущество, которое в силу закона не может принадлежать собственнику, не отчуждено им в указанные в п. 1 данной статьи сроки, такое имущество, с учетом его характера и назначения, по решению суда, вынесенному по заявлению государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит принудительной продаже с передачей бывшему собственнику вырученной суммы либо передаче в государственную или муниципальную собственность с возмещением бывшему собственнику стоимости имущества, определенной судом. При этом там же указано, что при выплате такой стоимости *«вычитаются»* затраты на отчуждение имущества» (курсив наш. — А.П.).

Согласно п. 5 ст. 239.1 ГК РФ, «средства, вырученные от продажи объекта незавершенного строительства с публичных торгов либо приобретения такого объекта в государственную или муниципальную собственность, выплачиваются бывшему собственнику объекта *за вычетом* расходов на подготовку и проведение публичных торгов» (курсив наш. — А.П.).

Другие такие примеры — ст. 240, 293 ГК РФ.

Во всех этих случаях требование о выдаче дохода, полученного от продажи чужого имущества, в силу прямого указания в законе уменьшается на величину расходов на отчуждение, содержание такого имущества и т.п.

В законе могут быть обнаружены и некоторые иные подобные случаи, которые при первом приближении представляются установленным в законе автоматическим зачетом. Так, согласно п. 3.2 ст. 222 ГК РФ лицо, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, на котором возведена или создана самовольная постройка и которое выполнило требование о приведении самовольной постройки в соответствие с установленными требованиями, приобретает право собственности на такое здание, сооружение или другое строение в соответствии с ГК РФ, но при этом, приобретая право собственности на такую «легализованную» самовольную постройку, это лицо возмещает лицу, осуществившему само строительство такой постройки, расходы на постройку, *за вычетом* расходов на приведение самовольной постройки в соответствие с установленными требованиями.

Иногда ту же мысль законодатель излагает, указывая не на *вычет* или *вычитание*, а на то, что долг одной из сторон погашается *с зачетом* некоего встречного долга. Так, согласно ст. 232 ГК РФ, в случае возврата безнадзорных домашних животных собственнику лицо, задержавшее животных, и лицо, у которого они находились на содержании и в пользовании, имеют право на возмещение их собственником необходимых расходов, связанных с содержанием животных, *с зачетом* выгод, извлеченных от пользования ими. Очевидно, что, если доходы, полученные от использования животного, превышают понесенные затраты, именно лицо, возвращающее животное, обязано выплатить собственнику соответствующую разницу.

Согласно п. 2 ст. 599 ГК РФ, если под выплату пожизненной ренты квартира, жилой дом или иное имущество отчуждены бесплатно, получатель ренты вправе при существенном нарушении договора плательщиком ренты потребовать возврата этого имущества *с зачетом* его стоимости в счет выкупной цены ренты.

Согласно ст. 1108 ГК РФ, при возврате неосновательно полученного или сбереженного имущества или возмещении его стоимости приобретатель вправе требовать от потерпевшего возмещения понесенных необходимых затрат на содержание и сохранение имущества с того времени, с которого он обязан возвратить доходы *с зачетом* полученных им выгод. По сути, в силу данной нормы требование потерпевшего о выдаче полученных обогатившимся лицом выгод, основанное на п. 1 ст. 1107 ГК РФ, зачитывается с требованием обогатившегося лица о возмещении ему необходимых затрат на содержание и сохранение неосновательно полученного имущества.

В доктрине иногда высказывается точка зрения, что в указанных ситуациях упоминания вычитания из размера одного долга суммы встречного долга или присуждения долга с зачетом некоего встречного долга законодатель предписывает автоматическое засчитывание взаимных притязаний, а не просто напоминает о возможности и праве каждой из сторон совершить обычный общегражданский зачет.

Если признать вышеуказанную интерпретацию всех этих норм закона *de lege lata*, обоснованность таких попыток прямо в законе закрепить автоматическое засчитывание взаимных долгов может вызывать сомнения. Почему закон решает данный вопрос за стороны, отступая от принципа диспозитивности осуществления соответствующих прав? Ведь если бы не было этих норм, соответствующая сторона была бы вправе объявить зачет на основании общих правил ст. 410 и 411 ГК РФ, но могла бы этого и не делать. Почему в ст. 1107 ГК РФ предлагается видеть указанный автоматический зачет, а в похожей ситуации, возникающей в сценарии

виндикации (ст. 303 ГК РФ), в силу отсутствия аналогичной специальной нормы для зачета требования собственника о выдаче доходов и встречного требования незаконного владельца о возмещении затрат на имущество необходимо волеизъявление одной из сторон?

Подобные случаи следует отличать от ситуаций, когда в силу объективной природы вещного обеспечения размер обеспеченного долга уменьшается на стоимость предмета обеспечения на стадии реализации обеспечительного права. Так, в силу п. 2 ст. 350.1 ГК РФ, когда залогодержатель присваивает себе предмет залога на основании оговорки *lex commissoria*, он обязан вернуть залогодателю *superfluum* (разницу между размером погашаемого за счет предмета залога долга и стоимостью присваиваемого предмета залога), а если стоимость предмета залога меньше размера обеспеченного долга, соответствующая часть обеспеченного долга по общему правилу сохраняется и должна быть погашена должником по обеспеченному обязательству. Иначе говоря, размер долга уменьшается на стоимость присваиваемого предмета залога. О зачете здесь речь не идет, тем более с учетом того, что сам предмет залога может принадлежать не должнику по обеспеченному обязательству.

То же и при свободной продаже залогодержателем предмета залога или переданного ему для внесудебного обращения взыскания предмета непоссessorного залога.

Согласно п. 2 ст. 358.6 ГК РФ при залоге права требования, если иное не предусмотрено договором залога, денежные суммы, полученные залогодержателем от должника залогодателя по заложенному требованию, *засчитываются* в погашение обязательства, в обеспечение исполнения которого заложено соответствующее требование. Назвать эту ситуацию автоматическим зачетом также сложно.

К этой же категории, видимо, следует отнести п. 2 ст. 831 ГК РФ. Согласно данной норме, если заключен договор обеспечительного факторинга и уступка денежного требования финансовому агенту осуществлена в целях обеспечения исполнения обязательства клиента (обычно заемного) перед финансовым агентом, обеспеченное обязательство клиента перед финансовым агентом считается надлежащим образом исполненным в том объеме, в котором должник по уступленному требованию исполнил свое обязательство перед финансовым агентом. При этом финансовый агент по общему правилу обязан после получения исполнения от должника по уступленному требованию передать клиенту сумму, превышающую сумму долга клиента, обеспеченного уступкой требования. Если денежные средства, полученные финансовым агентом от должника, оказались меньше суммы долга

клиента финансовому агенту, обеспеченного уступкой требования, клиент остается ответственным перед финансовым агентом за остаток своего долга. Вряд ли логично говорить, что в подобной ситуации налицо установленный в законе зачет *ipso iure*.

Также в силу устоявшейся судебной практики (п. 15 [Обзора](#) судебной практики по спорам, связанным с договором финансовой аренды (лизинга) (утв. Президиумом ВС РФ 27 октября 2021 г.)) не признается зачетом процесс расчета сальдо взаимных предоставлений при досрочном расторжении договора выкупного лизинга по причине нарушения договора лизингополучателем на основании п. 2–4 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 17. Согласно утвержденной в вышеуказанном Постановлении Пленума ВАС РФ формуле расчета сальдо, сопоставляются полученные лизингодателем от лизингополучателя платежи (за исключением авансового) и стоимость возвращенного лизингодателю предмета лизинга, с одной стороны, и доказанная лизингодателем сумма предоставленного лизингополучателю финансирования, плата за названное финансирование за время до фактического возврата этого финансирования, а также убытки лизингодателя и размер иных санкций, установленных законом или договором, с другой стороны. В зависимости от того, в чью пользу складывается сальдо, определяется сторона, обязанная осуществить выплату соответствующей разницы. Если мы не объявляем автоматическим зачетом вариант реализации обеспечительного права в сценарии с залогом и обеспечительной уступкой, то, видимо, и в сюжете реализации обеспечительного права лизингодателя следует воздерживаться от зачетной квалификации данного института.

Спорным является вопрос о смысле нормы п. 1 ст. 381.1 ГК РФ, согласно которой «при наступлении обстоятельств, предусмотренных договором, сумма обеспечительного платежа засчитывается в счет исполнения соответствующего обязательства». Имеется ли здесь в виду автоматический зачет обеспеченного долга и долга получателя обеспечительного платежа по его возврату, или для того самого засчитывания необходимо волеизъявление получателя обеспечительного платежа? Если верно последнее, налицо обычный зачет по смыслу ст. 410 и 411 ГК РФ. Последний вариант толкования представляется более корректным (см. подробнее комментарий к ст. 381.1 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 381.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Ни при каких условиях не относятся ни к обычному зачету, ни к автоматическому зачету случаи, когда закон предусматривает *засчитывание* платежа в счет того или иного долга (п. 1 и 2 ст. 319.1, абзац второй п. 1 ст. 367, абзац второй п. 3 ст. 508, п. 2 ст. 511, п. 2 ст. 512, п. 3 ст. 522 ГК РФ). На самом деле здесь речь идет об атрибуции (импутации) платежей должника. Никаких взаимных долгов здесь нет, соответственно, нет и оснований обсуждать тот или иной вариант зачета.

Также не происходит автоматического зачета в случаях, когда размер требования одной из сторон корректируется на размер выгод, которые получил ответчик. Так, согласно ст. 752 ГК РФ, если по не зависящим от сторон причинам работы по договору строительного подряда приостановлены и объект строительства законсервирован, заказчик обязан оплатить подрядчику в полном объеме выполненные до момента консервации работы, а также возместить расходы, вызванные необходимостью прекращения работ и консервацией строительства, с зачетом выгод, которые подрядчик получил или мог получить вследствие прекращения работ. То же и в ситуации, когда суды применяют правило *compensatio lucri cum damno* и при определении размера причитающихся к погашению убытков вычитают выгоду, которую в результате нарушения получил кредитор (см., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 23 июля 2013 г. № 2852/13 и Определение СКЭС ВС РФ от 13 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-10125) (подробнее о проблеме вычета выгод из суммы взыскиваемых убытков см. комментарий к ст. 15 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Неотнесение таких ситуаций к зачету, в том числе автоматическому, связано с тем, что выгоды, которые может получить пострадавший от нарушения кредитор или потерпевший в результате деликта, не причитаются нарушителю (делинквенту), и, соответственно, нет условий для обнаружения взаимных долгов.

В тех же ситуациях, когда выгода, которую получает кредитор, образуется за счет нарушителя, теоретически условия для зачета могут быть обнаружены. Но, если закон здесь не говорит об автоматизме зачета, должны применяться общие правила о зачете, включая правило о необходимости волеизъявления одной из сторон. Так, например, ответчик, с которого взыскивают в качестве убытков расходы на замену поврежденных деталей, может зачесть против этого требования стоимость выбракованных в процессе ремонта старых деталей, которые остаются

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 15 ГК РФ – В.В. Байбак, А.Г. Карапетов).

у потерпевшего и не были переданы ответчику в натуре (Определение СКЭС ВС РФ от 13 июля 2021 г. № 309-ЭС21-7026).

Дополнительная литература

См. список к комментарию к ст. 411 ГК РФ.

Статья 411. Случаи недопустимости зачета

Не допускается зачет требований:

о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью;

о пожизненном содержании;

о взыскании алиментов;

по которым истек срок исковой давности;

в иных случаях, предусмотренных законом или договором.

Комментарий

1. Негативные предпосылки зачета: общие положения

Для осуществления зачета, помимо наличия позитивных (см. ст. 410 ГК РФ и комментариев к ней), требуется также отсутствие негативных предпосылок (препятствий к зачету, вытекающих из тех или иных запретов), перечень которых содержится в ст. 411 ГК РФ, в ряде иных законодательных норм, а также иногда выводится из сущности требований.

1.1. Недопустимость зачета высокоперсонализированных требований

Абзацы второй—четвертый ст. 411 ГК РФ объявляют незачетоспособными требования о возмещении вреда жизни или здоровью, о пожизненном содержании, о взыскании алиментов (запрет на зачет последних дублируется также в п. 1 ст. 116 СК РФ). Основным мотивом включения указанных требований в перечень ст. 411 ГК РФ является, видимо, их целевой характер — направленность на обеспечение содержания уязвимых категорий граждан, чья нормальная жизнь зависит от регулярных поступлений соответствующих выплат. Допустимость же зачета может сделать достижение указанных целей невозможным.

При этом вопрос о пределах действия соответствующих запретов является дискуссионным. Исторический законодатель, возможно, имел в виду, что указанные требования не способны к зачету в принципе, независимо от того, лежит ли соответствующее обязательство на заявителе зачета или на адресате зачета. При таком прочтении за-

кона указанные выше требования призваны обеспечить их кредитору получение минимально необходимых для продолжения его существования как личности денежных средств. Реализация этой цели воплощает в себе некий публичный интерес, а соответствующий кредитор считается нуждающимся в защите, с учетом его уязвимого положения, в том числе и от своих собственных действий. Именно по этой причине изначальная редакция ГК РФ запрещала возможность кредитора по соответствующим обязательствам распоряжаться принадлежащим ему требованием, в частности, прямо исключая их новацию (см. п. 2 ст. 414 ГК РФ в прежней редакции). Единственным возможным способом удовлетворения интересов кредитора с этих позиций является фактическое предоставление ему необходимых денежных средств, что исключает прекращение данных требований иным, нежели исполнение, способом. Исходя из этой логики, запрет зачета подобных высокоперсонифицированных требований может восприниматься как универсальный и безусловный.

Но в отечественной доктрине высказывается предложение о радикальном усечении гипотезы данной нормы. Согласно этой идее, указанные правила должны в принципе восприниматься только как ограничивающие зачет, инициатором которого является должник по соответствующим обязательствам. Напротив, кредитор по алиментному обязательству, обязательству по выплате регулярной компенсации в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца или обязательству по пожизненному содержанию вправе предъявлять это свое требование в отношении просроченных периодических платежей (т.е. в отношении накопившейся задолженности) к зачету против требования другой стороны о взыскании по некоему встречному долгу. Например, если у заемщика возникло встречное требование к займодавцу о выплате возмещения в связи с утратой трудоспособности, которое займодавец не удовлетворяет, а затем займодавец заявляет иск о взыскании долга по займу, не очевидны причины, по которым заемщик не может заявить о зачете. С этих позиций комментируемую норму предлагается толковать таким образом, что кредитор по подобным обязательствам вправе сам зачесть это свое созревшее требование о погашении начисленной задолженности по алиментам, выплатам в связи с утратой трудоспособности и т.п. против встречного требования другой стороны. Другая же сторона, являющаяся должником по подобным обязательствам с целевым назначением предоставления содержания, заявить зачет не может, причем как в отношении выплат, которые с нее причитаются за будущие периоды, так и в отношении своей накопившейся задолженности. Подобное толкование норм аб-

защев второго—четвертого ст. 411 ГК РФ соответствует ограничениям на зачет, установленным в зарубежных правопорядках (см., например, § 394 ГГУ), а также в международных актах унификации частного права (ст. III.—6:108(b) Модельных правил европейского частного права), запрещающих зачет *против требования*, на которое не может быть обращено взыскание, т.е. зачет, инициатором которого (компенсантом) является должник по подобному требованию.

Полной ясности о симметричности или асимметричности этих указанных запретов на зачет требований о выплате содержания, алиментов и возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, в судебной практике пока нет.

Более того, в любом случае следует признать редукцию перечня соответствующих высокоперсонифицированных и, как следствие, незачетоспособных требований.

Во-первых, не вполне логично включение в их число и ограничение зачета требований о возмещении понесенных затрат на лечение, приобретение лекарств, реабилитацию, погребение и тому подобных требований о возмещении имущественных убытков, уже возникших в результате причинения вреда здоровью за период до зачета. Указанные суммы не направлены целевым образом на предоставление в будущем содержания, на доставление кредитору средств, минимально необходимых для продолжения его существования как личности. Это обычные убытки в виде возмещения реального ущерба. Как минимум если о зачете заявляет потерпевший, не желающий выплачивать некий собственный долг перед причинителем, точно нет ни одной причины такому зачету препятствовать. Более того, есть сомнения в запрете на зачет в ситуации, когда зачет объявляет должник по таким стандартным требованиям о возмещении понесенных расходов.

Во-вторых, перечень абзацев второго—четвертого ст. 411 ГК РФ внутренне неоднороден. В него, наряду с требованиями, кредитором по которым выступает нетрудоспособное и нуждающееся лицо, а сами нетрудоспособность и нуждаемость являются необходимыми условиями возникновения соответствующего обязательства (обязательства осуществлять периодические выплаты в связи со смертью кормильца или утратой трудоспособности, подавляющее большинство алиментных обязательств (ст. 80, п. 1 ст. 85, п. 1 ст. 87, п. 2 ст. 89, п. 1 ст. 90, п. 1 ст. 93, ст. 94, ст. 95, п. 1 ст. 96 п. 1 ст. 97 СК РФ)), включены и требования, в отношении которых закон не устанавливает подобных обязательных требований к статусу кредитора. В рамках, например, требования «о пожизненном содержании» (вне зависимости от того, сводить его лишь к требованиям, вытекающим из договоров

пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением, или включать в объем данного понятия еще и требования из соглашения о предоставлении содержания лицом, не обязанным в силу закона к уплате алиментов), кредитором может выступать любое лицо, независимо от его объективной трудоспособности и (или) нуждаемости. В подобной ситуации для кредитора сумма содержания может не иметь цели обеспечения ему необходимого прожиточного минимума. В связи с этим достаточно сложно оправдать ограничение зачета, по крайней мере в ситуации, когда его инициатором выступает кредитор по соответствующему требованию.

Также иногда предлагается и расширительное толкование указанного перечня. Может быть выдвинута мысль о том, что зачет не допускается не только против пассивных требований, прямо указанных в абзацах втором—четвертом ст. 411 ГК РФ, но и против любых других требований, на которые в силу ст. 101 Закона об исполнительном производстве не может быть обращено взыскание. Действительно, системность регулирования соответствующих ситуаций приводит к очевидному выводу, что если подобное защищенное от обращения взыскания требование является пассивным (т.е. принадлежит адресату заявления о зачете), есть все основания заблокировать такой зачет.

Вместе с тем дискуссия о пределах действия запрета на зачет, установленного в абзацах втором—четвертом ст. 411 ГК РФ, далека от завершения, а судебная практика по данным вопросам окончательно еще не сложилась.

1.2. Недопустимость зачета заданных требований

Запрет, установленный абзацем пятым ст. 411 ГК РФ, очевидно, преследует цель обеспечения интересов должника. Истечение срока давности предоставляет должнику защиту в виде соответствующего возражения против требования кредитора о принудительном исполнении. Являясь «суррогатом» исполнения и обладая свойством принудительности, зачет не должен создавать возможность обхода этой защиты. Однако все сказанное релевантно только для заданного активного требования, т.е. такого, по которому инициатор зачета выступает в качестве кредитора. Именно в данной ситуации кредитор-заявитель посредством зачета может обойти защиту, предоставленную должнику истекшей исковой давностью, тем самым достигнув эффекта, не доступного ему (кредитору) в рамках попытки принудительного исполнения требования. Поэтому в подобной ситуации актуален установленный абзацем пятым ст. 411 ГК РФ запрет зачета, обеспечивающий запрет на предъявление к зачету активного требования с истекшей исковой давностью.

Вместе с тем, обеспечивая интересы должника, правило абзаца пятого ст. 411 ГК РФ не препятствует осуществлению зачета пассивного требования с истекшим сроком давности, т.е. зачета по инициативе самого должника по такому требованию. Этот вывод подтверждается и предписаниями п. 3 ст. 199 ГК РФ, запрещающего в отношении требований, по которым истек срок давности, односторонние действия (в том числе и зачет) именно кредитора.

Иначе говоря, зачет невозможен, если по требованию заявителя зачета к адресату зачета истек срок давности, но вполне возможен, если такой срок истек по встречному требованию адресата зачета к заявителю. В последней ситуации заявитель зачета ни в коем случае не ухудшает положение адресата зачета, а действует к его выгоде

Указанный подход разделяет и Пленум ВС РФ, в п. 18 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 прямо признавая: «В случаях, предусмотренных статьей 411 ГК РФ, зачет не влечет юридических последствий, на которые он был направлен, в частности, если... по активному требованию истек срок исковой давности. <...> В то же время истечение срока исковой давности по пассивному требованию не является препятствием для зачета».

Рассматриваемое правило абзаца пятого ст. 411 ГК РФ с 1 июня 2015 г. действует в новой редакции. Воплощая подход, ранее сложившийся в правоприменительной практике (см. п. 10 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65), закон связывает запрет зачета исключительно с фактом истечения давностного срока, а не с применением исковой давности судом (см. также п. 3 ст. 199 ГК РФ и комментарий к нему в другом томе серии #Глосса¹). Кроме того, не имеет значения, заявлял должник о своем желании воспользоваться возражением о давности или нет: «При истечении срока исковой давности по активному требованию должник по нему, получивший заявление о зачете, не обязан в ответ на него сообщать о пропуске срока исковой давности кредитору» (п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Подобный подход концептуально расходится с соответствующими предписаниями международных актов унификаций частного права (см. ст. 10.10 Принципов УНИДРУА, ст. III.–7:503 Модельных правил европейского частного права). Однако необходимо иметь в виду, что, в отличие от российского правопорядка (см. п. 2 ст. 199 ГК РФ),

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 199 ГК РФ – С.В. Сарбау).

данные унификации не ограничивают применение давности исключительно заявлением, сделанным должником перед судом. Соответственно, в контексте российского права, в рамках которого возражение о давности должно быть заявлено исключительно в суде, применимость этого механизма возражения в отношении ситуации внесудебного зачета была сомнительной. Это, видимо, и предопределило изменение редакции ст. 411 ГК РФ.

По своей сути данное ограничение на зачет представляет собой проявление такой позитивной предпосылки, как принудительная осуществимость активного требования. В связи с этим размещение комментируемого правила в ст. 411 ГК РФ, возможно, не лучшее решение. Даже, если бы в ст. 411 ГК РФ данного запрета не было, зачет заданного активного требования был бы невозможен в силу предписаний ст. 410 ГК РФ о позитивных предпосылках зачета в их расширительной телеологической интерпретации.

2. Иные нормативные случаи недопустимости зачета

Перечень препятствий к зачету в ст. 411 ГК РФ является открытым, иные случаи недопустимости зачета могут быть установлены ГК РФ и другими законами.

Так, например, по общему правилу не допускается зачет требований о внесении вкладов в уставный капитал ООО (п. 2 ст. 90 ГК РФ, п. 4 ст. 19 Закона об ООО). Также закон вводит целый ряд ограничений зачета по инициативе работодателя требований о выплате заработной платы к встречным требованиям работодателя к работнику (ст. 137, 138, 248 ТК РФ).

2.1. Запрет зачета в банкротстве. Доктрина сальдирования

Еще один запрет содержится в Законе о банкротстве — не допускается зачет денежных требований должника после введения в отношении него процедуры наблюдения (финансового оздоровления), если при этом нарушается установленная законом очередность удовлетворения требований кредиторов (п. 1 ст. 63, п. 1 ст. 81). Кроме того, зачет, произведенный в период подозрительности, может быть признан недействительным по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве в качестве сделки с предпочтением.

Вопрос о том, насколько, в принципе, обоснован сам запрет на зачет в банкротстве, мы здесь оставляем за скобками. Он носит достаточный спорный характер и вызывает острые дебаты в литературе.

Вместе с тем в любом случае понимание данного запрета как тотального и безусловного представляется несправедливым и не соответствует доминирующему в зарубежном праве вектору регули-

рования (практически во всех развитых зарубежных национальных правовых порядках зачет в банкротстве в той или иной степени разрешен). В связи с этим отечественная доктрина и правоприменительная практика предпринимают попытки редуцировать запрет на зачет, содержащийся в Законе о банкротстве. Пока ВС РФ не готов дезавуировать этот запрет полностью и движется по пути ограничения сферы его применения.

Одним из направлений такого ограничения может выступать применение правил о ретроактивности (подробнее см. комментарий к ст. 410 ГК РФ). В связи с признанием обратной силы заявления о зачете не должны подпадать под запрет случаи зачета, совершенного хотя и в пределах периода подозрительности либо даже после возбуждения процедуры банкротства или после введения любой процедуры банкротства, если за счет применения правил об обратной силе момент прекращения зачитываемых требований наступает до периода подозрительности. Такое решение присутствует в ряде зарубежных национальных правовых порядков (например, в Германии) и предлагалось в 2014 г. к закреплению в отечественном праве проектом Постановления Пленума ВАС РФ. Однако данный проект в свое время так и не был принят.

В актуальной судебной практике ВС РФ попыток применения такого подхода пока не обнаружено.

В то же время, как представляется, выведение из-под запрета таких ситуаций, когда условия зачетоспособности сформировались задолго до банкротства, было бы вполне уместно.

ВС РФ пошел несколько иным путем. Он стал развивать доктрину так называемого сальдирования.

2.1.1. Развитие доктрины сальдирования в практике ВС РФ

В настоящее время в практике ВС РФ активно внедряется доктрина сальдирования (см., например: определения СКЭС ВС РФ от 21 февраля 2017 г. № 304-ЭС16-20764, от 30 июня 2017 г. № 304-ЭС17-1977, от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564, от 2 августа 2018 г. № 305-ЭС18-7372, от 20 августа 2018 г. № 304-ЭС18-11508, от 22 октября 2018 г. № 305-ЭС18-16743, от 29 августа 2019 г. № 305-ЭС19-10075, от 2 сентября 2019 г. № 304-ЭС19-11744, от 28 октября 2019 г. № 305-ЭС19-10064, от 11 июня 2020 г. № 305-ЭС19-18890 (2), от 15 октября 2020 г. № 302-ЭС20-1275, от 27 октября 2020 г. № 305-ЭС20-10019, от 5 ноября 2020 г. № 303-ЭС16-199972 (2), от 10 декабря 2020 г. № 306-ЭС20-15629, от 29 декабря 2020 г. № 305-ЭС19-1552 (4), от 21 января 2021 г. № 305-ЭС20-18605, от 2 февраля 2021 г. № 305-ЭС20-18448, от 8 апреля 2021 г. № 308-ЭС19-24043 (2, 3), от 23 июня 2021 г. № 305-

[ЭС19-17221 \(2\)](#), от 30 сентября 2021 г. [№ 301-ЭС21-10601](#); Определение СКГД ВС РФ от 20 декабря 2019 г. [№ 11-КГ19-22](#)).

«Сальдирование» в современной практике ВС РФ преподносится в качестве института *sui generis*, не имеющего якобы отношения к зачету, а потому не подпадающего под запрет зачета, сформулированный в Законе о банкротстве. Истоки этой идеи, видимо, лежат в конструкции зачитывания, вычета (*deductio*), известного ряду зарубежных правовых порядков (например, *Anrechnung* – в Германии), в рамках которого происходит автоматическое уменьшение суммы требования на определенную величину (например, вычета сэкономленных издержек из величины неполученного дохода при расчете упущенной выгоды). Отечественным же прототипом сальдирования в банкротстве выступила концепция сальдирования, разработанная применительно к лизингу, посредством которой происходит соотнесение при расторжении договора взаимных предоставлений сторон, совершенных до момента расторжения, с определением размера итоговой обязанности одной стороны в отношении другой (п. 3.1 Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. [№ 17](#)).

В исходных решениях ВС РФ, оформляющих доктрину сальдирования в банкротстве, где речь шла, например, о сальдировании долга по возврату неотработанного аванса за определенные виды работ к притязанию подрядчика об оплате других выполненных работ по договору (см. Определение СКЭС ВС РФ от 29 января 2018 г. [№ 304-ЭС17-14946](#)), действительно можно было говорить не о зачете двух встречных требований, а об арифметическом определении размера долга одной из сторон. Однако последующая практика ВС РФ шагнула далеко за эти примеры и стала называть сальдированием очевидные случаи взаимного прекращения встречных требований (например, требования об убытках или уплате неустойки и встречного требования об уплате основного долга). В связи с этим возникли вопросы, как сальдирование соотносится с зачетом, и почему на сальдирование не распространяется общий запрет зачета, установленный Законом о банкротстве.

Некоторое время практика объясняла особый статус сальдирования в банкротстве его автоматическим характером. Если стороны предусмотрели в договоре условие об автоматическом «зачете» взаимных требований (автоматическом «удержании» из долга размера встречного требования или уменьшении долга на сумму такого требования), речь должна действительно идти не о зачете, а об ином способе прекращения обязательств (подробнее см. п. 11.1 комментария к ст. 410 ГК РФ). К последнему не применимы правила об ординарном зачете, в том числе запрет на зачет, установленный Законом о банкротстве. Дейст-

вительно, если бы в договоре содержалось условие об автоматическом прекращении взаимных требований при их созревании и такие требования прекращались бы до периода подозрительности, говорить о воскрешении таких требований в свете возбуждения дела о банкротстве было бы по общему правилу нельзя. Но в подавляющем большинстве случаев никакой оговорки об автоматическом засчитывании взаимных требований договоры, применительно к которым ВС РФ признавал допустимым сальдирование, не содержали. Вместо этого одна из сторон заявляла о зачете в преддверии возбуждения дела о банкротстве или после введения наблюдения. Более того, нередко само требование к банкроту созревало в свете его банкротства. Очевидно, что в контексте банкротства технический аспект засчитывания (автоматический или по заявлению одной из сторон, но ретроактивный) не может иметь решающего значения при определении допустимости соответствующей модели внереестрового удовлетворения отдельных кредиторов.

Постепенно в орбиту применения доктрины «сальдирования» ВС РФ стали попадать сюжеты, в которых договорные условия не предусматривали автоматизма прекращения встречных требований, а лишь устанавливали право одной из сторон уменьшить свой долг на сумму своего встречного требования или удержать из своего долга сумму своего встречного требования (см., например, определения СКЭС ВС РФ от 2 сентября 2019 г. № 304-ЭС19-11744, от 11 июня 2020 г. № 305-ЭС19-18890 (2)). Подобные формулировки явно не свидетельствовали об установлении сторонами особого способа автоматического прекращения встречных обязательств (хотя зачастую интерпретировались судами именно подобным образом), а лишь подчеркивали существование у стороны права на ординарный зачет. Но Суд, указывая на такие условия о предоставлении заказчику или покупателю права уменьшить цену или удержать из цены сумму, равную своему встречному требованию о взыскании убытков или неустойки, делал вывод о том, что кредитору банкрота доступен не зачет, который запрещен, а то самое загадочное сальдирование, которое допускается. Это обоснование нелепо. Конечно же, здесь речь идет о самом обычном зачете. Указанные условия договоров ничего не говорят об автоматизме, а лишь подтверждают наличие у кредитора права на зачет. Захочет ли кредитор «вычесть» из цены свое требование о взыскании убытков или нет, решать ему. В конкретной ситуации заказчик (покупатель) может не пожелать делать такой «вычет», например, в силу того, что причитающаяся ему неустойка явно несоразмерна, и заказчик (покупатель) не желает попасть в просрочку по части своего основного долга, если впоследствии суд признает неустойку несоразмерной, а «вычет»

в соответствующей части несостоявшимся. Ведь иначе окажется, что заказчик не доплатил часть цены, и это открывает условия для привлечения его самого к договорной ответственности за просрочку.

Затем ВС РФ пошел дальше и допустил сальдирование при отсутствии каких-либо особых предварительных договоренностей сторон. Суд стал писать о том, что подрядчик или поставщик, допустивший нарушение договора и обязанный к уплате убытков или неустойки, сам своими действиями уменьшает причитающуюся ему цену. И наличие или отсутствие в договоре оговорки о праве покупателя / заказчика уменьшить цену иррелевантно (см., например, Определение СКЭС ВС РФ от 23 июня 2021 г. № 305-ЭС19-17221 (2)). Тезис о том, что в такого рода случаях происходит не зачет, а автоматическое уменьшение цены, абсурден. Право не может присудить покупателю или заказчику убытки или неустойку помимо их воли, только сам кредитор вправе осуществить свое право требования в отношении охранительного обязательства и объявить зачет, если только в договоре прямо не оговорен «автоматический зачет». Поэтому ссылки Суда на то, что здесь не происходит зачет, еще более абсурдны, чем в ранее рассмотренных случаях, в которых в договоре имелась оговорка о праве уменьшить цену на величину убытков или неустойки, или вычесть (удержать) из цены такую сумму. Если поверить в то, что в подобных случаях долг уменьшается автоматически, следует признать, что и в ситуации, когда никто из сторон впоследствии в банкротство не впадает, оснований для платежа всей цены нет и при ее уплате часть уплаченного может быть истребована по правилам о неосновательном обогащении, а уступить требование об уплате неустойки просто невозможно, так как требование попросту не существует. Так как нет сомнений в том, что Суд такой абсурд иметь в виду просто не мог, истинная суть тезиса ВС РФ, которую он пытается закамouflировать, состоит в том, что налицо обычный зачет, но совершение зачета в такого рода обстоятельствах просто не подпадает под действие запрета на зачет в банкротстве.

В частности, ВС РФ стал допускать сальдирование по любым взаимным денежным долгам, вытекающим из общего правового основания, а не только в классическом сюжете зачета основного долга пострадавшей от нарушения договора стороны по оплате к встречному долгу нарушителя договора по возмещению убытков или уплате неустойки. Например, если энергоснабжающая организация заключила с контрагентом договор о передаче тепловой энергии по сетям последнего и обязана платить за использование таких сетей, а при этом контрагент обязан возмещать энергетикам потери в сетях, два таких взаимных требования признаются встречными и могут быть сальдированы

в банкротстве, даже несмотря на то, что в договоре прямо указано, что по обоим долгам стороны осуществляют платежи по указанным в договоре банковским реквизитам друг друга (см. Определение СКЭС ВС РФ от 15 октября 2020 г. № 302-ЭС20-1275). Другой пример: если комиссионер вправе требовать оплаты за оказание услуги по продаже товара комитента, а комитент – требовать от комиссионера перечисления полученной от продажи выручки, эти требования встречные и могут быть сальдированы в банкротстве (см. Определение СКЭС ВС РФ от 27 октября 2020 г. № 305-ЭС20-10019). Можно привести и множество иных подобных примеров, развивая логику ВС РФ. Так, если подрядчик должен был оплатить поставленные ему заказчиком материалы, а заказчик – оплатить выполненные подрядчиком работы, эти взаимные требования считаются встречными и подлежат сальдированию в банкротстве. Иначе говоря, речь идет не только об архетипических ситуациях ненадлежащего осуществления неденежного предоставления и зачета требования об уплате цены к встречным требованиям о взыскании убытков или неустойки в связи с допущенными дефектами. Любые взаимные денежные долги, вытекающие из единого правового основания, могут быть зачтены, несмотря на банкротство одной из сторон.

Стало окончательно очевидно, что сам термин «сальдирование» является не более чем эвфемизмом, за которым в подавляющем большинстве случаев скрывается как срабатывание договорного условия об автоматическом прекращении взаимных долгов, так и ординарный зачет по взаимосвязанным денежным долгам, осуществляемый посредством волеизъявления одной из сторон. Использование же особого термина «сальдирование» предопределено восприятием со стороны ВС РФ тотального запрета на зачет в банкротстве, установленного отечественным позитивным правом, как несправедливого применительно к определенной группе случаев, и желанием вывести такие случаи зачета из-под действия этого запрета.

Это наиболее ярко демонстрирует Определение СКЭС ВС РФ от 27 октября 2020 г. № 305-ЭС20-10019, в котором он признал возможность сальдирования требования комиссионера об уплате комиссионного вознаграждения против требования комитента о перечислении полученных от продажи товара комитента сумм, указав на то, что здесь якобы нет зачета (который запрещен в банкротстве), а налицо то самое «сказочное» сальдирование, которое в банкротстве допускается, и это несмотря на то, что в ст. 997 ГК РФ данный механизм удержания вознаграждения комиссионера из суммы полученного в результате выполнения комиссионного задания дохода, которую он должен пе-

речислить комитенту, прямо квалифицирован в качестве зачета путем отсылки к ст. 410 ГК РФ.

2.1.2. Обоснование игнорирования запрета на зачет в банкротстве

Ключевой вопрос, соответственно, касается того, как очертить круг таких случаев, в которых зачет в банкротстве следует допускать. Если определить критерий дифференциации, судебная практика стабилизируется. Вопрос же о том, стоит ли и дальше в отношении таких случаев говорить о сальдировании (имея в виду под этим термином не особое основание прекращения обязательств, а те случаи зачета, которые допускаются в банкротстве) или просто осуществлять телеологическую редукцию нормы о запрете на зачет в банкротстве, носит важный, но менее принципиальный характер.

К сожалению, внедряемая в российское право посредством практики ВС РФ на протяжении ряда лет доктрина сальдирования все еще находится на стадии постепенного определения границ своего применения. В связи с этим оборот и практика нижестоящих судов вынуждены воспринимать эту доктрину отраженно, через конкретные примеры, попадающие в орбиту рассмотрения высшей судебной инстанции. При этом выдержать какую-то «генеральную линию» в более чем двух десятках дел, составляющих примеры применения доктрины сальдирования, ВС РФ явно не удалось. Собрать в единую непротиворечивую концепцию все эти многочисленные примеры непросто. Поэтому попытаемся реконструировать подход ВС РФ, исходя из большинства имеющихся примеров.

Видимо, основной идеей допущения сальдирования (зачета) в банкротстве, по логике ВС РФ, является обеспечительная функция зачета, которая проявляется в ожиданиях сторон, вступающих в договорные отношения, быстро и просто получить удовлетворение за счет прекращения встречного обязательства контрагента. Базовым примером наличия таких ожиданий выступают взаимосвязанные обязательства сторон, вытекающие из единого правового основания (одного или нескольких связанных между собой договоров). Вступая в такие договоры, стороны, по сути, имплицитно включают возможность зачета в программу своих отношений. Такая возможность в подобной ситуации подразумевается в силу общности правового основания взаимных требований и совершенно необязательно должна быть прямо упомянута в договоре / договорах. Соответственно, эта программа отношений и ожидания сторон по взаимосвязанным обязательствам не должны нарушаться банкротством контрагента. Поэтому и зачет таких взаимосвязанных требований может быть допущен как в период подозрительности, так и после возбуждения процедуры банкротства одной из сторон.

Другая линия обоснования — идея синаллагмы. Суд часто, обосновывая доктрину сальдирования, ссылается на правила о встречном исполнении обязательств (ст. 328 ГК РФ). Встречность взаимных денежных долгов, их взаимообусловленность в связи с опорой на единое правовое основание в рамках этой линии судебной практики используется в целях обоснования не приостановления исполнения по п. 2 ст. 328 ГК РФ, а зачета вопреки общему запрету на зачет в банкротстве. Но функционально эти явления схожи: тесная связь двух обязательств требует исключить ситуацию, когда одно требование будет принудительно осуществлено, а встречное — нет. Идея функциональной синаллагмы здесь реализуется посредством зачета (подробнее о функциональном аспекте синаллагмы см. комментарий к п. 3 ст. 328 ГК РФ).

Как бы то ни было, взаимосвязанность требований как условие допущения их зачета в банкротстве известна ряду зарубежных правопорядков (например, Франции). Скорее всего, именно этой идеей вдохновляется ВС РФ, формируя отечественную практику сальдирования.

Подобной логикой можно объяснить, например, допустимость сальдирования (зачета) требований продавца, подрядчика или исполнителя о взыскании долга за осуществленное ненадлежащее (некачественное или просроченное) предоставление, с одной стороны, и встречные денежные требования покупателя или заказчика о взыскании расходов на устранение дефектов, иных вызванных нарушением убытков либо начисленной в связи с нарушением неустойки, с другой стороны (см., в частности, определения СКЭС ВС РФ от 21 февраля 2017 г. № 304-ЭС16-20764, от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564, от 29 августа 2019 г. № 305-ЭС19-10075, от 2 сентября 2019 г. № 304-ЭС19-11744, от 23 июня 2021 г. № 305-ЭС19-17221 (2)), возможность сальдирования (зачета) требования комиссионера об уплате комиссионного вознаграждения против требования комитента о перечислении полученных от продажи товара комитента сумм (см. Определение СКЭС ВС РФ от 27 октября 2020 г. № 305-ЭС20-10019). Именно взаимосвязанность требований позволила ВС РФ допустить в банкротстве сальдирование (зачет) требования энергоснабжающей организации об оплате возмещения потерь в сетях и требования контрагента об оплате услуг по передаче энергии — с одной стороны. И, с другой стороны, отсутствие таковой взаимосвязанности позволило Суду запретить сальдирование (зачет) требования об оплате услуг по передаче энергии против требования энергоснабжающей организации об оплате энергии по другому договору между сторонами (см. Определение СКЭС ВС РФ от 15 октября 2020 г. № 302-ЭС20-1275). Связанность между собой (подтверждаемая отсылками в текстах договоров) предопределила возможность

сальдирования (зачета) взаимных требований сторон из нескольких договоров поставки (Определение СКЭС ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 305-ЭС19-18890 (2)), а также сальдирование обязательств по нескольким взаимосвязанным договорам различного рода (договору строительного подряда и договору долевого участия в строительстве (см. Определение СКЭС ВС РФ от 28 октября 2019 г. № 305-ЭС19-10064), договору банковского счета и кредитному договору (см. Определение СКГД ВС РФ от 20 декабря 2019 г. № 11-КГ19-22)).

Более того, есть все основания применять сальдирование (т.е. допустить зачет) в банкротстве и в тех случаях, когда взаимные требования вытекают из факта расторжения договора или признания его недействительным (в последнем случае, возможно, за рамками некоторых исключений). Взаимообусловленность таких реституционных и реверсивных обязательств и применимость к ним правил ст. 328 ГК РФ уже признана в практике ВС РФ (подробнее см. комментарий к ст. 328 ГК РФ), а это открывает путь к обеспечению функционального аспекта встречности за счет допущения зачета.

2.1.3. Некоторые спорные аспекты

Впрочем, здесь возникает вопрос о справедливости ситуации, в которой конкретный кредитор получает возможность путем зачета удовлетворить свое требование к банкроту в полном объеме, не делясь с иными кредиторами, т.е. оказаться в лучшем положении, чем залоговый кредитор. Пока суды к этой ситуации относятся благосклонно, и получается, что зачет как обеспечительный механизм дает кредитору банкротства большую защиту, чем залог. Напомним, что согласно закону (п. 1 ст. 138 Закона о банкротстве, п. 15 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58) до 30% от стоимости, извлеченной в результате продажи предмета залога, может достаться кредиторам первых двух привилегированных очередей и пойти на покрытие некоторых издержек на конкурсную процедуру. Насколько игнорирование этого аспекта дистрибутивной справедливости, как минимум в отношении той части этих 30%, которые в сценарии с залогом должны были достаться кредиторам привилегированных очередей, логично в контексте зачета? Этот вопрос может быть отнесен к категории спорных.

Также стоит обратить внимание на то, что судебная практика ВС РФ допускает «сальдирование» в банкротстве требования об уплате неустойки и встречного требования о взыскании основного долга, вытекающих из единого правового основания (определения СКЭС ВС РФ от 2 декабря 2021 г. № 305-ЭС20-18448, от 29 августа 2019 г. № 305-ЭС19-10075, от 23 июня 2021 г. № 305-ЭС19-17221 (2)). Это происходит несмотря на то, что закон субординирует требование

о взыскании неустойки в банкротстве должника. Долги по неустойке не учитываются при определении признаков банкротства (п. 2 ст. 4 Закона о банкротстве), кредитор по такому требованию не голосует на собраниях кредиторов (п. 3 ст. 12 Закона о банкротстве), а при конкурсном распределении получает удовлетворение после удовлетворения всех ординарных необеспеченных кредиторов третьей очереди (п. 3 ст. 137 Закона о банкротстве). Это означает, что требование о взыскании неустойки практически гарантированно никогда не будет удовлетворено в ходе дела о банкротстве и будет списано по итогам завершения процедуры. В то же время доктрина сальдирования позволяет кредитору конкурсной массы за счет зачета получить полное удовлетворение своего требования о взыскании неустойки даже не на равных с другими кредиторами, а с абсолютным приоритетом. ВС РФ исходит из позиции, что в той степени, в которой допускается зачет в банкротстве, не учитывается субординированный характер требования о взыскании неустойки. Видимо, к тому же подходу Суд готов прийти и применительно к требованию о погашении упущенной выгоды, которое российское законодательство о банкротстве субординирует так же, как и неустойку. Но против такого решения можно выдвинуть аргументы системного плана: не вполне понятно, почему зачет позволяет обойти правила о субординации. Так что здесь применительно к практике сальдирования неустойки может быть обнаружено некоторое нарушение системной логики регулирования.

Возможно, то обстоятельство, что судебная практика ВС РФ начинает благосклонно смотреть на зачет неустойки к основному долгу, объясняется тем, что сама идея субординации требований о выплате неустойки (а также погашении упущенной выгоды) крайне небесспорна с политико-правовой точки зрения, если не сказать ошибочна (она не встречается в большинстве развитых стран). Если неустойка носит сверхкомпенсационный характер, вполне достаточно установления в РТК в ординарную третью очередь той части этого притязания, которая соответствует убыткам. Понимая нелогичность регулирования, видимо, суды сквозь пальцы смотрят на элементарный обход правил о субординации таких требований за счет зачета. Но подобный же обход в отношении иных субординируемых требований может натолкнуться на непонимание суда.

Наконец, критерий взаимосвязанности требований не столь прост.

Отечественная доктрина взаимосвязанности как основание для допущения возможности сальдирования (зачета) в банкротстве находится пока еще в зачаточном состоянии. Поэтому вопрос о том, в каких случаях требования взаимосвязаны, на практике зачастую

решается интуитивно. Суды не испытывают затруднений в констатации взаимосвязанности, презюмируя таковую, пожалуй, лишь в случаях, когда требования сторон вытекают из одного договора или нескольких договоров, содержащих текстуальные отсылки друг к другу. То же и в ситуации, когда взаимные долги вытекали из нескольких договоров, чья взаимосвязанность подтверждается соответствующими перекрестными ссылками в договорах (см.: определения СКЭС ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 305-ЭС19-18890 (2), от 28 октября 2019 г. № 305-ЭС19-10064; Определение СКГД ВС РФ от 20 декабря 2019 г. № 11-КГ19-22).

Однако в более сложных ситуациях, например, когда основанием возникновения требований сторон являются различные договоры, не содержащие взаимных отсылок, установление взаимосвязанности требований может представлять собой серьезную проблему. В практике ВС РФ встречались примеры, когда договоры были заключены в один день и, очевидно, являлись реализацией единой бизнес-цели сторон (единой программы отношений), однако суды не признавали требования из таких договоров взаимосвязанными и, соответственно, не допускали их зачет (кросс-сальдирование) в банкротстве. Так, в Определении от 2 мая 2017 г. № 305-ЭС16-20304 СКЭС ВС РФ заблокировал возможность «кросс-сальдирования» по заключенным между сторонами в один день семи договорам лизинга, а в Определении от 15 октября 2020 г. № 302-ЭС20-1275 не допустил кросс-сальдирование по явно взаимным требованиям из явно сущностно взаимосвязанных и заключенных между сторонами в один день договоров энергоснабжения и оказания услуг по передаче энергии.

В то же время дальнейшая практика стала понимать взаимосвязанность шире. В Определении СКЭС ВС РФ от 30 сентября 2021 г. № 301-ЭС21-10601 было допущено кросс-сальдирование в отношении нескольких договоров лизинга, заключенных между сторонами в течение нескольких лет. Суд указал на то, что допускаемое в банкротстве сальдирование возможно в отношении требований, вытекающих как из одного договора, так и взаимосвязанных договоров, и в данном деле такую взаимосвязь увидел в том, что заключаемые в рамках устойчивых договорных отношений договоры носили однотипный характер. Эта же идея отражена в п. 15 [Обзора](#) судебной практики по спорам, связанным с договором финансовой аренды (лизинга) (утв. Президиумом ВС РФ 27 октября 2021 г.).

2.1.4. Сложности с определением общей формулы

Для стабильности оборота и унификации практики необходимо, чтобы ВС РФ прямо констатировал концепцию взаимосвязанности

(которую он уже фактически применяет) как основу для допущения зачета в банкротстве и редукции соответствующего запрета Закона о банкротстве. При этом следовало бы прямо признать, что речь идет именно о зачете, а не о каком-то *sui generis* гражданско-правовом институте. Ведь, «убегая» из зачета на уровне игры в слова, мы затрудняем применение к таким ситуациям разработанного правового режима зачета как института. В этом нет логики.

Однако вместо четкого обозначения своей позиции и ее внутренней логики, ВС РФ пока по неведомой причине предпочитает бесконечно «настраивать» доктрину «сальдирования» *ad hoc* посредством рассмотрения отдельных сюжетов, постоянно расширяя границы этого странного понятия. Такой подход кажется неконструктивным. Не имея единого «стержня», эти примеры начинают коллизировать друг с другом, а рост числа этих примеров лишь приближает утрату доктриной «сальдирования» системной ценности и грозит абсолютной хаотичностью правоприменения.

Периодически Суд пытается сформулировать границы доктрины сальдирования общим образом, но те формулировки, которые он выдвигает, оказываются явно неудачными.

Так, в Определении от 23 июня 2021 г. № 305-ЭС19-17221 (2), вновь столкнувшись с вопросом допустимости сальдирования (зачета) в банкротстве требования подрядчика о взыскании цены выполненных работ, с одной стороны, и встречного денежного требования заказчика о взыскании начисленной в связи с нарушением неустойки — с другой, СКЭС ВС РФ попыталась сформулировать свое развернутое понимание концепции сальдирования. Коллегия пишет следующее: «Сальдирование имеет место тогда, когда в рамках одного договора (либо нескольких взаимосвязанных договоров) определяется завершающая обязанность сторон при прекращении договорных отношений полностью (либо их отдельного этапа). Сопоставление обязанностей сторон из одних отношений и осуществление арифметических (расчетных) операций с целью определения лица, на которого возлагается завершающее исполнение (с суммой такого исполнения), не может быть квалифицировано как зачет и не подлежит оспариванию как отдельная сделка по правилам статьи 61.3 Закона о банкротстве, так как в данном случае отсутствует такой квалифицирующий признак, как получение заказчиком какого-либо предпочтения — причитающуюся подрядчику итоговую денежную сумму уменьшает он сам своим ненадлежащим исполнением основного обязательства, а не заказчик, констатировавший расчетную операцию сальдирования. Соответственно, в подобной ситуации

не возникают встречные обязанности, а формируется лишь единственная завершающая обязанность одной из сторон договора».

С содержательной точки зрения приведенная сентенция достаточно сомнительна. Она представляет собой попытку механически соединить все ранее высказанные (и взаимоисключающие) объяснения доктрины сальдирования в банкротстве: арифметический (расчетный) характер, автоматизм, взаимосвязанность требований. Суд, упоминая идею взаимосвязанности требований, которая исключает вывод о преференциальности удовлетворения одного из кредиторов, одновременно упирает на то, что речь идет о сальдировании основного долга и долга по охранительным обязательствам другой стороны, связанным с нарушением ею своих обязательств. При этом Суд как будто бы забывает, что в целом ряде предыдущих определений он предписывал применять сальдирование и во множестве иных ситуаций возникновения взаимных денежных долгов из единого правового основания.

Более того, в данном **Определении** Суд вновь настаивает на чрезвычайно спорной концепции «сальдирование – не зачет». В результате в определении обнаруживается вывод о невозникновении (!) долга по оплате выполненных работ при наличии в договоре условия о неустойке за нарушения, допущенные при их выполнении. Этот вывод отрицает принцип автономии воли (поскольку приводит к неизбежному применению условия о неустойке), в корне противоречит воззрениям на природу неустоечного требования (ставя под сомнение не только его автономность, но и само существование), погружает в хаос оборот требований (в том числе их залог).

Все это лишний раз подчеркивает актуальную потребность в разработке внутренне непротиворечивой концепции зачета в банкротстве и критериев взаимосвязанности взаимных требований, которая необходима для выведения этих требований из-под действия запрета на зачет в банкротстве.

Более того, напомним, что, возможно, есть основания допустить не только зачет в банкротстве взаимосвязанных требований, но и зачет любых иных требований при условии, что с учетом применения ретроактивности момент прекращения взаимных обязательств наступает раньше, чем начинает течь период подозрительности. Это логическое продолжение идеи ретроактивности зачета. При таком подходе критерий взаимосвязанности окажется актуальным только для тех случаев, когда само активное требование кредитора банкрота созрело в период подозрительности или после возбуждения дела о банкротстве. Если же речь идет о ситуациях, когда взаимные долги созрели задолго до банк-

ротства, они могут быть зачтены в банкротстве, независимо от своей взаимосвязанности.

2.2. Недопустимость зачета, вытекающая из существа требований и целей законодательного регулирования

Перечень препятствий для зачета может быть не только прямо предусмотрен законом, но и вытекать из существа самих требований и целей законодательного регулирования.

Так, во многих зарубежных национальных правовых порядках (например, § 393 ГГУ), а также на уровне наднациональных унификаций частного права (см., например, ст. III.–6:108(a) Модельных правил европейского частного права) установлен запрет зачета в отношении права, возникшего из умышленного противоправного действия. Имеются в виду ситуации, когда требование из умышленного деликта является пассивным, т.е. зачет осуществляет лицо, выступающее должником по соответствующему требованию. Архетипичным является сюжет, когда, столкнувшись с неисполнением должника (например, не возвращающего долг) и осознавая отсутствие реальных перспектив принудительного взыскания, кредитор в ответ умышленно уничтожит имущество должника или несанкционированно осуществит отчуждение находящегося у него имущества должника неизвестному третьему лицу и при этом избежит ответственности за свое поведение, заявив о зачете имевшегося долга против деликтного притязания должника-потерпевшего. Допустимость зачета в такой ситуации провоцирует подобную «частную месть» кредитора, стимулируя крайне нежелательное с точки зрения оборота и общественного устройства поведение. Поэтому, не желая поощрять его, правовой порядок должен блокировать возможность зачета по инициативе делинквента в подобной ситуации. В современном отечественном законодательстве данный запрет прямо не установлен. Однако из предписаний п. 4 ст. 1 ГК РФ о недопустимости извлечения преимущества из своего незаконного поведения, а также абзаца второго ст. 14 ГК РФ о запрете умышленного самоуправства подобный запрет зачета причинителем вреда его требования против встречного требования, возникшего из умышленного причинения им вреда, может быть и сегодня без труда выведен.

Другой пример: крайне сомнительно, что арендодатель может зачесть свое требование к арендатору, не связанное с арендными правоотношениями, против требования арендатора о возврате обеспечительного платежа до того, как договор прекращен и возникли основания для возврата обеспечительного платежа. Это будет явно противоречить подразумеваемой программе договорных правоотношений.

3. Договорный запрет зачета

Недопустимость зачета требования может устанавливаться и соглашением сторон (абзац шестой ст. 411 ГК РФ). Стороны вправе своим соглашением установить, например, что совершение зачета посредством одностороннего волеизъявления невозможно и обязательства могут быть прекращены при наличии волеизъявления всех сторон договора, т.е. по соглашению между ними (п. 21 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Такое соглашение может быть включено в текст договора, порождающего любое из двух обязательственных требований, либо достигнуто позднее.

Соглашение может исключать зачет требования полностью или допускать возможность его зачета при соблюдении определенных условий (например, при наступлении определенного срока или условия, с исключением в отношении определенных видов требований и т.п.).

От соглашения о недопустимости зачета следует отличать отказ от осуществления права на зачет, который производится путем одностороннего волеизъявления. Допустимость такого отказа признается во многих правопорядках, не противоречит такой отказ от подобного вторичного права на зачет и российскому праву (см. комментарий к п. 2 ст. 9 и п. 6 ст. 450.1 ГК РФ в других томах серии #Глосса¹).

4. Последствия нарушения запрета зачета

Нарушение запрета, установленного в ст. 411 ГК РФ или ином законе, вытекающего из телеологического толкования закона или из применения принципов права, влечет ничтожность по п. 2 ст. 168 ГК РФ сделанного заявления о зачете (см. п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25). Аналогичным образом ничтожным (не имеющим юридической силы) должен являться и зачет в ситуации, когда он нарушает запреты и ограничения, установленные в договоре между сторонами, так как односторонняя сделка, совершаемая при отсутствии для ее совершения правовых оснований, установленных не только в законе, но и в договоре, не порождает правовые последствия (п. 51 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25).

Указанный подход разделяет и Пленум ВС РФ, в п. 18 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 прямо указывая: «В случаях, предусмотренных статьей 411 ГК РФ, зачет не влечет юридических последствий,

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450.1 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

на которые он был направлен, в частности, если зачет противоречит условиям договора». Эта формулировка позволяет сделать вывод о ничтожности зачета и в тех случаях, когда запрет на зачет оговорен в договоре.

Также логично исходить из того, что заявление о зачете не будет иметь юридической силы и в том случае, когда оно совершается вопреки ранее выраженному соответствующей стороной отказу от осуществления своего преобразовательного права зачета.

5. Применение к квазизачетным конструкциям

5.1. Договорный зачет

Поскольку соглашение о зачете представляет собой самостоятельное основание прекращения соответствующих обязательств (подробнее см. комментариев к ст. 410 ГК РФ), положения комментируемой статьи напрямую к договорному зачету не применяются.

Это, однако, не означает, что препятствий к договорному зачету не существует вовсе. Аналогия закона может позволить применить некоторые из запретов, установленных в отношении обычного зачета, к договорному зачету. Но здесь следует принимать во внимание цель конкретного запрета на зачет.

Запрет зачета задавненных требований предопределен необходимостью защиты интересов адресата зачета в условиях одностороннего характера классического зачета. Данный запрет не препятствует должнику по задавненному требованию предъявить к зачету свое требование, по которому не истекла давность. Поэтому в случае заключения соглашения о зачете опасность ущемления прав одной из сторон отсутствует, а следовательно, нет препятствий к прекращению таким соглашением задавненных требований.

Установленный Законом о банкротстве запрет на зачет в банкротстве (в пределах, редуцированных применением доктрины сальдирования) имеет целью охрану интересов третьих лиц (конкурсных кредиторов). Как следствие, после введения в отношении должника процедуры наблюдения (финансового оздоровления) прекращение его денежного требования посредством заключения соглашения о зачете с одним из кредиторов в нарушение установленной очередности удовлетворения требований кредиторов также недопустимо.

Если понимать запрет зачета требований о возмещении вреда жизни или здоровью, о взыскании алиментов, о пожизненном содержании и тому подобных требований о предоставлении содержания как обусловленный публичным интересом, а потому универсальный и не подлежащий игнорированию даже тогда, когда о зачете заявляет

кредитор по такому требованию (см. п. 1.1 настоящего комментария), такие требования не могут быть прекращены и посредством соглашения о зачете. Но если считать, что запрет на зачет таких требований, установленный в абзацах втором—четвертом ст. 411 ГК РФ, носит асимметричный характер и обусловлен исключительно необходимостью защиты интересов кредитора по таким требованиям как адресата зачета, одновременно не препятствуя последнему самому использовать для зачета такие требования, по которым уже наступил срок исполнения (см. п. 1.1 комментария к настоящей статье), то нет причин запрещать и договорный зачет таких созревших требований с согласия всех сторон.

5.2. Автоматический зачет

Сказанное выше в полной мере распространяется и на соглашение сторон о так называемом автоматическом зачете взаимных требований. Этот институт прямого отношения к зачету по смыслу ст. 410 и 411 ГК РФ не имеет и под действие правил ст. 411 ГК РФ не подпадает (подробнее см. комментарий к ст. 410 ГК РФ), но применение по аналогии тех ограничений на зачет, которые применимы по аналогии и к зачету по соглашению, в такой ситуации также вполне возможно.

Дополнительная литература

Абушенко Д.Б. Вопросы ретроактивности зачета применительно к стадии исполнения судебного акта // Российский юридический журнал. 2020. № 6. С. 130–135.

Абушенко Д.Б. Гражданско-правовой зачет и зачет, производимый при удовлетворении судом встречного и первоначального исков: теоретические размышления о сходстве и отличиях правовых институтов // Вестник гражданского процесса. 2020. Т. 20. № 6. С. 13–29.

Автонова Е.Д. Анализ судебной практики по вопросу зачета неустойки против тела основного долга // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 2. С. 169–188.

Бевзенко Р.С., Фахретдинов Т.Р. Зачет в гражданском праве: Опыт исследования теоретической конструкции и обобщения судебной практики. М., 2006.

Белов В.А. Автоматический зачет взаимных требований: мировой опыт и положения Гражданского кодекса РФ // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 12. С. 73–97.

Бисултанов Я. Институт зачета встречных требований по инициативе пристава-исполнителя. Есть ли перспектива? // Журнал РШЧП. 2019. № 3.

Бисултанов Я.Х.-М. Ретроактивность правового эффекта зачета в Германии и России: происхождение, обоснование и актуальность // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 8. С. 72–110.

Вавин Н.Г. Зачет обязательств. М., 1914.

Гричанин К., Аралина А. Зачетное сальдо // Журнал РШЧП. 2019. № 5. С. 199–215.

Громов С.А. Общее сальдо встречных обязательств по нескольким договорам лизинга при банкротстве лизингополучателя. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 02.05.2017 № 305-ЭС16-20304 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 5. С. 9–14.

Егоров А.В. Германская модель зачета в приложении к российским реалиям // Вестник ВАС РФ. 2014. № 3. С. 4–24.

Егоров А.В. Зачет при банкротстве: российское право и мировые тенденции // Закон. 2011. № 8. С. 43–62.

Егоров А. В. Сальдирование и зачет: соотношение понятий для целей оспаривания при банкротстве // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 7. С. 36–65.

Егорова М.А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М., 2014. С. 318–457.

Кантор Н.Е. Расчет сальдо в отношении связанных требований // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 9. С. 136–178.

Костко В.С. Сальдо в системе юридических фактов // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 2. С. 61–82.

Крашенинников Е.А. Основные проблемы зачета // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 16. Ярославль, 2009. С. 3–28.

Крашенинников Е.А. Договорный зачет // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 10. Ярославль, 2003. С. 70–72.

Павлов А.А. Зачет в суде. Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 20.02.2017 № 306-ЭС15-18494 // Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 6. С. 9–13.

Павлов А.А. Момент прекращения обязательств зачетом (к вопросу о феномене «обратной силы») // Арбитражные споры. 2006. № 4. С. 111–120.

Павлов А.А. Позитивные предпосылки зачета // Сборник статей в честь 60-летия Е.А. Крашенинникова: Сборник научных статей / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2011. С. 71–90.

Питаленко Д.Р. Разграничение зачета и теории сальдо: анализ судебной практики // Арбитражные споры. 2020. № 1. С. 113–125.

Романова О.И. Анализ судебной практики по вопросу момента прекращения обязательств зачетом // Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 9. С. 172–188.

Сарбаш С.В. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 3 (приложение).

Шефас П., Ковалерчик М. Российское сальдо – зачет без преференций // Журнал РШЧП. 2020. № 1. С. 138–159.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1756–1823.

German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1–3: § 1–1296 / Ed. by G. Dannemann, R. Schulze. München; Baden-Baden, 2020. P. 648–662.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung). Berlin, 2016. § 387–396.

Johnston W., Werlen T. Set-off and Practice: International Handbook. 3rd ed. Oxford, 2018.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 387–396.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1749–1777.

Zimmermann R. Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription. Cambridge, 2004.

Статья 412. Зачет при уступке требования

В случае уступки требования должник вправе зачесть против требования нового кредитора свое встречное требование к первоначальному кредитору.

Зачет производится, если требование возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования, и срок требования наступил до его получения либо этот срок не указан или определен моментом востребования.

Комментарий

1. Зачет при уступке: изъятие из предпосылки встречности

Правила ст. 412 ГК РФ основаны на принципе недопустимости ухудшения положения должника в результате уступки требования.

Необходимость защиты интересов должника вынуждает законодателя применительно к рассматриваемой ситуации отступить от общего условия встречности зачитываемых требований (см. ст. 410 ГК РФ и комментарий к ней). Должник может при определенных условиях зачесть против требования цессионария свое требование, которое у должника имелось к цеденту.

2. Условия допустимости зачета при уступке

Защищая интерес должника, законодатель стремится найти баланс между интересами должника и интересами цессионария. По этой причине абзац второй ст. 412 ГК РФ ограничивает сферу применения данного исключения из правила встречности. Согласно букве комментируемой статьи должник может представить против уступленного требования к зачету лишь те свои требования к цеденту, а) основания которых возникли до момента получения должником уведомления о переходе права и при этом б) срок исполнения по которым наступил к моменту получения такого уведомления, либо не был определен вовсе или был определен моментом востребования. Как мы увидим далее, судебная практика вторую предпосылку *de facto* дезавуировала.

2.1. Возникновение правового основания до получения уведомления

Первым условием для зачета согласно ст. 412 ГК РФ является то, что зачитываемое активное требование должника к цеденту должно возникнуть по основаниям, существовавшим до момента получения уведомления об уступке (переходе права). Под основанием в рамках рассматриваемой статьи (вслед за толкованием соответствующего термина в контексте ст. 386 ГК РФ, предложенного в комментарии к данной статье и подразумеваемого в п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54) следует понимать именно правовое основание требования. Например, это может быть совершенный цедентом до момента получения должником уведомления о переходе права деликт, запускающий обязательство цедента по возмещению убытков, либо возникший до момента такого уведомления факт получения цедентом неосновательного обогащения.

Применительно к договорным обязательствам правовым основанием для требований должника к цеденту является сам заключенный между должником и цедентом договор и вытекающая из него програм-

ма договорных правоотношений. Если договор, из которого вытекает требование должника к цеденту, был заключен к моменту получения должником уведомления, рассматриваемое условие для предъявления должником данного требования к зачету против требования цессионария соблюдено.

При этом законодатель не ограничивает возможные основания требований должника к цеденту содержательно, допуская предъявление к зачету не только требований, вытекающих из того же договора, что и уступленное требование цедента, но и других договорных и внедоговорных требований (см. определения СКЭС ВС РФ от 18 сентября 2015 г. № 308-ЭС15-413, от 25 сентября 2015 г. № 307-ЭС15-6545). Тем самым закон, по сути, возлагает на цессионария риск возникновения к моменту получения должником уведомления о переходе права обстоятельств, о существовании которых в момент совершения уступки он объективно не знал и не должен был знать и возможность наступления которых после уступки и до получения должником уведомления цессионарий предсказать не мог. Эта проблема, по мысли законодателя, должна решаться в рамках взаимоотношений цессионария с цедентом. Таким решением должно быть применение ст. 390 ГК РФ об ответственности цедента перед цессионарием (подробнее о возможной ответственности цедента в ситуации погашения уступленного требования зачетом требования должника к цеденту см. п. 4 комментария к настоящей статье). Подобное основание ответственности цедента специально подчеркивается в международных унификациях (см. ст. 9.1.15 Принципов УНИДРУА, III.—5:112 Модельных правил европейского частного права).

Требование должника к первоначальному кредитору, возникшее по основанию, которое не существовало к моменту получения должником уведомления об уступке требования (о переходе права), не может быть зачтено против требования нового кредитора (абзац второй п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Например, если после уступки цессионарию требования об оплате поставленной партии товара и получения должником-покупателем уведомления о переходе права между должником-покупателем и цедентом-продавцом заключается дополнительное соглашение об установлении неустойки за просрочку в поставке товара, и поставщик допускает такую просрочку в отношении одной из последовавших поставок, должник не сможет предъявить к зачету требование об уплате такой неустойки за просрочку в поставке последующей партии против перешедшего к цессионарию требования о погашении долга по оплате предыдущей партии.

2.2. Наступление срока по активному требованию должника к цеденту: законодательное решение и его критика

Согласно букве ст. 412 ГК РФ, если по требованию должника к цеденту не установлен срок или срок определен моментом востребования, зачет возможен, несмотря на то что должник к моменту получения уведомления о переходе права не успел востребовать исполнение и ввести цедента в просрочку, предъявив претензию согласно п. 2 ст. 314 ГК РФ. Это вполне логично.

Но далее указано, что если в отношении требования должника к цеденту был установлен срок, то это требование способно к зачету, только если срок его исполнения наступил до момента получения должником уведомления. Данное ограничение не совсем корректно и порождает ряд вопросов.

2.2.1. Критический разбор

В таком виде это второе условие для зачета не выполняет своего исходного предназначения — обеспечить «незыблемость» правового положения должника при уступке. Ведь если срок исполнения по требованию должника к исходному кредитору наступал ранее срока исполнения по уступленному встречному требованию к должнику, последний вправе был рассчитывать на последующее удовлетворение своего требования посредством заявления о зачете (а возможно, даже и вовсе приобретал требование к исходному кредитору исключительно с намерением погасить зачетом свой долг перед ним). Однако в результате уступки встречного требования цедентом цессионарию (т.е. обстоятельства, находящегося вне зоны контроля должника) и уведомления об этом должника это «ожидание» должника разрушается, поскольку по буквальному тексту комментируемой статьи уведомление исключает возможность зачета таких требований должника к цеденту, которые созрели после получения уведомления. Таким образом, данное ограничение позволяет кредитору путем уступки своего требования ограничить права должника на осуществление зачета, тем самым ухудшив положение должника.

2.2.2. Дезавуирование условия созревания активного требования на уровне практики ВС РФ

Однако отечественная судебная практика попыталась исправить законодательное решение, причем пошла достаточно радикальным путем. Проблема неудачной редакции ст. 412 ГК РФ в настоящее время решена в абзаце первом п. 24 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54, где указано, что если требование должника к первоначальному кредитору возникло по основанию, существовавшему к моменту получения должником уведомления об уступке требования,

однако срок этого требования еще не наступил, оно может быть предъявлено должником к зачету против требования нового кредитора после наступления такого срока.

Таким образом, вопреки буквальному тексту ст. 412 ГК РФ (*contra legem*), согласно позиции ВС РФ, должник может предъявить цессионарию к зачету свое требование к cedentu, если правовое основание возникло к моменту получения уведомления, независимо от момента созревания своего активного требования к cedentu: просто заявить о зачете должник сможет тогда, когда наступил срок такого требования. *De facto* ВС РФ дезавуировал второе условие для зачета, указанное в ст. 412 ГК РФ, а именно условие созревания требования должника к cedentu до получения уведомления о переходе права, оставив только единственное условие — наличие правового основания для предъявления требований к cedentu на момент получения уведомления об уступке (переходе права). Если у должника было к моменту получения уведомления правовое основание для заявления требования к cedentu (например, заключенный между ними договор), он может его заявить к зачету против требования цессионария, даже если срок по требованию должника к cedentu наступает позже получения уведомления.

Подход, предложенный ВС РФ, максимально защищает должника, но он при его буквальном применении провоцирует должника затягивать удовлетворение уступленного требования с тем, чтобы в последующем осуществить зачет, дождавшись наступления срока по тому или иному своему активному требованию к cedentu, либо уже после уведомления об уступке приобретать у третьих лиц права к cedentu, чтобы использовать их для зачета против цессионария.

В связи с этим на практике, видимо, предстоит найти более взвешенное решение, учитывающее интересы и риски всех сторон (должника и цессионария). Такое решение можно реализовать, не отвергая позицию ВС РФ, закрепленную в Постановлении Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54, а уточняя ее. Этим решением может стать блокирование зачета против цессионария активного требования должника к cedentu, срок исполнения которого созрел после получения уведомления о переходе, но при этом после наступления срока исполнения по уступленному пассивному требованию. Должник не вправе законно рассчитывать на свою просрочку для целей зачета, получая тем самым преимущество из своего незаконного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). В этой концепции, если требование должника к cedentu созревает ранее, чем уступленное cedентом цессионарию требование к должнику, зачет, независимо от момента уведомления об уступке, следует допустить, охраняя интерес должника, рассчитывавшего на такой зачет,

но если долг должника по уступленному требованию созрел ранее, чем возникшее после получения уведомления об уступке требование должника к цеденту, должник не вправе предъявить последнее к зачету против притязания цессионария. Кроме того, апеллируя к природе зачета при уступке и цели данного института, направленного на то, чтобы не допустить ухудшение положения должника, либо (в качестве альтернативного объяснения) на основании правил о добросовестности практика может заблокировать также использование должником для зачета активных требований к цеденту, который сам должник приобретает у третьих лиц после получения уведомления об уступке пассивного требования, пусть срок исполнения по таким приобретенным должником требованиям к цеденту наступал ранее момента получения должником уведомления об уступке пассивного требования цессионарию. Ведь ст. 412 ГК РФ призвана обеспечить сохранение правовых возможностей должника, имевшихся у него до уступки. А значит, разумно позволять должнику вопреки отсутствию встречности предъявлять к зачету против притязания цессионария свое требование к цеденту только в том случае, если до уведомления об уступке (переходе права) у должника имелась реальная или потенциальная возможность заявить о зачете цеденту. В ситуации же приобретения требования к цеденту после получения уведомления о переходе права такая возможность у должника отсутствовала.

Если судебная практика сделает эти уточнения, решение данного вопроса в российском праве будет синхронизировано с тем, которое сейчас реализовано в многих зарубежных правовых порядках (например, § 406 ГГУ).

2.3. Требования должника к цеденту, созревание которых зависит от обстоятельств, наступающих после получения уведомления

Возникает вопрос о праве должника предъявить к зачету против требования цессионария свое требование к цеденту в ситуации, когда это последнее вытекало из заключенного между должником и цедентом до получения должником уведомления о цессии (переходе права) договора, но в силу программы договорных правоотношений возникало / созревало при наступлении определенных условий или иных обстоятельств, и такие условия наступили уже после получения уведомления.

Как представляется, такое требование также может быть предъявлено к зачету, так как исходное правовое основание для него — заключенный договор и порожденная им программа договорных правоотношений. Если эта программа была налицо к моменту получения уведомления, должник мог рассчитывать на зачет своего требования в случае его возникновения к моменту получения уведом-

ления, и уступка не должна лишать его этой правовой возможности, пусть и гипотетической. Не имеет значения то, что все необходимые условия для созревания требования наступили после получения должником уведомления о цессии (переходе права). В этом плане разъяснение ВС РФ о том, что наступление срока по требованию должника к цеденту после получения уведомления не препятствует зачету, если основание для данного требования возникло ранее получения уведомления, должно толковаться расширительно и распространяться на требования из уже заключенных договоров, по которым после получения уведомления наступили условия для возникновения / созревания требования должника к цеденту. Поэтому если требование должника к цеденту основывается на заключенном с цедентом до получения уведомления договоре и связано с динамикой развития договорных правоотношений (включая их ликвидационную стадию), но созревание такого требования поставлено под условие, наступление которого происходит после получения должником уведомления о переходе права (например, уплата неустойки или убытков в случае нарушения цедентом договора, возмещение цедентом понесенных должником после получения уведомления расходов или имущественных потерь, возврат части цены при реализации должником после получения уведомления права на соразмерное уменьшение цены, возврат уплаченного аванса или внесение платы за отказ от договора при расторжении договора после получения уведомления об уступке и т.п.), логично исходить из того, что правовое основание самого требования уже имелось к моменту получения уведомления о переходе права, а значит, должник должен иметь право предъявить такое требование к зачету против требования цессионария.

Например, если продавец уступил третьему лицу требование о взыскании цены поставленной им с некоторой просрочкой партии товара, покупатель может предъявить цессионарию к зачету свое требование к цеденту о взыскании пени, начисленных за просрочку в поставке этой партии: здесь и правовое основание имелось, и срок исполнения по такому требованию наступил до получения уведомления, и налицо все условия для применения зачета в рамках буквального прочтения ст. 412 ГК РФ. Но покупатель в данном примере может предъявить против требования цессионария об оплате данной партии также и свое требование к продавцу о взыскании неустойки за просрочку в поставке любой из последующих партий: в этом случае правовое основание для такого требования должника к цеденту в виде программы договорных правоотношений, из которой возникло данное активное требование, было налицо к моменту получения уведомления, а условие для возник-

новения этого требования наступило позже, но это не препятствует зачету.

Этот вывод абсолютно очевиден в ситуации, когда и уступленное требование, и созревшее позднее требование должника к цеденту вытекают из одного и того же или взаимосвязанных правовых оснований (например, из единого договора). Но, судя по всему, то же касается и абсолютно не связанных с уступаемым требованием правовых оснований для требования должника к цеденту.

Остается только оговориться, что с учетом п. 4 ст. 1 ГК РФ было бы несправедливо давать должнику возможность представить к зачету свое требование к цеденту, условия для возникновения / созревания которого наступили после получения уведомления, но при этом после наступления срока по уступленному требованию, ибо иначе получится, что должник начнет выигрывать от затягивания исполнения своего обязательства. Например, если поставщик, отгрузивший третью партию товара покупателю, уступил третьему лицу созревшее требование об оплате этой партии, а после получения должником уведомления о переходе права созревает долг поставщика о выплате в пользу покупателя неустойки за просрочку в поставке следующей, четвертой партии товара, покупатель не должен иметь возможность предъявить против требования цессионария об оплате свое созревшее требование к поставщику о взыскании неустойки при условии, что просрочка по долгу покупателя наступила ранее, чем созрело его требование об уплате неустойки. При ином подходе покупатель получал бы стимулы для затягивания оплаты по уступленному требованию, рассчитывая на возможное созревание в будущем своих требований к цеденту, которые можно было бы заявить к зачету против притязания цессионария.

Вопрос о возможности зачета условных требований, созревающих после получения должником уведомления, в судебной практике в полной мере не прояснен. Ранее, до появления Постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54, в практике встречался обратный подход. Этот подход наглядно проявился в одном из дел, рассмотренных ВС РФ (см. определение СКЭС ВС РФ от 18 сентября 2015 г. № 308-ЭС15-413), в котором Суд признал, что, уступив требование об уплате цены за будущие поставки, поставщик, по сути, лишил покупателя возможности зачесть против цессионария встречные требования об уплате премии за достижение установленного объема закупок, так как данное требование созрело после получения уведомления. В свете новых разъяснений ВС РФ исход дела должен был быть иным, но полной ясности по данному вопросу пока нет.

2.4. Отличие российского подхода от некоторых зарубежных подходов

Буквальное толкование предписаний абзаца второго ст. 412 ГК РФ приводит к выводу, что требования должника к цеденту, допустимые к зачету против нового кредитора, обязаны соответствовать установленным в норме и выводимым из ее толкования критериям, независимо от характера таких требований. В то же время некоторые зарубежные правовые порядки и международные унификации предлагают дифференцированный подход, специально регламентируя вопрос зачета взаимосвязанных требований (см. ст. III.—5:116 Модельных правил европейского частного права). Право на зачет требований к прежнему кредитору, тесно связанных с тем же правоотношением, что и уступленное требование (например, возникающих из одного договора), признается за должником независимо от момента их созревания и его осведомленности об уступке. То же касается и условных притязаний, тесно связанных с уступленным требованием: даже если само условие для возникновения требования должника наступило после получения уведомления, это требование может быть предъявлено к зачету против требования цессионария. Но, если требование должника к цеденту вытекало из иных правовых оснований, для зачета необходимо, чтобы это активное требование должника к цеденту как минимум уже возникло к моменту, когда должник потерял возможность освободиться от долга путем платежа цеденту (по общему правилу к моменту получения уведомления о переходе права).

В ст. 412 ГК РФ ситуация зачета взаимосвязанных требований специально не регламентируется. Получается, что российское право после дезавуирования критерия созревания срока, оставив в качестве единственной предпосылки для заявления должником зачета против цессионария «с участием» своего активного требования к цеденту наличие правового основания для такого активного требования к моменту получения уведомления о переходе права, сильнее защищает ожидания должника. Даже если требование должника вытекало из иного договора, само наличие такого договора к моменту получения уведомления позволяет должнику предъявлять требование к зачету, несмотря на наступление срока или условий для возникновения активного требования к цеденту после получения уведомления.

В этом аспекте российское решение при принятии предлагавшихся выше поправок, блокирующих зачет в ситуациях, когда а) срок исполнения уступленного требования наступал ранее произошедшего после получения должником уведомления созревания требования должника к цеденту, и б) должник приобрел у третьих лиц требование к цеденту после получения уведомления об уступке, оказывается в общих чертах

соответствующим тому, которое реализовано в немецком праве (§ 406 ГГУ).

2.5. Зачет против цессионария активного требования должника к самому цессионарию

Правила ст. 412 ГК РФ являются дополнительной льготой для должника. Поэтому указанные предписания не лишают должника права зачесть против требования цессионария свое требование, направленное непосредственно к нему, при наличии такового.

2.6. Применение при частичной уступке

В случае уступки части требования должник может по своему выбору произвести зачет против части требования, перешедшей к цессионарию, по правилам ст. 412 ГК РФ и (или) против части требования, оставшейся за cedentом, по общим правилам ст. 410 ГК РФ.

2.7. Применение при последовательной многократной уступке

Правила ст. 412 ГК РФ применяются и при последовательной многократной уступке. В подобной ситуации должник вправе зачесть против последнего кредитора все требования, которые он имел ко всем его правопродшественникам.

То обстоятельство, что в ст. 412 ГК РФ говорится о требовании именно к «первоначальному», а не к «прежнему» или к «предшествующему кредитору», не играет никакой роли и не может обосновать иной подход. Во-первых, применительно к ст. 386 ГК РФ, в которой также использован термин «первоначальный кредитор», в абзаце третьем п. 23 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54 Пленум ВС РФ прямо включает в содержание этого термина «каждого из предшествующих кредиторов». С учетом содержательной и логической связи предписаний ст. 386 и 412 ГК РФ, понимание использованных в них идентичных категорий не может быть различным.

Во-вторых, иная интерпретация данного термина вступает в противоречие с принципом, который определяет само возникновение правил ст. 412 ГК РФ — принципом недопустимости ухудшения положения должника в результате уступки, поскольку с каждой последующей уступкой должник лишался бы уже принадлежащего ему права на зачет против предшествующего (промежуточного) кредитора. Таким образом, единственный вариант системного толкования предписаний ст. 412 ГК РФ, при котором они не будут вступать в противоречие с целью, ради которой включены в закон, состоит в признании, что словосочетание «первоначальный кредитор» обозначает «прежнего» («старого») кредитора, т.е. любого правопродшественника нового кредитора, независимо от того, получил ли он требование в порядке первоначального или производного приобретения.

2.8. Применение к иным случаям перемены кредитора

Правила ст. 412 ГК РФ также применяются и при перемене кредитора в рамках регулируемого ст. 392.3 ГК РФ института передачи договора, а также при переходе договорной позиции в силу закона (например, ст. 617 ГК РФ). Это связано с тем, что в такого рода ситуациях в силу ст. 392.3 ГК РФ применяются правила об уступке.

Кроме того, предписания ст. 412 ГК РФ применяются по аналогии и в отношении случая перехода права кредитора к другому лицу в результате суброгации или в иных случаях сингулярного правопреемства по основаниям, указанным в законе. В п. 2 ст. 387 ГК РФ законодатель не упоминает ст. 412 ГК РФ среди норм о цессии, которые подлежат применению к иным основаниям перехода права, но никаких сомнений в применимости этих правил о зачете к переходу права на основании закона нет. В конечном итоге этот вывод можно опереть на аналогию закона (п. 1 ст. 6 ГК РФ).

То же касается и перехода права в результате реорганизации в форме выделения из организации-кредитора новой организации с переводом на нее соответствующего требования к должнику, но без перевода долга, противостоящего требованию должника. Должник может противопоставить новому кредитору (выделившейся организации) свое требование к исходному кредитору, если а) правовое основание для такого требования возникло до того, как должник узнал или должен был узнать о переводе требования на баланс выделяемой организации, при этом б) срок исполнения по требованию должника к исходному кредитору наступал ранее, чем срок исполнения по перешедшему требованию (последнее — если такая оговорка будет воспринята в судебной практике в сценарии обычной уступки), и одновременно в) речь не идет о представлении должником к зачету требования к исходной организации-кредитору, приобретенного должником у третьих лиц после того, как должник узнал или должен был узнать о переходе права к выделяемой организации.

Если произошла реорганизация в форме разделения и требование к должнику оказалось передано по передаточному акту одной новой организации, а долг перед должником переведен на другую новую организацию, должник должен также сохранить право на зачет вопреки отсутствию встречности в том же режиме, что и при выделении. Разделение организации-кредитора не может лишить должника права на зачет.

В контексте тех случаев реорганизации в форме выделения или разделения, когда и требование, и долг перешли к одной и той же новой организации, а также при реорганизации в форме присоеди-

ния кредитора к другой организации или слияния двух организаций, проблемы вовсе не возникает, так как новый кредитор оказывается обременен и долгом перед должником, а значит, налицо встречный характер требований. Здесь нет оснований для применения ст. 412 ГК РФ, работают общие правила ст. 410 и 411 ГК РФ.

Если кредитор умер и его требование перешло к единственному наследнику, должник также может заявить против требования наследника свое требование, которое он имел к наследодателю, ведь долг наследодателя, противостоящий данному требованию, в режиме универсального преемства перешел к тому же наследнику. Соответственно, здесь будет налицо встречность требований. То же и со множественностью наследников: в таком случае предъявление должником против требования любого из наследников к зачету своего требования к наследственной массе должно допускаться, ведь каждый из наследников согласно закону отвечает по долгам наследодателя солидарно. Впрочем, определенные сложности может вызывать в этом отношении правило об ограничении ответственности наследников по долгам наследодателя, но этот вопрос оставим за скобками, так как он тесно увязан с тем, как мы в целом понимаем этот механизм ограничения ответственности (подробнее см. комментарий к ст. 418 ГК РФ).

В то же время в ситуациях, когда речь идет об универсальном преемстве в форме наследования или, скажем, слияния, при применении ст. 412 ГК РФ следует иметь в виду, что никакого уведомления о переходе права здесь не направляется, а сам исходный кредитор существовать перестает. Это несколько не блокирует возможность предъявления должником к зачету требований, которые у должника имелись к исходному кредитору, просто привязка к моменту получения уведомления теряет свое значение.

3. Уведомление о цессии (переходе права) как критерий ограничения права на зачет

Как мы видим, решающее значение в контексте определения требований должника к цеденту, которые могут быть предъявлены к зачету против уступленного требования, имеет возникновение правового основания для требования должника до момента получения должником уведомления о цессии. Речь здесь идет об уведомлении о состоявшемся ранее переходе права. Сама статья 412 ГК РФ говорит об «уведомлении об уступке», но правила ст. 386 ГК РФ, рассчитанные на применение к любым основаниям перехода права, корректно используют фразу «уведомление о переходе права». И действительно, как было выше

показано, правила ст. 412 ГК РФ применяются и к иным основаниям перехода права, а норма о значении даты получения уведомления — к тем основаниям перехода права, в рамках которых механизм уведомления в принципе работает (например, суброгация).

При этом в силу ст. 386 ГК РФ уведомление о переходе права (в том числе в результате цессии или по иным основаниям) направляется должнику после произошедшего перехода права и информирует должника о произошедшем преемстве в праве.

Если же должнику направляется предварительное уведомление о заключении соглашения, на основании которого право перейдет в будущем (например, при уступке будущего права или уступке существующего права, предполагающей переход права при наступлении условия или срока), такое уведомление в принципе правового значения не имеет, но исключением является случай, когда из содержания такого представленного сообщения должник с очевидностью мог определить момент перехода права (п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). При этом в данном последнем случае датой отсечения доступных к зачету активных требований должника будет не момент получения такого предварительного уведомления, а момент, в который право должно было перейти согласно содержанию предварительного уведомления. Например, если банк после заключения договора кредитной линии уступил третьему лицу право требования возврата кредитных траншей, которые могут быть им выданы заемщику в будущем, и сразу же направил заемщику уведомление о заключении такого договора уступки будущих требований, датой отсечения доступных к зачету требований будет дата выдачи очередного кредитного транша и возникновения самого требования по его возврату, а не дата получения предварительного уведомления. Тезис об учете не даты такого предварительного извещения, а момента перехода права ВС РФ сделал в п. 25 Постановления Пленума от 21 декабря 2017 г. № 54 применительно к похожей проблеме отсечения возражений, но тот же подход применяется и к ситуации зачета.

Ограничивает доступные к зачету против цессионария требования должника к cedentu уведомление, полученное от cedента. Согласно практике ВС РФ, сформированной *contra legem*, если должник получает уведомление от цессионария, он может не доверять такому уведомлению и ждать подтверждения от cedента (п. 20 Постановления Пленума ВС РФ от 21 декабря 2017 г. № 54). Из логики данного разъяснения следует, что пока такое подтверждение не поступит, по общему правилу должник не может считаться надлежащим образом уведомленным о пе-

реходе права. Этот же тезис подводит к выводу о том, что требования, правовые основания для которых возникли после получения должником уведомления от цессионария, но до подтверждения перехода права самим cedentом, должник может предъявить к зачету против требования цессионария.

4. Ответственность cedenta

Как мы видим, на цессионария возлагается риск наличия к моменту уступки или возникновения после совершения уступки, но до получения должником уведомления о переходе права правовых оснований для требований должника к cedенту, т.е. обстоятельств, о существовании которых в момент уступки цессионарий, вполне вероятно, не знал и не должен был знать и возможность наступления которых после уступки и до получения должником уведомления он предсказать не мог. И действительно, данный риск справедливо возлагать на цессионария как на лицо, которое добровольно приобретает соответствующее требование. Защита цессионария в такой ситуации осуществляется в рамках его взаимоотношений с cedентом с помощью применения ст. 390 ГК РФ об ответственности cedenta.

В случае предъявления должником против требования цессионария к зачету своих требований к cedенту cedент будет отвечать перед цессионарием (в сценарии возмездной уступки, как минимум, в форме возврата полученного встречного предоставления, но в ряде случаев и в форме возмещения убытков). Если в результате зачета с учетом его ретроактивности выясняется, что уступленное требование в принципе не существовало к моменту перехода права, выясняется, что cedент уступил несуществующее право, что нарушает подразумеваемую в силу п. 1 и 2 ст. 390 ГК РФ гарантию существования уступаемого права. Но даже если момент прекращения требования наступает позже уступки и говорить об уступке несуществующего права нельзя, прекращение уступленного права происходит по обстоятельствам, за которые отвечает cedент. Соответственно, cedент обязан как минимум вернуть цессионарию встречное предоставление.

Этот нюанс прямо в ст. 390 ГК РФ не учтен, но подобное решение выводится из применения по аналогии нормы о гарантиях и обязательствах cedenta в отношении отсутствия и непоявления в будущем оснований для выдвижения должником против требования цессионария эффективных возражений. Это основание ответственности cedenta специально подчеркивается в международных унификациях (см. ст. 9.1.15 Принципов УНИДРУА, ст. III.–5:112 Модельных правил европейского частного права).

Вопрос о праве цессионария потребовать возмещения убытков куда более спорен. Да, цессионарий не смог получить то, на что он рассчитывал от должника, и в итоге это произошло за счет обогащения cedentа, чей долг был таким образом погашен, и поэтому очевидно, что cedent должен, как минимум, вернуть полученное от цессионария в обмен на уступленное право (если уступка происходила на основании возмездного договора), но обосновать его требование о возмещении убытков несколько сложнее. Если ретроактивность зачета приведет к тому, что будет отменен сам распорядительный эффект цессии по причине отсутствия уступаемого требования на момент уступки, убытки, видимо, взысканы быть могут, так как cedent не осуществил обещанное предоставление. Но в тех случаях, когда применение ретроактивности не приведет к тому, что само уступаемое требование окажется не существовавшим на момент уступки, вопрос менее очевиден: cedent уступил требование, а то, что должник погасил его путем зачета, предъявив к зачету свое требование к cedенту, назвать нарушением обязательства cedentа не просто. Конечно, cedent мог дать цессионарию заверения об отсутствии у него долгов перед должником, которые тот мог бы представить к зачету против требования цессионария (или обязаться возместить имущественные потери цессионария помимо возврата полученного от цессионария встречного предоставления). Но должна ли такая гарантия подразумеваться? Возможно, да. Но кажется логичным исходить из того, что она ограничена пределами номинала уступленного требования. Например, если cedent уступил за 70 требование к должнику номиналом в 100, а далее должник заявил против цессионария зачет, представив к зачету свое активное требование к cedенту на 100, цессионарий ничего от должника не получит и вправе потребовать от cedentа возврата уплаченной цены требования (70). Но было бы справедливо, чтобы в такой ситуации cedent уплатил цессионарию разницу между ценой уступки и номиналом требования (т.е. в нашем примере 30). Обосновать взыскание в таком сценарии с cedentа каких-то дополнительных убытков (например, упущенная цессионарием возможность получить от должника начисленные регулятивные или охранительные проценты, которые оказались отменены в силу ретроактивного действия зачета) сложнее. Впрочем, и этот шаг может обсуждаться. Пока вопрос остается не проясненным в российском праве.

Впрочем, следует признать, что ясной практики высших судов, проясняющей те или иные аспекты ответственности cedentа в ситуации погашения уступленного требования должником путем зачетом по правилам ст. 412 ГК РФ, пока нет.

5. Зачет в период после перехода права и до получения уведомления должником

Изъятием из общего принципа встречности зачитываемых требований применительно к уступке (переходу права по иным основаниям) является также ситуация, когда заявление о зачете предъявлено должником не цессионарию, а цеденту после перехода требования цессионарию, но *до получения должником уведомления* о переходе права. Несмотря на то что цедент больше не является кредитором, необходимо обеспечить доверие должника к видимости принадлежности права изначальному кредитору до получения должником уведомления о переходе права. Поскольку риск неблагоприятных последствий такого неуведомления лежит на цессионарии, на основании применения по аналогии п. 3 ст. 382 ГК РФ зачет следует считать состоявшимся, несмотря на то что само заявление о зачете адресовано тому, кто уже не является кредитором.

Дополнительная литература

Байбак В.В., Ильин А.В., Каранетов А.Г., Павлов А.А., Сарбаш С.В. Комментарий к Постановлению Пленума ВС РФ от 21.12.2017 № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки» // Вестник экономического правосудия РФ. 2018. № 3. С. 95-100

Вошатко А.В. Зачет при уступке требования // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 13. Ярославль, 2006. С. 58–65.

Романова О.И. Практика применения норм о зачете при уступке требования // Вестник экономического правосудия РФ. 2020. № 7. С. 168–187.

German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1–3: § 1–1296 / Ed. by G. Dannemann, R. Schulze. München; Baden-Baden, 2020. P. 684–685.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 1718–1723.

Статья 413. Прекращение обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице

Обязательство прекращается совпадением должника и кредитора в одном лице, если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства.

Комментарий

1. Конфузия: общие положения

Статья 413 ГК РФ посвящена естественному основанию прекращения обязательства при совпадении должника и кредитора в одном лице. Обязательственное правоотношение предполагает наличие двух субъектов — кредитора и должника. Совпадение их в одном лице (конфузия (*confusio*)) делает бессмысленным существование субъективного права и корреспондирующей ему обязанности (т.е. обязательственной связи как таковой), а потому при наступлении подобных обстоятельств обязательство по общему правилу прекращается. В результате прекращаются акцессорные обеспечения, перестают начисляться штрафные санкции и т.п.

1.1. Основания конфузии

Конфузия может являться следствием универсального правопреемства (наследование, реорганизация юридических лиц в форме слияния или присоединения), в результате которого к должнику переходит корреспондирующее его долгу субъективное право, либо, наоборот, к кредитору переходит противостоящая его требованию обязанность. Например, если стороны соглашения о взаимном неконкурировании, являющиеся корпорациями, реорганизуются в форме слияния или присоединения одной стороны к другой, обязательства по такому соглашению прекращаются конфузией.

Совпадение может чисто теоретически иметь место и в рамках сингулярного правопреемства. Так, обязательство прекращается в случае уступки кредитором своему должнику права требования к последнему. Например, поручитель может купить на публичных торгах требование кредитора к обеспеченному должнику: в этом случае к поручителю, купившему основное обеспеченное требование, в силу п. 1 ст. 384 ГК РФ перейдет и дополнительное обеспечительное требование к самому себе, в результате чего такое обеспечительное обязательство прекратится.

В качестве основания конфузии может также выступать переход к должнику имущества, являющегося предметом обязательства. Так, переход до истечения срока аренды права собственности на арендуе-

мую вещь к арендатору прекращает его обязанность по внесению им арендной платы, так как в силу ст. 617 ГК РФ к новому собственнику предмета аренды переходят права прежнего арендодателя.

Сложность возникает в ситуации, когда арендатор приобретает не право собственности на всю арендуемую вещь целиком, а лишь долю в праве общей собственности на эту вещь. Применительно к земельным участкам сельскохозяйственного назначения ВС РФ со ссылкой на п. 3 ст. 308 ГК РФ указывает, что в подобной ситуации правила ст. 413 ГК РФ о прекращении обязательства совпадением должника и кредитора в одном лице применению не подлежат. При этом до согласования иного порядка пользования общим имуществом обязательства, возникшие на основании договора аренды, подлежат исполнению с учетом того, что арендатору принадлежит доля в праве на земельный участок (в частности, возможно соразмерное уменьшение арендной платы) (см. ответ на вопрос 4 в [Обзоре](#) судебной практики ВС РФ № 5 (2017) (утв. Президиумом ВС РФ 27 декабря 2017 г.)).

1.2. Конфузия в рамках обязательств с множественностью лиц

Отечественное законодательство не регулирует вопроса конфузии в рамках обязательств с множественностью лиц, например, при наследовании одним из содолжников кредитору либо одним из сокредиторов должнику.

Для отношений долевой множественности ответ на этот вопрос очевиден: подобная конфузия приводит к прекращению соответствующих требований в доле, относящейся к такому должнику (причитающейся такому кредитору).

Куда сложнее выглядит этот вопрос для случаев солидарной множественности. В различных правопорядках данный вопрос решается по-разному. Некоторые правовые системы исходят из так называемого полного общего действия, при котором в случае совпадения кредитора и одного из содолжников в одном лице все должники освобождаются по отношению к кредитору, как если бы совпавший должник осуществил исполнение. При этом лицо, которое в результате преемства оказалось и кредитором, и солидарным должником, имеет регрессное притязание к освобожденным должникам. Модель так называемого ограниченного общего действия освобождает остальных содолжников в размере внутренней доли совпавшего должника. Наконец, в некоторых правопорядках принята модель так называемого частного действия, которая оставляет нетронутым требование кредитора к содолжникам. Соответственно, кредитор сохраняет солидарное требование к остальным должникам в полном объеме, однако в результате исполнения исполнивший должник приобретает регрессное требо-

вание в том числе к кредитору, совпавшему в одном лице с одним из содолжников.

В некоторых международных унифицированных актах установлено, что совпадение кредитора и одного из солидарных должников в одном лице имеет ограниченное общее действие, т.е. прекращает обязательство других должников только в пределах доли данного должника (см. ст. III.—4:109 Модельных правил европейского частного права). Аналогичные правила применяются и при совпадении в одном лице одного из солидарных кредиторов и должника (см. ст. III.—4:207 Модельных правил европейского частного права).

В отсутствие серьезных доктринальных исследований отечественная правоприменительная практика зачастую решает данные вопросы интуитивно. Нижестоящие суды нередко признают указанное выше «ограниченное общее действие» конфузии. Напротив, СКЭС ВС РФ по одному из дел фактически признала «полное общее действие» конфузии. В том деле лица, аффилированные с одним из солидарных должников (сопоручителей), приобрели права требования кредитора на торгах. СКЭС ВС РФ констатировала, что «вследствие этого произошло совпадение кредитора и одного из солидарных должников (сопоручителя), что применительно к положениям ст. 413 ГК РФ освобождает второго совместного поручителя от обязательств по отношению к кредитору, не затрагивая отношения сопоручителей между собой» (Определение от 21 декабря 2020 г. № 306-ЭС20-12066 (1, 2)). Впрочем, неочевидно, что приведенная сентенция являла собой *ratio* данного определения ВС РФ, а не относилась к *obiter dictum*. Кроме того, возможно, из указанного достаточно специфического дела не стоит выводить окончательную позицию отечественной правоприменительной практики.

1.3. Исключения

Согласно комментируемой норме совпадение должника и кредитора приводит к прекращению обязательства, если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений. О каких случаях идет речь?

1.3.1. Вексель и облигации

В силу п. 11 Положения о переводном и простом векселе индоссамент по ордерному векселю может быть совершен в том числе в пользу обязанного по такому векселю лица, которое, в свою очередь, вправе далее индоссировать вексель. Таким образом, передача прав по ордерному векселю одному из должников по нему (в том числе векселедателью) не исключает возможности дальнейшего перехода прав по векселю другим лицам (см. п. 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 января 2002 г. № 67).

Аналогичная ситуация и с облигациями. Природа облигаций как ценных бумаг позволяет эмитенту приобрести такие облигации, чтобы в дальнейшем вновь продать их инвесторам (п. 4 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг). В случае с облигациями налицо исключение из правила о конфузии.

По той же причине поручитель, приобретший облигации, исполнение обязательств по которым было обеспечено его поручительством, и впоследствии передавший их третьим лицам, продолжает отвечать перед облигационерами за исполнение эмитентом обязательств по ним в соответствии с условиями поручительства, несмотря на то что на определенный период долг поручителя по обеспечительному обязательству совпал с требованием по тому же поручительству в одном лице. Положения ст. 413 ГК РФ в данном случае применению не подлежат (см. п. 45 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42).

Таким образом, закон использует в случае с указанными документарными и бездокументарными ценными бумагами фикцию сохранения долга. Тот факт, что ценная бумага не перестает существовать как объект прав при совпадении должника и кредитора и может быть далее продана третьим лицам, имеет важное значение. В частности, эмитент при последующем отчуждении выкупленных облигаций не обязан соблюдать процедуру первичной эмиссии, а выданные в целях обеспечения долга эмитента или векселедателя поручительства и иные обеспечения сохраняются.

В экономическом плане последующая продажа эмитентом ранее выкупленных им облигаций или последующее индоссирование векселедателем выкупленного собственного векселя равнозначны привлечению нового долгового финансирования. Но если видеть здесь новый заем, то следовало бы говорить о новом размещении облигаций или выпуске векселя с соблюдением всех связанных с этим формальностей, с необходимостью переоформления обеспечений, предоставленных третьим лицом, и т.п. Законодатель же явно имел в виду, что новый выпуск и размещение облигаций, оформляющих привлечение нового займа либо привлечение нового долгового финансирования посредством выдачи нового векселя, в такой ситуации не происходит, и все связанные с этим формальности соблюдать нет необходимости. Более того, облигации или векселя могут перепродаваться эмитентом (векселедателем) по «цене», отличающейся от размера номинала. Закон использует фикцию. Поставить под сомнение эту фикцию, не вступая в противоречие с прямым указанием п. 11 Положения о переводном и простом векселе и п. 6 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг, невозможно.

Однако если вексель или облигация, выкупленные эмитентом или векселедателем (т.е. должником по заемному или иному денежному долгу, удостоверенному такой бумагой), не исчезают как ценная бумага, какое право они подтверждают? Закон о рынке ценных бумаг прямо указывает, что облигация, приобретенная ее эмитентом, не предоставляет ему прав по ней (п. 6 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг). Если так, то что же является объектом последующего отчуждения? Если только запись на счете как некая формальная оболочка (или право собственности на документарную ценную бумагу), то в каком состоянии находится само обязательственное право требования погашение долга, закрепленное в бумаге («права из бумаги») до последующей продажи? Не является ли странной ситуация, когда на период с момента выкупа бумаги исходным должником и до последующего ее отчуждения ценная бумага не представляет обладателю соответствующих прав, а затем после повторного отчуждения эти права возникают вновь у приобретателя? Уместно ли здесь говорить о правопреемстве? Ведь при буквальном прочтении нормы об отсутствии у эмитента прав по облигации объектом отчуждения здесь является одна лишь техническая запись, и обязательственное право к покупателю не переходит, так как оно отсутствует у самого эмитента. Вместо этого при переоформлении записи на покупателя имущественное право (денежное требование к эмитенту) у него возникает, казалось бы, первоначальным образом. Точно так же с точки зрения классического обязательственного права сложно объяснить, почему при прекращении самого обязательства не должны прекращаться акцессорные обеспечения (поручительство и залоги); ведь обеспечение не может обеспечивать какую-то формальную запись, оно обеспечивает обязательственное требование.

От этой парадоксальной ситуации спасает ссылка на фикцию, согласно которой обязательственное «право из бумаги» на самом деле не прекращается, а попадает в некое «спящее» состояние, активизируясь лишь при последующем отчуждении бумаги третьему лицу. Кажется, что указание в п. 6 ст. 17.2 Закона о рынке ценных бумаг о том, что облигация не предоставляет прав по ней выкупившему ее эмитенту, следует толковать именно в таком плане.

1.3.2. Казначейские акции или доли

Согласно Закону об АО (например, ст. 72, 75) общество может с рядом ограничений приобрести собственные акции или доли (приобретающие в этом случае статус казначейских акций), имея возможность в течение определенного срока их продать третьим лицам. То же и с ООО (п. 6.1, подп. 2 п. 7 ст. 23, п. 2 ст. 24 Закона об ООО). При этом

акции или доли удостоверяют определенный набор корпоративных прав и обязанностей, среди которых и чисто обязательственные права. Получается, что на некоторое время соответствующие обязательственные права «засыпают», но далее в результате отчуждения третьим лицам вновь «оживают», и мы за счет использования фикции говорим не о новой эмиссии акции, а о правопреемстве, в результате которого общество продает обязательственные требования к самому себе.

1.3.3. Другие примеры

В силу ч. 20 ст. 5 Закона о рынке ценных бумаг предписания ст. 413 ГК РФ не применяются к отношениям, связанным с приобретением управляющим инвестиционных паев паевого инвестиционного фонда, доверительное управление которым он осуществляет.

Согласно п. 4 ст. 4 Закона о цифровых финансовых активах, если иное не предусмотрено решением об их выпуске, записи о цифровых финансовых активах не погашаются в случае, когда их обладателем становится лицо, их выпустившее.

1.4. Конфузия и ущерб третьим лицам

Что, если право требования было предоставлено кредитором в качестве предмета залога третьему лицу, а потом происходит совпадение кредитора и должника по такому заложенному требованию (например, вследствие того, что кредитор является наследником должника, или, наоборот, должник приобрел у залогодателя требование к себе и т.п.)? Возникает вопрос: препятствует ли передача требования в залог его прекращению конфузией? И если не препятствует, имеются ли механизмы защиты интересов залогодержателя на случай такого прекращения?

Предписания российского позитивного права не позволяют однозначно ответить на эти вопросы. Отечественная доктрина также, к сожалению, не уделяет указанной проблеме серьезного внимания (равно как и схожей проблематике — возможности прекращения заложенного требования посредством прощения долга).

На наш взгляд, мыслимы несколько возможных вариантов решения.

Во-первых, можно попробовать заблокировать саму потенциальную вероятность конфузии, исключив возможность совпадения кредитора и должника в одном лице в случае залога требования. Такой вариант, безусловно, защищает залогодержателя (он сохраняет предмет залога), однако кажется нам абсурдным и нереализуемым. Ведь основание для конфузии достаточно часто возникает в случаях, когда исходная сторона обязательства просто перестает существовать как субъект права (например, в случае наследственного преемства или реорганизации юридического лица). Если признать, что залог требования препят-

ствуует переходу прав кредитора по такому заложенному требованию к должнику, или переводу долга, корреспондирующего заложенному требованию, на кредитора, возникнет неразрешимый вопрос: а кто станет стороной такого обязательства вместо прекратившего свое существование субъекта? Бессубъектность же обязательства также приведет к его прекращению.

Во-вторых, возможен более «тонкий» вариант решения, при котором залог требования не исключает перехода прав кредитора по заложенному требованию к должнику или перевода корреспондирующего такому требованию долга на кредитора, однако, несмотря на происходящее совпадение кредитора и должника в одном лице, прекращения требования посредством конфузии не произойдет, соответственно, залог требования сохранится. Подобное решение предлагалось еще пандектистами, а в настоящее время оно находит свое отражение в законодательстве некоторых европейских стран. Так, ст. 1254 ГК Италии устанавливает, что конфузия не действует в ущерб третьим лицам, которые приобрели права узурфрукта или залога на право требования. Подобное решение не противоречит и отечественному регулированию. Ведь ст. 413 ГК РФ указывает на прекращение обязательства совпадением кредитора и должника в одном лице лишь в качестве общего правила, допуская исключения из него. Такие исключения из этого правила могут прямо устанавливаться законом (см. п. 1.3 настоящего комментария), но нет препятствий выводить подобные исключения не из буквального текста, а из смысла закона, его телеологического толкования, применения норм закона по аналогии, а также из правовых принципов. Примером такого исключения как раз могли бы стать сюжеты с залогом требования. При принятии данного подхода залогодержатель сохранит все свои правовые возможности, связанные с обращением взыскания и реализацией заложенного требования, а равно сохранит залоговый приоритет.

Наконец, мыслим и третий вариант. Можно констатировать, что залог требования не препятствует не только совпадению кредитора и должника, но и прекращению соответствующего обязательства конфузией. В подобном случае залог прекращается ввиду прекращения заложенного права (п. 1 ст. 352 ГК РФ), а защита интересов залогодержателя может быть обеспечена посредством его права на акселерацию долга (п. 1 ст. 351 ГК РФ). В рамках рассматриваемого варианта залогодержатель лишается залогового приоритета, что может быть существенным ухудшением его правового положения, но это можно объяснить ординарным риском залогодержателя. В частности, ровно таким же его риском является угроза утраты предмета залога

по иным основаниям, например, ввиду прекращения заложенного права вследствие ликвидации юридического лица-должника или случайной гибели предмета залога. Вместе с тем, если право в данном конкретном случае может позволить залогодержателю избежать такого риска посредством применения предыдущего варианта решения, стоит ли пренебрегать такой возможностью? Поскольку, как указывалось выше, сам рассматриваемый сюжет в условиях развитого оборота является достаточно обыденным, отечественной практике в скором времени придется столкнуться с ним и выработать собственное его решение.

1.5. «Ненастоящая конфузия»

Наряду с ситуацией, регулируемой ст. 413 ГК РФ, в обороте могут возникать случаи, внешне напоминающие конфузию, но в действительности не являющиеся таковой (так называемая ненастоящая конфузия). Так, в частности, не является конфузией совпадение в одном лице «одноранговых» прав или обязанностей (например, если имеются два солидарных должника и один из них умирает, а его долг по наследству переходит на другого содолжника).

Равным образом не подпадает под действие ст. 413 ГК РФ и не приводит к прекращению обязательств совпадение по субъектному составу основного долга и акцессорного обязательства. Например, при наследовании поручителем основному должнику или основным должником поручителю наследник станет одновременно должником и по основному, и по обеспечительному обязательству. В лице наследника совпадут два статуса должника (основного и обеспечительного), однако это не приведет к удвоению его задолженности. Обязательство будет исполнено единожды: если он исполнит как основной должник – обязательство поручителя прекратится ввиду его акцессорности (п. 4 ст. 329 ГК РФ), если как поручитель – он суброгирует требование кредитора, и последнее вместе с корреспондирующим ему основным долгом прекратится в силу уже «настоящей» конфузии (ст. 413 ГК РФ).

Этот вывод о том, что обеспечительное обязательство в такой ситуации не прекращается, крайне важен в ситуации, когда обязанность умершего поручителя также, в свою очередь, обеспечена, например, залогом. Данный подход позволяет сохранить все преимущества кредитора.

2. Конфузия и новация

Конфузию следует отграничивать от новации. Особую актуальность этот вопрос имеет в ситуации продажи арендатору арендуемого

им недвижимого имущества. Ведь если основанием прекращения обязательства выступает новация, обязательство по внесению арендной платы прекращается в момент заключения договора купли-продажи, если же конфузия — в момент перехода права собственности на отчуждаемое имущество, который с учетом необходимости регистрации перехода прав на недвижимость будет неизбежно не совпадать с моментом заключения договора. Руководствуясь общим принципом «новация не предполагается» (подробнее см. ст. 414 ГК РФ и комментарий к ней), следует презюмировать, что речь не идет о новации. И лишь в случае, когда в договоре купли-продажи прямо выражено или из его содержания очевидно вытекает *animus novandi* (намерение обновить) в отношении обязательства по внесению арендной платы, последнее следует считать прекратившимся в момент заключения договора.

К сожалению, судебная практика при оценке подобных ситуаций совершенно игнорирует вопрос об основании прекращения соответствующих обязательств. Руководствуясь не основанными на законе, интуитивными, а иногда и вовсе публично-правовыми соображениями, для случаев продажи арендуемых зданий (сооружений) практика ВАС РФ в качестве момента прекращения обязательств арендатора презюмирует момент заключения договора купли-продажи (см. п. 5 Постановления Пленума от 17 ноября 2011 г. № 73), для случаев же продажи арендуемого земельного участка — момент перехода права собственности (см. п. 7 Постановления Пленума от 17 ноября 2011 г. № 73).

3. Применимость конфузии к ограниченным вещным правам и иным производным абсолютным правам

Возникает вопрос о применимости правила о конфузии к ситуациям, когда в результате преемства в первичном абсолютном праве на имущество (праве собственности, исключительном праве) стороны правоотношения, вытекающего из установления ограниченного вещного права, лицензии или иного подобного обременения имущества, совпадают в одном лице.

Например, прекращается ли право использования чужого участка на основании сервитута, если право собственности на господствующий участок переходит к собственнику служащего участка в результате сделки купли-продажи или по наследству, либо, наоборот, собственность на служащий участок переходит собственнику господствующего участка?

То же и с залогом: если право собственности на предмет залога, предоставленного третьим лицом, переходит к залогодержателю по наследству, прекращается ли право залога?

Такие же вопросы возникают и в случае с лицензионными правами: если в результате смерти лицензиара исключительное право переходит по наследству к лицензиату, прекращается ли право использования объекта исключительного права на основании лицензии?

Причем в результате преемства в абсолютном праве открываются условия для применения и самой обычной конфузии, так как соответствующее ограниченное вещное право, право залога, лицензионное право нередко предполагают и многочисленные чисто обязательственные правоотношения (например, обязательство по внесению платежей за сервитут, лицензионных платежей, обязательств залогодателя по тому или иному обращению с предметом залога). Соответственно, следует решить, прекращаются ли такие обязательства безвозвратно при совпадении сторон в одном лице, либо здесь стоит выводить какое-либо исключение.

Казалось бы, если у лица ранее было право использовать объект на ограниченном вещном или ином подобном производном праве, а затем к нему же перешло и само первичное абсолютное право, в чем логика сохранения первого?

Но этот вопрос может иметь важное практическое значение: если то лицо, к которому перешло право собственности или исключительное право, затем производит отчуждение объекта абсолютного права: продолжает ли этот объект быть обременен и подлежат ли исполнению соответствующие обязательства? Например, если после того, как служащий участок попал в собственность обладателя господствующего участка и далее приобретенный участок был вскоре после этого отчужден третьему лицу, продолжает ли продавец, остающийся собственником господствующего участка, быть сервитуарием? Аналогичные ситуации могут возникать и с жилищными узлуфруктами, и с лицензией, и с залогом.

По сути, та же проблема возникает и с самой обычной арендой в ситуации, когда арендатор становится собственником арендованной вещи.

По общему правилу в подобных ситуациях ограниченное вещное право, право залога, лицензионное право или право аренды и связанные с ними обязательства должны прекращаться в силу ст. 413 ГК РФ (применяемой в отношении самих ограниченных вещных прав по аналогии, а в отношении сопровождающих такие права обязательств — напрямую). Но нельзя исключить, что применительно к обременениям,

подпадающим под действие правил ст. 8.1 ГК РФ о прекращении прав на регистрируемое имущество только с момента внесения записи в соответствующий реестр на сей счет, стоит сделать исключения. Если соответствующее обременение и его снятие подлежали правоустанавливающей регистрации, а новый собственник не стал погашать соответствующую запись и произвел последующее распоряжение объектом абсолютного права (например, в сценарии с сервитутом, когда собственник господствующего участка унаследовал служащий участок, не заявил о погашении сервитута путем подачи соответствующего заявления в ЕГРН и затем вскоре продал участок, обремененный записью о сервитуте), обременение, возможно, не прекратится, так как до внесения записи соответствующее обременение сохраняется, а с момента последующего отчуждения условия для прекращения отпадают, так как условий для конфузии больше нет. Впрочем, вопрос требует дополнительного изучения.

Дополнительная литература

Грачев В.В. Совпадение вексельного кредитора и вексельного должника в одном лице // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 12. Ярославль, 2005. С. 77–85.

Егорова М.А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М., 2014. С. 661–713.

Крашенинников Е.А. Тезисы к проблеме конфузии // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 8. Ярославль, 2001. С. 74–77.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1777–1781.

Статья 414. Прекращение обязательства новацией

1. Обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами (новация), если иное не установлено законом или не вытекает из существа отношений.

2. Новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным обязательством, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Комментарий

1. Понятие и условия новации

В соответствии с п. 1 ст. 414 ГК РФ новация представляет собой соглашение, по которому стороны договариваются о замене одного связывающего их обязательства каким-либо другим, новым обязательством. В результате новации первоначальное обязательство прекращается, но на базе прекращенного возникает согласованное между ними новое обязательство.

Для того чтобы новация считалась состоявшейся, необходимо наличие ряда условий: а) существование первоначального обязательства; б) заключение соглашения сторон о замене этого обязательства другим, конкретизирующее прекращаемое и новое обязательства и содержащее волю на осуществление именно новации; в) допустимость замены первоначального обязательства новым.

1.1. Существование первоначального обязательства

Поскольку новация представляет собой основание прекращения первоначального (новируемого) обязательства, это последнее должно *существовать*, т.е. возникнуть и не быть прекращенным к моменту новации.

При отсутствии первоначального обязательства новация считается ничтожной, так как это вытекает из существа законодательного регулирования ее конструкции (см. п. 74 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25, Определение СКЭС ВС РФ от 16 июля 2020 г. № 307-ЭС19-20020). Конверсия такой сделки в соглашение о консенсуальном дарении или в иное соглашение, структурирующее одностороннее договорное предоставление, в большинстве случаев вряд ли будет соответствовать подразумеваемой воле сторон, хотя обратное не исключено.

Первоначальное обязательство может носить как договорный, так и внедоговорный характер. Так, не существует препятствий к новации обязательства из причинения вреда имуществу или из неосновательного обогащения, а также к новации реституционного обязательства по возврату полученного по недействительной сделке (п. 22, 24 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Допускается автономная новация обязательства по возмещению убытков, уплате неустойки или мораторных процентов (см. п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103) (подробнее о новации таких требований см. п. 2.1 комментария к настоящей статье).

Статья 414 ГК РФ говорит о замене одного обязательства другим, что вовсе не означает возможности новации только одного обязатель-

ства. Нет препятствий к замене одним нескольких существующих обязательств. Например, стороны могут новировать в одно заемное обязательство несколько существующих между ними долгов, в том числе возникших из разных оснований (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Допустима также новация, приводящая к возникновению нескольких обязательств взамен прекращаемого (например, новация долга выдачей нескольких простых векселей).

Учитывая общий характер положений п. 1 ст. 407 ГК РФ, следует признать допустимой новацию части делимого обязательства.

На практике зачастую новируются просроченные долги, а сама подобная новация используется как средство реструктуризации просроченного долга. Вместе с тем нет никаких препятствий для новации и обязательства, срок исполнения по которому еще не наступил. Закон требует существования новлируемого обязательства, а не его «созревания» или способности быть принудительно реализованным на момент новации.

По новлируемому обязательству к моменту новации давность может быть истекшей, это не препятствует новации (п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Если по требованию было отказано в иске по причине пропуска давности или истец отказался от иска и повторное обращение в суд заблокировано, но согласно господствующему воззрению обязательство все равно сохраняется, пусть и становится натуральным, не подлежащим судебной защите, новация такого обязательства также возможна. При этом логично исходить из того, что новое обязательство будет подлежать судебной защите.

Более спорной является ситуация новации обязательственного требования, которое в силу закона не подлежало судебной защите изначально (например, требование выплаты карточного долга или долга из иной игры или пари). Повлечет ли такая новация появление нового требования, уже подлежащего судебной защите? Например, что, если проигравший в карты игрок договаривается о том, что его долг новируется в заемный, позволит ли такой нехитрый прием превратить не подлежащее судебной защите требование в полноценное притязание, исполнение которого можно добиться по суду? Как представляется, это вряд ли возможно, а новое обязательство, возникшее в результате новации, будет также носить натуральный характер. В противном случае нивелируется сама идея п. 1 ст. 1062 ГК РФ, объявляющего требования из игр и пари натуральными, и стоящая за этим цель самоустранения публичной власти из этих отношений, и открывается возможность обхода закона.

В принципе, возможно заключение соглашения о новации условного обязательства, находящегося на стадии ожидания наступления отлагательного условия, в некое новое также условное или даже безусловное обязательство: стороны могут избавиться от условной правовой связи, заменив ее на другую связь. Если исходить из того, что до наступления отлагательного условия условное обязательство уже существует, хотя и не созрело, данный вывод напрямую выводится из текста ст. 414 ГК РФ. Если придерживаться идеи о том, что обязательство лишь возникает при наступлении отлагательного условия, а до этого между сторонами существует особая правовая связь, структурирующая ожидание наступления условия, тот же вывод можно обосновать путем применения ст. 414 ГК РФ по аналогии: новое обязательство будет заменять не обязательство, а ту самую «особую правовую связь».

1.2. Действительность первоначального обязательства

Наличие первоначального обязательства предполагает его существование, а значит, если обязательство вытекает из сделки, необходимо, чтобы эта сделка была *действительной*. Ничтожность сделки, из которой вытекает первоначальное обязательство, или аннулирование такой оспоримой сделки к моменту новации автоматически влечет ничтожность и заключаемого соглашения о новации, и невозникновение указанного в соглашении о новации обязательства. В то же время новация обязательства, основанного на оспоримой сделке, до момента ее аннулирования вполне возможна, поскольку до признания сделки недействительной такая сделка рассматривается как действительная. Однако если в последующем эта сделка будет эффективно оспорена ввиду ретроактивного действия такого оспаривания (п. 1 ст. 167 ГК РФ), первоначальное обязательство будет признано никогда не существовавшим, поэтому автоматически будет считаться недействительной и произошедшая новация. Но данный вывод неприменим в тех случаях, когда сам факт заключения соглашения о новации может с учетом конкретных обстоятельств рассматриваться как подтверждение оспоримой сделки по правилам абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ. Такое подтверждение во многих случаях просто заблокирует оспаривание. Впрочем, предусмотренный в указанной норме институт подтверждения оспоримой сделки имеет пределы своего применения. Данный механизм блокирует право на оспаривание только тогда, когда управомоченное на оспаривание сделки лицо в момент подтверждения сделки знало или должно было знать о наличии порока в сделке, а также не применяется для ряда оснований оспаривания сделки (банкротные и корпоративные основания оспаривания).

Крайне сложным является вопрос о том, как повлияет на новацию частичная недействительность сделки (ст. 180 ГК РФ), из которой вытекало первоначальное обязательство (например, когда ввиду признания неправильности примененного тарифа основанное на нем обязательство признано недействительным в части, и сумма первоначального долга тем самым оказалась меньше, чем та, которая была учтена при новации). В отсутствие решения на уровне позитивного права теоретически мыслимы три варианта ответа: а) частичная недействительность первоначального обязательства не оказывает влияния на новое обязательство, б) частичная недействительность приводит к частичной пропорциональной недействительности нового обязательства, в) частичная недействительность первоначального долга влечет полную недействительность нового. Каждый из этих подходов имеет преимущества: первый соответствует идее независимости размеров первоначального и нового обязательств, второй кажется наиболее справедливым, прежде всего арифметически, и соответствует подходу к толкованию правил ст. 180 ГК РФ, признанному ВАС РФ (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 5 ноября 2013 г. № 9738/13). Кроме того, каждый из этих двух подходов сохраняет силу соглашения о новации и нового обязательства. Третий подход соответствует идее автономии воли, не навязывая сторонам сделку, которую они, не зная о частичной недействительности, не намеревались заключить, однако при этом он противоречит принципу *favor contractus* и сильнее дестабилизирует договорные отношения. Как представляется, вариант «а» следует отвергнуть. А выбор между вариантами «б» и «в» должен осуществляться с учетом критериев применения ст. 180 ГК РФ (частичная недействительность нового обязательства или тотальная недействительность новации в зависимости от гипотетической воли сторон) (подробнее см. комментарий к ст. 180 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

1.3. Соглашение о новации: содержание

Существенными условиями новационного соглашения являются: а) указание на новлируемое обязательство, достаточное для его идентификации, б) прямое или подразумеваемое указание на то, что новлируемое обязательство прекращается посредством установления нового обязательства, а также в) обозначение новлирующего обязательства (его предмета) (п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). При замене долга заемным обязательством с тем же предметом

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 180 ГК РФ – А.А. Новицкая).

на основании ст. 818 ГК РФ соглашение должно прямо указывать на заемную правовую природу новизирующего обязательства.

При определении круга существенных условий соглашения о новации судебно-арбитражная практика зачастую использует нормы части второй ГК РФ о существенных условиях отдельных видов договоров (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103, п. 27 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Подобный небесспорный подход основан на идее трансформации в результате новации одной договорной конструкции в другую (см. также п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69, п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Соответственно, с точки зрения практики высших судебных инстанций соглашение о новации договорного обязательства должно обозначать не только предмет новизирующего обязательства, но и существенные условия того договорного типа, в который трансформируются отношения сторон в результате новации. Например, если вытекающее из договора поставки обязательство поставить товар новизируется в обязательство выполнить строительные работы, необходимо оговорить срок выполнения работ, ибо такой срок рассматривается в судебной практике в качестве существенного для договора строительного подряда.

1.4. Соглашение о новации: форма

Вопрос о *форме* соглашения о новации является достаточно дискуссионным. Длительное время господствующим являлось мнение, согласно которому форма новации определяется исключительно по общим правилам гл. 9 ГК РФ о форме сделок и ст. 434 ГК РФ о форме договоров. В случаях же, когда новизируется договорное обязательство, соглашение о новации должно подчиняться и требованиям о форме договора, породившего первоначальное обязательство (см. п. 1 ст. 452 ГК РФ), поскольку новация, прекращая одно договорное обязательство и устанавливая вместо него другое, в подобном случае имплицитно содержит в себе изменение программы первоначальных договорных правоотношений (см. Определение СКГД ВС РФ от 20 июня 2017 г. № 48-КГ17-9).

При коллизии указанных требований применяются правила, устанавливающие более строгие требования к форме. Соответственно, в случае новации в обязательство по передаче согласованного недвижимого имущества ранее существовавшего между сторонами обязательства по возврату займа соглашение о новации должно быть заключено в простой письменной форме (п. 1 ст. 161 ГК РФ), а если договор займа, породивший первоначальное обязательство, был нотариально удостоверен, – в нотариальной форме (п. 1 ст. 452 ГК РФ).

Своеобразное разъяснение вопросов формы новационного соглашения предлагает п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6: «Следует учитывать, что в отношении первоначального договора и договора, возникающего между сторонами в результате совершения новации, могут быть установлены разные требования к форме, например, в связи с тем, что возникающий договор относится к иному договорному типу или в отношении сделок с имуществом, которое должник обязан предоставить во исполнение нового обязательства, установлены специальные требования к форме. В таком случае к соглашению о новации подлежат применению наиболее строгие из таких правил о форме сделки (пункт 1 статьи 452 ГК РФ)».

Как видно, в данном случае ВС РФ исходит из небесспорной идеи трансформации в результате новации одной договорной конструкции в другую и рассматривает в качестве коллидирующих правила о форме, установленные в отношении различных договорных типов. Соответственно, в первом из приведенных выше примеров, если следовать разъяснениям ВС РФ, поскольку в результате новации произойдет «модификация» договора займа в договор продажи недвижимости, соглашение о новации под страхом недействительности должно быть заключено в письменной форме исключительно посредством составления единого документа (ст. 550 ГК РФ).

Таким образом, с учетом занятого ВС РФ подхода следует исходить из того, что соглашение о новации договорного обязательства должно соответствовать требованиям либо о форме исходного договора, либо о форме того договорного типа, которому начинает соответствовать программа договорных правоотношений в результате новации, либо общим правилам о форме сделки, в зависимости от того, какие из этих трех видов требований к форме сделки являются наиболее строгими.

Впрочем, следует иметь в виду один важный нюанс. Из толкования п. 1 ст. 452 ГК РФ не вполне ясно, означает ли это правило, что соглашение об изменении договора должно следовать той форме, которая была предписана для изменяемого договора законом, или той форме, в которой договор был фактически заключен, в ситуации, когда стороны решили добровольно выбрать для своего договора более строгую форму (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 452 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). В этом плане может вызывать споры вопрос о том, как согласно приведенному разъяснению Пленума ВС РФ должен решаться второй из приведенных примеров (в котором первоначальный заемный

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 452 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

долг вытекал из соглашения, которое было добровольно нотариально удостоверено). Если под «установлением» имеется в виду «нормативное установление», то во внимание должны приниматься лишь законодательные предписания, и в приведенном примере, несмотря на нотариально удостоверенный договор займа, новация обязательства из этого договора по возврату займа в обязательство по передаче недвижимости должна быть совершена в письменной форме посредством составления единого документа (ст. 550 ГК РФ) (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 452 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Если же новируется недоговорное обязательство, то правила п. 1 ст. 452 ГК РФ не применяются. Кроме того, речь не идет о преобразовании договорной программы в состояние, которое будет соответствовать квалифицирующим признакам некоего иного договорного типа, и поэтому нет оснований применять специальные нормы о форме последнего. Получается, что здесь необходимо соблюдение лишь общих правил о форме сделок и договоров. Впрочем, здесь также могут оказаться применимыми правила о форме сделок, которые установлены в законе для распоряжений теми или иными видами имущества, если эти правила оказываются более строгими, чем общие правила о форме сделок. Например, если обязательство по возмещению вреда из деликта новируется в обязательство по отчуждению доли в праве общей собственности на недвижимость, соглашение о новации должно нотариально удостоверяться, так как закон требует нотариального удостоверения обязательственных сделок, направленных на отчуждение такого вида имущества (п. 1.1 ст. 42 Закона о регистрации недвижимости).

Применительно к отдельным случаям новации закон прямо устанавливает специальные правила о форме новационного соглашения. Так, в силу п. 2 ст. 818 ГК РФ соглашение о новации долга в заемное обязательство должно соответствовать правилам ст. 808 ГК РФ о форме договора займа (подробнее об этом см. комментарий к ст. 818 ГК РФ в другом томе серии #Глосса²).

1.5. Соглашение о новации: порядок заключения

1.5.1. Новация долга и регистрация договора

Когда новируется обязательство, возникшее из зарегистрированно-го договора, соответствующее новационное соглашение также подле-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 452 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

² Заем, кредит, факторинг, вклад и счет: постатейный комментарий к статьям 807–860.15 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов (автор комментария к ст. 818 ГК РФ – А.А. Павлов).

жит государственной регистрации, так как, по сути, такое соглашение влечет изменение программы правоотношений, вытекающей из зарегистрированного договора (п. 2 ст. 164 ГК РФ). Но последствием отсутствия такой регистрации будет не недействительность новации, а отсутствие у такого соглашения правовых последствий в отношении третьих лиц (п. 3 ст. 433 ГК РФ). Например, если стороны зарегистрированного договора аренды недвижимости новировали обязательство арендатора по внесению арендной платы в обязательство по ежемесячному оказанию услуг на ту же сумму, но не зарегистрировали такое соглашение, а впоследствии недвижимость была продана субъективно добросовестному покупателю, не знавшему о такой новации, последний вправе игнорировать такую новацию и требовать от арендатора, требования к которому перешли к покупателю в силу принципа следования по правилам ст. 617 ГК РФ, внесения оплаты согласно изначальной версии договора.

Если новируется долг из договора, который не требовал регистрации, или вовсе долг из внедоговорного основания, а новлирующим обязательством является обязательство, характерное для договора, подлежащего регистрации, видимо, соглашение о новации также подлежит регистрации. Так, если обязательства продавца по отчуждению недвижимой вещи в собственность новируются в обязательство предоставить ту же вещь во временное владение и пользование на долгосрочной основе, такое соглашение подлежит государственной регистрации.

1.5.2. Иные процедурные особенности

На соглашение о новации распространяются правила об особом порядке совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью (см. ст. 45, 46 Закона об ООО, ст. 78 и 79, 81–83 Закона об АО). Указанная специальная процедура заключения соглашения о новации должна применяться независимо от того, требовалось ли ее соблюдение для совершения сделки, породившей новлируемое (первоначальное) обязательство.

Особый порядок установлен для совершения новации в рамках отдельных банкротных процедур (см. п. 3 ст. 183.9, п. 4 ст. 184.3, п. 1 ст. 189.11, п. 3 ст. 189.30, п. 3 ст. 189.31 Закона о банкротстве).

При совершении новации на стадии исполнительного производства судебная практика требует обязательного утверждения такого соглашения судом в качестве мирового, в противном случае считая его незаключенным (см. п. 7 Информационного письма от 25 декабря 2005 г. № 103). В принципе, есть сомнения в логичности такого утверждения. После вступления в силу решения, заблокировать его принудительную силу можно либо исполнив то, к чему суд присудил, либо доказав

наступление обстоятельств, влекущих прекращение обязательства. Но в большинстве случаев последний вопрос может рассматривать только суд, так как вопрос о прекращении обязательства должен быть установлен на основе оценки представленных доказательств. При этом в процессуальном законодательстве нет специальных норм о прекращении процесса исполнения решения суда о присуждении к исполнению обязательства в связи с прекращением самого обязательства. Видимо, поэтому ВАС РФ и остановил свой выбор на необходимости утверждения новации в качестве мирового соглашения. Но, как представляется, отсутствие специальной нормы не должно означать невозможность прекращения процесса исполнения судебным актом, если суду будут представлены доказательства прекращения самого обязательства по соглашению сторон. Кроме того, ничто не мешает истцу-кредитору просто отказаться от взыскания по ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве, что, собственно, в нормальной ситуации он и должен сделать после того, как его материальное требование по исходному обязательству прекратилось. Зачем объявлять незаключенным соглашение о новации при его неутверждении в качестве мирового соглашения, непонятно. Естественно, стороны могут оформить новацию именно в такой форме, но объявлять ее единственно возможной некорректно.

Что касается совершения новации обязательства, являющегося предметом судебного разбирательства, требование обязательного утверждения новации в качестве мирового соглашения в практике высших судов не установлено. На этой стадии соблюдение данной процедуры не может являться обязательным способом оформить новацию. Рассмотрение иска о присуждении в суде не приводит согласно современному российскому праву к трансформации материального правоотношения. Поэтому стороны в ходе рассмотрения спора вполне могут достигнуть договоренности о прекращении обязательства (например, путем заключения соглашения о прощении долга, погашении долга передачей отступного или замене исходного обязательства на новое или банально расторгнув договор), и, даже если такое соглашение не утверждено судом как мировое соглашение, оно все равно прекратит обязательство. После этого одна из сторон может сослаться на данное обстоятельство, и если факт прекращения обязательства судом будет установлен, нет никаких оснований выносить решение о присуждении к исполнению обязательства, которое уже прекратилось.

1.6. Новое обязательство

С момента заключения сторонами соглашения о новации одновременно прекращается первоначальное обязательство сторон и возникает новое обязательство.

В то же время новирующий эффект соглашения может быть отсрочен или поставлен под отлагательное условие, и тогда до наступления соответствующего отлагательного условия или срока по общему правилу сохраняется и исходное обязательство, наличие временного разрыва не предполагается.

В силу п. 1 ст. 414 ГК РФ новое обязательство должно возникать между теми же сторонами. Данное предписание объясняется, видимо, желанием законодателя отграничить новацию от института перемены лиц в обязательстве (уступки требования и перевода долга), который исторически возник как разновидность новации (так называемая *novatio subjectiva* (субъективная новация)). При этом соответствующее положение ГК РФ не исключает возможности заключения новационного соглашения по модели договора в пользу третьего лица, согласно которому исходный долг должника перед кредитором заменяется на долг должника перед третьим лицом, а также заключения соглашения о новации исходного долга одновременно с соглашением об уступке или переводе долга с участием соответствующего третьего лица (цессионария или нового должника).

Новое обязательство может иметь иную правовую природу без изменения непосредственного предмета предоставления (например, новация денежного обязательства покупателя в денежное заемное обязательство), отличаться от первоначального иным предметом (например, новация обязательства по возврату денежного займа в обязательство по отчуждению ценных бумаг), размером (например, суммой долга), иными условиями (например, установлением обязанности платить проценты на сумму долга, который ранее был беспроцентным) или способом исполнения.

Новирующим предоставлением может быть и принятие на себя должником обременений и обязательств арендодателя, ссудодателя, наймодателя, лицензиара и т.п. Например, стороны могут новировать обязательство продавца недвижимости произвести отчуждение данного объекта в собственность покупателя в обязательство передать ту же вещь во временное владение и пользование.

Следует иметь в виду, что указанные отличия прежнего и нового обязательств не являются обязательным атрибутом новации (в этом качестве выступает *animus novandi*, о котором см. ниже), а равно ее квалифицирующими признаками. Вполне допустима и новация, при которой новое обязательство не меняет природу долга, а также идентично первоначальному долгу как по предмету, так и по размеру (см. определения СКГД от 30 марта 2021 г. № 44-КГ20-24-К7, № 44-КГ20-25-К7 и № 44-КГ20-26-К7).

В связи с этим указание в п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 на новый предмет и (или) основание обязательства как обязательный атрибут (маркер) новации не основано на законе и не может быть принято. Если стороны договора поставки заключают соглашение, по которому обязательство поставщика поставить определенное количество песка новируется в его же обязательство поставить то же количество песка на тех же условиях (т.е. не поменяются ни предмет, ни основание нового обязательства), произойдет новация.

1.7. Намерение обновить

Соглашение о новации должно обнаруживать волю обеих сторон к обновлению обязательства, т.е. их намерение за счет установления нового обязательства прекратить первоначальное обязательство (*animus novandi*). Указанное требование возникло исторически и объясняется серьезностью последствий новации для сторон («утрата» обеспечений — для кредитора, «утрата» возражений — для должника). Такие последствия не могут презюмироваться, а потому в большинстве правовых систем, которые в принципе признают новацию как самостоятельный институт, действует принцип «новация не предполагается». Если стороны намерены совершить новацию, то они должны это определенно выразить. Необходимо, чтобы из их волеизъявления со всей очевидностью следовало, что они имеют в виду именно прекращение старого обязательства и его замену на новое обязательство, а не изменение тех или иных параметров исходного обязательства. Этот подход воспринят и отечественной правоприменительной практикой (см. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103, п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Намерение совершить новацию должно либо прямо фиксироваться в соглашении сторон (см. Определение СКГД ВС РФ от 23 марта 2021 г. № 46-КГ20-31-К6), либо недвусмысленно вытекать из его содержания, например, путем указания на обязанность должника предоставить только новое исполнение и (или) право кредитора потребовать только такое исполнение (см. п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Это особенно актуально в случаях, когда предмет обязательства стороны не меняют (например, при новации денежного долга, вытекающего из договора купли-продажи, в заемный долг по ст. 818 ГК РФ).

При этом отсутствие необходимости для квалификации соглашения сторон как новации прямого указания на намерение обновить вовсе не отрицает потребность в какой-либо вербальной фиксации *animus novandi* вовсе, поскольку логически невозможно совершить новацию, не связав прежнее и новое обязательства, не противопоста-

вив их в контексте прекращения первого последним. Для этого могут использоваться, например, соответствующие слова («вместо», «замена обязательства» и т.п.) или более канцелярская методика («изложить такой-то пункт договора в такой-то редакции»; «слова такие-то исключить, дополнить договор такими-то словами» и т.п.). Однако следует иметь в виду, что указанные лексические конструкции характерны не только для новации, но и могут использоваться и для структурирования простого изменения условия обязательства. Поэтому ввиду принципа «новация не предполагается» использование соответствующей лексики является необходимым, но само по себе не достаточным для квалификации соглашения как новационного.

Если из соглашения следует, что стороны меняют предмет и (или) основание обязательства, согласно позиции ВС РФ также налицо намерение новировать (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Например, если покупатель должен был по договору внести предоплату, но через несколько дней после заключения договора стороны договорились заменить этот денежный долг на обязанность передать некую вещь, оказать услугу или выполнить работу, очевидно, что прежнего денежного долга с сопровождающим его правовым режимом уже больше нет и возникло новое обязательство передать вещь, оказать услугу или выполнить работу со свойственным таким обязательствам правовым режимом. В подобных случаях, согласно позиции ВС РФ, необязательно, чтобы в соглашении было прямо указано на новацию, намерение заменить одно обязательство другим выражено в данном случае иным образом. Если прежнее денежное обязательство уже не сохраняется и на его место приходит обязательство, скажем, по выполнению работ, то ничего иного, как предположить волю сторон совершить новацию, нельзя.

1.8. Новация и изменение обязательства

Новацию следует отличать от простого изменения отдельных условий исполнения обязательства (срока, места или иного модуса исполнения, качественных или количественных характеристик предоставления и т.п.), если такое изменение не сопровождалось очевидным намерением осуществить именно новацию. В перечисленных случаях обязательство не прекращается, а продолжает действовать в измененном виде. Соответственно, такое изменение не влечет правовых последствий новации, в том числе предусмотренных п. 2 ст. 414 ГК РФ.

При этом действует общий принцип «новация не предполагается» (см. выше), а потому в случае сомнения соглашение следует рассматривать как направленное на изменение, а не прекращение обязательства (см. п. 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ

от 25 декабря 2005 г. № 103). Соответственно, соглашение об изменении срока (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 1 марта 2011 г. № 13910/10), размера (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), срока или порядка исполнения существующего обязательства, о конвертации валютного долга в рублевый, о начислении регулятивных процентов на существующий денежный долг, по которому ранее проценты не начислялись, об увеличении его размера (в том числе за счет капитализации начисленных регулятивных процентов), если подобные договоренности не сопровождались очевидным намерением осуществить именно новацию, должны рассматриваться в качестве изменения обязательства и не влекут правовых последствий новации. То же касается и такого соглашения, которое меняет не только качественные параметры предоставления, но и иные его характеристики, как минимум если такие изменения не меняют предмет обязательства настолько радикально, что предоставление оказывается характерным для другого договорного типа. Если стороны меняют определенную в договоре комплектацию товара или вместо поставки одного типа зерна согласовывают поставку иного товара, ни о какой новации по умолчанию речь идти не может. Но если вместо поставки товара стороны согласовывают передачу недвижимости в аренду или обязательство не конкурировать, это само по себе свидетельствует о том, что намерение новировать обязательство выражено достаточно недвусмысленно.

Там, где нет новации, способы обеспечения, установленные для первоначального обязательства, в этом случае по общему правилу сохраняют свое действие с учетом особенностей, которые диктуются специальными нормами о таких способах обеспечения (например, п. 2 ст. 367 ГК РФ в отношении поручительства, применяемый в силу п. 1 ст. 335 ГК РФ к залогоу, предоставленному третьим лицом).

Может ли новация подразумеваться при наличии договоренности сторон о применении к связывавшему их денежному обязательству всех или части положений гл. 42 ГК РФ о займе и кредите (например, о начислении регулятивных процентов) либо при указании в соглашении на то, что их прежнее денежное обязательство теперь будет рассматриваться ими как «заемное»? С одной стороны, как минимум тогда, когда кардинально не меняется предмет предоставления и мыслимо восприятие соглашения как направленного на изменение прежнего обязательства, упоминание тех или иных элементов заемного правового режима вряд ли может рассматриваться как признак новации. Это само по себе не может восприниматься как однозначное свидетельство в пользу наличия намерения обновить обязательство. В таких случаях

необходима фиксация в договоре термина «новация» (см. Определение СКГД ВС РФ от 23 марта 2021 г. № 46-КГ20-31-К6), либо указание на прекращение прежнего обязательства и его замену на новое, либо иные признаки того, что стороны не просто меняют условия исполнения старого обязательства, «подключая» те или иные правила о займе, а именно прекращают его и устанавливают вместо него новое. С другой стороны, если стороны заключили соглашение, согласно которому денежное обязательство по оплате товара трансформируется в заемное или с момента заключения соглашения признается заемным, очевидно, что стороны имели в виду изменение основания долга. При этом в силу п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 изменение основания обязательства является признаком новации. Но сторонам стоит порекомендовать выражаться более четко и ясно.

В любых сомнительных случаях следует презюмировать, что стороны лишь меняют условия исполнения прежнего обязательства (п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6). Навязывание сторонам новационного эффекта их соглашения вступает в противоречие с принципом свободы договора, согласно которому только сами стороны могут решать, является ли соответствующее соглашение договором об изменении обязательства или имеет новационный характер, а также приводит к крайне серьезным последствиям в виде утраты обеспечений.

1.9. Новация и отступное

Новацию следует отличать от отступного. Новация прекращает обязательство в момент заключения соглашения, в то время как отступное прекращает обязательство в момент его фактического предоставления. Новация заменяет прежнее обязательство новым; отступное же имеет лишь правопрекращающий эффект (см. ст. 409 ГК РФ и комментарий к ней).

При наличии сомнений, была ли воля сторон направлена на заключение соглашения о новации или об отступном, соглашение сторон толкуется в пользу применения правил об отступном (см. Определение СКГД от 19 сентября 2017 г. № 117-КГ17-8, п. 4 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2019) (утв. Президиумом ВС РФ от 24 апреля 2019 г.), п. 22 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

1.10. Новация и дополнительное установление нового обязательства

Animus novandi должен рассматриваться также в качестве критерия отграничения новации от случаев установления нового обязательства между теми же сторонами без прекращения первоначального (см., например, п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103).

1.11. Новация и конфузия

Новацию следует отграничивать от конфузии — прекращения обязательств совпадением кредитора и должника в одном лице (см. ст. 413 ГК РФ и комментариев к ней).

1.12. «Трансформация договорного типа» как возможное последствие новации договорного обязательства

Новация есть способ прекращения обязательства и возникновения на его месте нового. Но если новирруется договорное обязательство, что происходит в результате такой новации со связывающим стороны договором?

Отвечая на этот вопрос, отечественная судебная арбитражная практика тяготеет к идее трансформации, согласно которой новация договорного обязательства может приводить к модификации договорного типа, если предмет или основание нового обязательства не соответствуют характерному, определяющему квалификацию договора, из которого вытекало исходное обязательство, предоставлению, а соответствуют предоставлению, характерному для иного договора. Впервые эта идея была высказана в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69, где указывалось, что с момента новации обязательства одной из сторон договора мены по передаче вещи в денежное обязательство, отношения между сторонами должны регулироваться нормами о договоре купли-продажи. Отражением идеи трансформации договорного типа являлись также разъяснения п. 3 Информационного письма от 25 декабря 2005 г. № 103, в котором Президиум ВАС РФ для целей определения существенных условий новационного соглашения предлагал обращаться к правилам об отдельных видах договоров части второй ГК РФ. Идея трансформации находит свое воплощение и в Постановлении от 11 июня 2020 г. № 6, где Пленум ВС РФ предлагает по вопросам определения круга существенных условий и форме новационного соглашения обращаться к нормам части второй ГК РФ о договоре, квалифицирующим признакам которого начинает соответствовать новая структура прав и обязанностей сторон (п. 27 и абзац третий п. 28).

Более того, в абзацах первом и втором п. 28 Пленум ВС РФ предлагает универсальное значение идеи трансформации: «Если в результате новации договорного обязательства соглашение сторон утратило признаки первоначального договора (например, если предметом нового обязательства стали уплата процентов и возврат суммы денежного долга вместо передачи товаров, которая являлась предметом первоначального обязательства), то с момента новации к отношениям сторон применяются правила о договоре, возникшем в результате новации,

или правила о непоименованных и смешанных договорах (пункт 3 статьи 420 ГК РФ)».

Далее Суд уточняет: «Если иное не указано в соглашении о новации, то к иным (не прекращающимся новацией) правам и обязанностям сторон, возникшим до новации, применяются правила о первоначальном договоре. Например, если обязательство, являвшееся встречным к новируемому, было исполнено ненадлежащим образом, то кредитор по такому обязательству сохраняет право на использование соответствующих этому обязательству мер защиты».

Несмотря на поддержку правоприменительной практики, сама идея трансформации договорного типа как результата новации договорного обязательства кажется небесспорной. В ситуации, когда одновременно новируются обязательства каждой из сторон договора, есть основания обсуждать модификацию договорного типа, произошедшего в результате такой новации (например, из аренды в куплю-продажу в случае продажи арендатору ранее арендуемого им имущества). В куда же более распространенной ситуации — при новации только одного из договорных обязательств — идея трансформации договорного типа, на наш взгляд, может входить в противоречие с ожиданиями сторон, с запланированной ими программой отношений, и не только не решает возникающие вопросы, но, напротив, ставит еще более серьезные.

Разберем пример, предлагавшийся еще в п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69. Между сторонами *X* и *Y* был заключен договор мены. Представим, что обязательство *X* исполнено, обещанный им товар 1 уже передан контрагенту *Y*. При этом, несмотря на состоявшуюся передачу товара, право собственности на него не перешло *Y*, поскольку в силу специального правила ст. 570 ГК РФ право собственности на обмениваемые товары переходит одновременно после исполнения обязательств передать товары обеими сторонами. Заключая договор мены и соглашаясь на применение к своим отношениям предписаний ст. 570 ГК РФ, стороны тем самым соглашаются, что право собственности на товар 1 должно будет перейти к *Y* одновременно с переходом права собственности на товар 2 к *X* в момент исполнения *Y* своего обязательства. Допустим теперь, что обязательство *Y* по передаче товара 2 новируется в денежное. Что произойдет с принадлежностью товара 1, ранее переданного от *X* к *Y*? Следуя идее трансформации, мы должны были бы заключить, что в результате новации договорного обязательства *Y* договор мены модифицировался в куплю-продажу. Но в отношении последней действует общее правило ст. 223 ГК РФ, и моментом перехода права собственности является

момент передачи вещи. Означает ли такая трансформация договорного типа, что соглашение о новации перенесло на Y право собственности в отношении переданного ей товара 1, причем с обратной силой (с момента непосредственной передачи)? Представляется, что ответ на поставленный вопрос должен быть отрицательным. Запланированная сторонами программа отношений предполагала переход права собственности одновременно после исполнения своих обязанностей обеими сторонами. И поскольку эта договоренность не была сторонами пересмотрена (а мы не можем видеть такого пересмотра в самом по себе соглашении о новации, поскольку этот вопрос данным соглашением не затрагивался вовсе), единственным справедливым решением будет признать, что в результате новации обязательства Y принадлежность товара 1 не изменилась и право собственности на этот товар перейдет к Y , как и было запланировано сторонами, в момент исполнения Y своего (теперь уже нового — денежного) обязательства.

Аналогично, на наш взгляд, должно определяться решение и в ситуации, когда новация в денежное одного из обязательств по заключенному сторонами договору мены происходит до исполнения встречного обязательства. И в этом случае запланированная программа отношений (согласие на применение предписаний ст. 570 ГК РФ) предполагает одновременный переход права собственности на планируемые к передаче товары в момент исполнения обязательства обеими сторонами. В отсутствие специального соглашения сторон об этом новация одного из договорных обязательств не должна денонсировать ранее согласованную программу, а потому и в этом случае следует признать, что момент перехода права собственности на товар 1 к Y будет определяться правилами ст. 570 ГК РФ, а не 223 ГК РФ.

Сходные вопросы будут возникать и в противоположных ситуациях — новации денежного обязательства Y по договору купли-продажи в обязательство Y передать X товар 2. И в этом случае окажется актуальной проблема принадлежности передаваемого от X к Y товара 1. Запланированная программа отношений сторон, предполагающая применение к моменту перехода права собственности ст. 223 ГК РФ (поскольку именно это правило действует в отношении купли-продажи), требует признать, что право собственности на товар 1 перейдет к Y с момента его передачи. И совершенная, например, после такой передачи новация встречного денежного обязательства Y в обязательство передать товар 2 не отменит состоявшегося перехода права собственности на товар 1.

Помогает ли доктрина трансформации и ее воплощение в разъяснениях высших судебных инстанций обосновать подобные (на наш

взгляд, единственно справедливые) решения? Нет, применение п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69 и п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 приведет нас к прямо противоположным выводам.

На наш взгляд, проблема доктрины трансформации кроется в начальной точке рассуждений. В ситуации, когда новирруется договорное обязательство и новое обязательство (в частности, его предмет) не соответствует парадигме связывающего стороны договорного типа, возникает закономерный вопрос: какими нормами должно регулироваться это новое обязательство? Например, при новации обязательства одной из обменивающихся сторон в денежное какие нормы должны применяться к последнему? Логично предположить, что это должны быть нормы, регулирующие оплату по договору купли-продажи. Поскольку стороны связаны возмездным синалагматическим договором, предполагающим передачу имущества в собственность, именно правила о купле-продаже будут ближайшим договорным типом, наиболее адекватным для их использования. Однако из этой констатации вовсе не вытекает с неизбежностью, что к новому обязательству применяются все правила гл. 30 ГК РФ об оплате товара, а уж тем более, что само такое применение приводит к «превращению» связывающего стороны договора мены в куплю-продажу. Совершив такое поспешное обобщение, судебная практика и породила неразрешимые проблемы, часть из которых мы проиллюстрировали выше.

Неудачность столь категоричных обобщений о трансформации договорного типа, видимо, признается и высшей судебной инстанцией. Не случайно в п. 28 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ дифференцирует возможные ситуации и в значительной степени редуцирует идею трансформации. В абзаце втором данного пункта указывается, что «если иное не указано в соглашении о новации, то к иным (не прекращающимся новацией) правам и обязанностям сторон, возникшим до новации, применяются правила о первоначальном договоре». Получается, что комплексная программа договорных правоотношений начинает регулироваться нормами о разных договорных типах. Например, если обязательство по оплате работ частями новировано в обязательство по возврату займа по определенному графику, то к обязательству по оплате будут применяться правила о займе, а к обязательству о выполнении работ будут продолжать применяться правила о подряде.

Эта редукция, на наш взгляд, является шагом в верном направлении. Но, к сожалению, она не способна устранить все дефекты идеи трансформации.

Возможно, вместо улучшения этой сомнительной идеи целесообразнее отказаться от нее как дефолтного решения вообще. В качестве правила по умолчанию лучше признать, что новация отдельного договорного обязательства не приводит к трансформации договорного типа, если из соглашения не усматривается воля сторон на изменение квалификации заключенного договора. Соответственно, к отношениям сторон по умолчанию применяются все правила об изначально связывающем их договоре. Например, если стороны договора купли-продажи новируют обязательство по передаче товара в обязательство по оказанию услуг, по умолчанию к договору подлежат к применению правила о купле-продаже.

Вместе с тем в случае, когда новое обязательство не соответствует паттерну связывающего сторон договорного типа, к такому новому обязательству, и только к нему, начинают после новации применяться предписания, регулирующие наиболее близкий новому обязательству договорный тип. Соответственно, в вышеуказанном примере отношения по оказанию услуг будут регулироваться правилами о возмездном оказании услуг. Однако такое применение не должно затрагивать иных отношений сторон, в частности, не прекращаемых новацией прав и обязанностей сторон, возникших до новации, к которым продолжают применяться исходные правила. Так, в примере с новацией в денежное одного из обязательств, возникших из договора мены, к новому денежному обязательству по оплате будут применяться правила о ближайшем договорном типе — о купле-продаже. Не затрагиваемые же новацией отношения (в частности, вопрос о моменте перехода права собственности на передаваемый стороной товар) будут по-прежнему подчиняться правилам о договоре мены. Или в ситуации с новацией обязательства по передаче товара из договора купли-продажи в обязательство по оказанию услуг встречное денежное обязательство, не затрагиваемое новацией, будет по-прежнему регламентироваться правилами гл. 30 ГК РФ о купле-продаже. В случае новации обязательства по оплате из договора купли-продажи в обязательство по выполнению работ к новому обязательству подлежат применению правила о договоре подряда (например, о передаче материалов, порядке приемки, о сокращенной давности по требованиям, связанным с ненадлежащим качеством результата работ, о санкциях на случай нарушения сроков и т.п.), а к обязательству по передаче товара, не затрагиваемому новацией, — по-прежнему правила о купле-продаже. Такой подход соответствует и разъяснениям Пленума ВС РФ, содержащимся в абзаце втором п. 28 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6. Однако, в отличие от позиции ВС РФ, в нашем понимании данное решение является исключением

из прямо противоположного дефолтного правила, не предполагающего трансформации договорного типа.

Еще более очевидные примеры: если задолженность по выплате начисленной арендной платы новирована в обязательство по поставке товара, это не меняет саму квалификацию остальной части программы договорных правоотношений на будущее, речь все еще идет об аренде, но к поставке товара вместо погашения начисленной задолженности могут применяться те или иные нормы ГК РФ о поставке.

Следует заметить, что одновременное применение к программе договорных правоотношений норм о разных договорных типах не является чем-то уникальным и известно нормам ГК РФ о смешанных договорах (ст. 421). В ситуации с новацией одного из обязательств в рамках сложной программы договорных правоотношений с учетом позиции ВС РФ и предлагаемой нами концепции происходит что-то подобное.

При этом, безусловно, следует иметь в виду, что такой комбинированный правовой режим может порождать иногда сложные вопросы, так как в правовом регулировании отдельных договорных типов права и обязанности сторон, предписанные законом, тесно переплетены и в идеале сбалансированы. То, что закон регулирует, например, порядок оплаты по договору подряда иначе, чем правовой режим погашения заемного долга или уплаты рентных платежей, предопределяется комплексной структурой договорных правоотношений. В этом плане при изменении характера встречного обязательства в ряде случаев применение норм, установленных в отношении исходного договорного типа, может приводить к явной несправедливости и противоречить существу новой программы договорных правоотношений. Поэтому применение норм об исходном договорном типе к обязательствам, не затронутым новацией, должно являться опровержимой презумпцией и может исключаться в силу существа отношений точно так же, как в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ ограничивается применение принципа комбинированного регулирования в контексте смешанного договора.

Наконец, в ситуации, когда стороны договора одновременно новируют обязательства каждой из них (например, договариваются о продаже арендатору ранее арендуемого им имущества) либо когда сохранение регулирования не затрагиваемого новацией обязательства невозможно, поскольку сущностно противоречит правилам, применимым к новому обязательству, ко всем отношениям сторон применяются предписания о новом договорном типе. В ряде случаев при новации отдельного договорного обязательства может предполагаться воля на новацию всей программы взаимных договорных правоотношений

(например, при новации обязательств арендодателя из договора аренды в обязательство по отчуждению вещи в собственность), но вряд ли это должно подразумеваться.

Впрочем, острота проблемы трансформации договорного типа может быть нивелирована. Очевидно, что соответствующие правила (и зафиксированные в п. 28 Постановления ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, и предлагаемые нами) применяются лишь в ситуации, когда стороны прямо не урегулируют данные вопросы своим соглашением. В связи с этим участникам оборота целесообразно использовать возможность такой регламентации, чтобы не столкнуться с решением, не отвечающим их правовым ожиданиям.

1.13. Допустимость новации

Возможность заключения соглашения о новации обусловлена принципом свободы договора. Исключением из этого правила являются установленные законом случаи недопустимости новации (например, п. 9 ст. 142, п. 31 ст. 189.96 Закона о банкротстве).

Запрет новации может вытекать также из существа отношений, на что прямо и указано в п. 1 ст. 414 ГК РФ. В частности, представляется логичным исключать новацию обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью (как минимум в форме предстоящих периодических выплат содержания в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца), а также алиментных обязательств по выплате содержания на будущее. В прежней редакции ст. 414 ГК РФ недопустимость новации подобных обязательств была прямо установлена, однако в ходе реформы, вступившей в силу 1 июня 2015 г., соответствующую норму из текста исключили. Вместо этого в п. 1 ст. 414 ГК РФ появилось указание на то, что запрет на новацию может вытекать из существа отношений. Как представляется, законодатель в рамках реформы имел цель не разрешить новацию таких требований, а заменить этот конкретный перечень ограничений гибким критерием «существо отношений». Соответствующие обязательства по возмещению вреда жизни и здоровью в форме предоставления периодического содержания, а также алиментные обязательства, будучи направлены на обеспечение особо значимых и имеющих значительную личную составляющую интересов граждан, не могут быть новированы таким образом, что это исключит на будущее выплату соответствующего содержания, заменив ее неким другим предоставлением. Исходя из целей законодательного регулирования соответствующих обязательств возможность их прекращения способом иным, нежели исполнение, в том числе посредством новации, исключается (как минимум если речь идет о будущих выплатах). Кроме того, принятие противоположной пози-

ции делает бессмысленным запрет зачета соответствующих требований (ст. 411 ГК РФ), создавая «легальный» способ обхода императивных норм законодательства (было бы достаточно новировать алиментное обязательство в заемное, а затем погасить последнее зачетом встречного однородного требования).

Соглашение о новации, совершенное в нарушение указанных выше запретов, является ничтожным (п. 75 Постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25) и не влечет правовых последствий.

Впрочем, следует признать, что ясной позиции ВС РФ по данному вопросу о допустимости новации таких требований пока нет.

1.14. «Автоматическая» новация при наступлении условия или срока

Можно ли договориться в самом контракте о том, что по истечении определенного срока или при наступлении условия изначальное обязательство будет автоматически новироваться? Например, что, если в договоре стороны согласовали, что по истечении каждой недели просрочки начисленные за этот период пени (проценты по ст. 395 ГК РФ) новируются в тело основного (или отдельного заемного) долга?

Такие условия иногда включаются в договор с тем, чтобы при банкротстве должника кредитор не столкнулся с субординацией требований о взыскании неустойки (об этом см. подробнее п. 2.4 комментария к настоящей статье). Кроме того, подобные условия могут использоваться с целью исключения применения правил ст. 333, 401 и 404 ГК РФ, а также ради того, чтобы обойти правила о запрете сложных процентов для непредпринимателей (п. 5 ст. 395 ГК РФ).

Вопрос оценки допустимости таких условий является крайне сложным. Сама по себе новация под условием или с назначением срока выглядят вполне допустимой. Но нельзя ли признать, что подобные условия договора об автоматической новации неустоек в тело основного долга направлены на обход императивных правил?

Мыслимы два возможных подхода.

Во-первых, в приведенных условиях можно не видеть ничего предосудительного, по крайней мере для случаев их включения в договор между равноправными субъектами, обладающими равными переговорными возможностями. То обстоятельство, что с помощью подобных условий возможен «обход» предписаний ст. 333, ст. 401 ГК РФ и (или) ст. 404, п. 5 ст. 395 ГК РФ, можно не признавать достаточным для признания подобных условий неприемлемыми. Впрочем, даже при таком «либеральном» подходе, безусловно, недопустимо включение условий об «автоматической» новации неустойки, процентов по ст. 395 ГК РФ или убытков, подлежащих уплате слабой стороной (например, потребителем в договоре с коммерсантом).

Во-вторых, возможно и более «консервативное» решение поставленного вопроса. В той степени, в которой обходимые правила являются императивными (например, ст. 333 ГК РФ), условия договора об автоматической новации следует признать направленными на обход закона (п. 1 ст. 10 ГК РФ), а следовательно, либо срабатывание заранее согласованной новации блокируется, либо новация происходит, но те нормы, которые обходились, все равно применяются (например, новый заемный долг может быть снижен, как если бы речь шла об исходной неустойке). При таком подходе условие об «автоматической» новации неустойки / убытков либо недопустимо, либо не позволяет исключить применение соответствующих императивных правил, которые стороны пытались обойти, во всех случаях, независимо от субъектного состава.

Вопрос о том, каким должен быть подход к указанным соглашениям, требует дополнительного исследования, а судебная практика по нему пока не сложилась. Можно предположить, что в тех исключительных случаях, когда в силу ст. 333 ГК РФ возможно снижение неустойки, автоматическая новация не должна исключать применение ст. 333 ГК РФ. То же касается и иных императивных правил, которые нельзя исключить соглашением сторон. Иначе говоря, второй из указанных выше вариантов представляется более логичным.

2. Последствия новации в отношении акцессорных обязательств

Поскольку новация прекращает первоначальное обязательство, в силу комментируемого пункта одновременно прекращаются и все дополнительные обязательства.

Прежде всего речь в норме идет об акцессорных обеспечениях. Среди таких обеспечений следует выделить поручительство. Залог также для целей толкования данной нормы следует относить к дополнительным обязательствам, пусть природа права залога и вызывает дискуссии, и доминирует представление о том, что залог представляет собой ограниченное вещное право.

Право удержания также должно прекращаться при новации долга, в обеспечение которого кредитор произвел удержание. Удерживаемая вещь с момента новации не может больше удерживаться в обеспечение исходного долга, так как тот прекратился. В то же время если у кредитора имеется право произвести удержание в отношении нового долга согласно условиям, указанным в ст. 359 ГК РФ, возможно повторное осуществление кредитором право удержать ту же вещь, только уже в обеспечение нового долга должника.

При новации долга, обеспеченного посредством внесения обеспечительного платежа, исходный долг прекращается, и соответственно

кредитор обязан досрочно вернуть полученный обеспечительный платеж согласно правилу п. 2 ст. 381.1 ГК РФ.

Независимая гарантия предоставляет кредитору обеспечительные права, не носящие акцессорный характер. Поэтому новация основного долга сама по себе не прекращает требование по гарантии.

В прекращении акцессорных обеспечений проявляется принципиальное отличие новации от изменения исходного обязательства. В случае если должник и кредитор не новируют изначальный долг, а лишь меняют параметры изначального обязательства, то поручительство и залог автоматически не прекращаются: в силу п. 2 ст. 367 ГК РФ «в случае, если обеспеченное поручительством обязательство было изменено без согласия поручителя, что повлекло за собой увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, поручитель отвечает на прежних условиях». Тот же подход в силу п. 1 ст. 335 ГК РФ применяется и к залогоу, предоставленному третьим лицом.

При этом данное правило носит диспозитивный характер. Стороны своим соглашением могут сохранить прежние дополнительные обязательства. Но эта диспозитивная оговорка требует телеологической редукции. Право сторон предусмотреть сохранение в силе дополнительных обеспечительных прав касается только тех, которые существовали между ними (прежде всего залог, предоставленный самим должником, обеспечительный платеж и т.п.). Соответственно, противоречит закону и является ничтожным в силу противоречия норме п. 3 ст. 308 ГК РФ условие соглашения о новации, которым предусмотрено сохранение залога, предоставленного третьим лицом (см. п. 6 Информационного письма ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103). Равным образом ничтожны положения новационного соглашения, предусматривающие сохранение поручительства, обеспечивавшего исполнение новиремого обязательства.

Акцессорные обеспечения, выданные третьими лицами, сохраняются в отношении возникшего в результате новации обязательства только в том случае, если поручитель или залогодатель прямо выразили согласие на их сохранение, в том числе заранее, до заключения соглашения о новации (п. 26 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

2.1. Судьба начисленных за период до новации процентов и неустойки

С момента заключения соглашения о новации в силу п. 2 ст. 414 ГК РФ прекращаются на будущее не только обеспечительные права, но и начисление неустойки (охранительных процентов) за неисполнение первоначального обязательства, а также регулятивных процентов

за пользование денежными средствами, если иное не оговорено в соглашении. Но как быть с теми дополнительными требованиями, которые возникли в период до прекращения изначального обязательства?

Обязательства по уплате неустойки (охранительных процентов, возникших в связи с ранее имевшей место просрочкой убытков) являются пусть и дополнительными, но отдельными обязательствами и не выступают в качестве составной части новизируемого обязательства (это прямо признается в п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103). То же касается и начисленных регулятивных процентов за использование денег в период до новации. Соответственно, прекращение основного обязательства, казалось бы, не должно препятствовать взысканию с должника данных процентов и санкций, начисленных за предшествовавший заключению новационного соглашения период.

Однако судебная практика придерживается прямо противоположного подхода, согласно которому с момента заключения соглашения о новации обязанность уплатить неустойку (охранительные проценты, убытки), начисленные ранее в связи с просрочкой исполнения должником первоначального обязательства, прекращается; иное может быть предусмотрено соглашением сторон (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 2005 г. № 103, п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Эта позиция представляется крайне спорной. Но до тех пор, пока она не изменена, для того чтобы не потерять право на взыскание процентов, неустойки или убытков, начисленных за период до момента заключения соглашения о новации, необходимо прямо оговорить сохранение таких дополнительных требований в соглашении о новации.

2.2. Последствия новации в отношении возражений должника

Заключение соглашения о новации по логике конструкции должно по общему правилу прекращать связанные с первоначальным обязательством возражения должника. Если после новации появляется новое обязательство, возражения, увязанные с природой исходного долга, не сохраняются и не могут быть противопоставлены новому требованию кредитора.

Сказанное, однако, не касается возражений, которые основаны на несуществовании исходного долга, так как если исходный долг отсутствовал (например, опирался на ничтожный договор), то ничтожной будет и новация, ибо последняя не носит абстрактный характер, а действительна только при условии действительности исходного обязательства (подробнее см. п. 1.1 и 1.2 комментария к настоящей статье). Например, если произошла новация долга по оплате переданного това-

ра, покупатель (ставший должником по новому долгу) не теряет право впоследствии заявить о ничтожности исходного договора (например, в связи с нарушением прямого запрета на продажу данного товара), вследствие этого о несуществовании исходного договорного долга, отсутствии условий для новации и невозникновении в связи с этим нового обязательства. Подобные возражения продолжают существовать и после совершения новации.

Не препятствует новация и оспариванию должником договора, из которого вытекало исходное обязательство, если только само заключение соглашения о новации не может быть квалифицировано как одобрение оспоримой сделки на основании абзаца четвертого п. 2 ст. 166 ГК РФ. Признание такого договора недействительным ретроактивно отменит исходный долг, а следовательно отпадет и необходимая предпосылка для совершения новации.

Вместе с тем, даже оставив в стороне возражения об отсутствии исходного долга, применение общего правила о прекращении возражений к новации вызывает определенные трудности.

Так, не подлежит сомнению распространение указанного выше общего правила на возражения должника об отсрочке. Срок исполнения нового обязательства определяется соглашением сторон о новации и не привязан к сроку исполнения первоначального обязательства, поэтому должник не может ссылаться на отсрочку исполнения, предоставленную ему по первоначальному обязательству.

Столь же очевидно и распространение данной идеи в отношении возражения должника об истечении давности. В случае новации заданного требования (о допустимости такового см. п. 1.1 комментария к настоящей статье) должник лишается возможности ссылаться на давность. Давностный срок по новому обязательству исчисляется по правилам ст. 196, п. 2 ст. 200 ГК РФ автономно и не связан с исковой давностью по первоначальному обязательству (п. 29 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Сложнее с возражением о встречном неисполнении. Представим себе, что между сторонами заключен договор купли-продажи. Впоследствии денежный долг покупателя из этого договора с соблюдением всех предусмотренных правил был новирован в заемное обязательство. Может ли должник противопоставить требованию о погашении займа свое возражение о неисполнении продавцом встречного обязательства по передаче товара и на этом основании приостановить по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ уплату долга по новому (заемному) обязательству или отказаться от такой уплаты? Или может ли в подобном случае должник, обнаруживший существенные недостатки в ранее переданном

продавцом товаре, отказаться от уплаты заемного долга по правилам п. 2 ст. 475 ГК РФ? Ведь до того как новация состоялась, должник имел указанные выше возражения и мог воспользоваться ими против кредитора-продавца.

Строгое следование правилу, согласно которому прекращение обязательства влечет прекращение всех характерных для правового режима исходного обязательства возражений, вынуждает дать отрицательный ответ на оба поставленных выше вопроса: данные возражения утрачиваются. Однако насколько справедливым является такой ответ? Ведь его принятие не только делает должника беззащитным. Оно, по сути, разрывает синаллагматическую связь между обязательствами сторон, наделяя заемный долг, возникший из новационного соглашения, свойствами абстрактности. Этот долг становится независим от встречного обязательства кредитора-продавца (его неисполнения или ненадлежащего осуществления) и должен быть погашен вне зависимости от встречного исполнения. Тем самым нарушается исходное намерение сторон совершить эквивалентный обмен экономических благ. Кроме того, под сомнение ставится и возвратность как признак заемного обязательства, поскольку должник оказывается обязан к осуществлению предоставления, не получив ничего взамен ранее и не имея права претендовать на получение в будущем.

Данный вопрос требует отдельного серьезного анализа. Но в первом приближении мы, вопреки общему правилу, склоняемся к допущению для должника возможности использования возражения из неисполнения кредитором своего встречного обязательства. Дополнительным аргументом в пользу такого подхода является то, что новация долга, возникшего из договора, в заемный не влечет трансформации ранее заключенного сторонами договора в договор займа. Соответственно, синаллагматическая связь обязательств сторон не должна утрачиваться и при такой новации. Эта идея воспринята и судебной практикой. В п. 23 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ прямо указывает: «В случае новации договорного обязательства должник по такому обязательству не лишается прав на возражения и иные способы защиты, предусмотренные статьей 328 ГК РФ, например на приостановление своего исполнения (пункт 2 статьи 328 ГК РФ)». Данное разъяснение, очевидно, основано на сохранении при новации ранее существовавшей синаллагматической связи. Соответственно, базирующиеся на такой связи механизмы защиты сторон (в виде права приостановить свое встречное исполнение или отказаться от договора) должны оставаться доступны потерпевшей стороне, чей встречный долг был новирован.

То же касается и ряда иных возражений, отсечение которых может привести к грубому разрыву исходной синаллагматической связи и явной несправедливости. Например, если долг покупателя по оплате поставленного товара был новирован в заемный, но позднее в товаре были выявлены скрытые дефекты, дающие покупателю в силу ст. 475 ГК РФ право на соразмерное уменьшение цены (с прекращением части своего долга по оплате), вряд ли совершенная сторонами новация может исключить доступ покупателя к этому праву: видимо, в такой ситуации покупатель может заявить о соразмерном уменьшении своего заемного долга.

2.3. Последствия новации долга, вытекающего из применения мер ответственности

Также очень остро встает вопрос о возможности для должника ссылаться на ст. 333, 401, 404 ГК РФ в тех случаях, когда изначально обязательство носило природу мер ответственности, а затем оно было новировано, например, в заемный долг.

Допустим, в договоре была согласована неустойка, договор был нарушен, неустойка начислена, после чего долг по уплате неустойки был новирован в заемный. Кредитор обращается за взысканием этого заемного долга, но должник апеллирует к явной несоразмерности изначально начисленной неустойки. Многое здесь должно зависеть от того, как мы понимаем механизм применения ст. 333 ГК РФ. Если считать, что долг по уплате неустойки возникает в согласованном в договоре или указанном в законе размере, но затем суд при применении ст. 333 ГК РФ использует свою власть и прекращает этот долг в части на будущее своим преобразовательным решением, то получается, что на момент новации, до разрешения судом вопросов применения ст. 333 ГК РФ, соответствующее изначально обязательство существовало в полном объеме. Соответственно, при таком подходе нельзя говорить, что долг по уплате неустойки частично отсутствовал, и в любом случае нет оснований сомневаться в размере нового обязательства. Если должник подписал соглашение о новации, согласился заменить старое обязательство новым и при этом указал размер старого обязательства, следует исходить из того, что он признал размер неустойки. В такой ситуации апелляция к ст. 333 ГК РФ должна блокироваться. К таким же выводам можно прийти, если рассматривать возможную апелляцию должника к ст. 333 ГК РФ как возражение. В этом случае, ввиду общего правила (см. выше п. 2.2 комментария к настоящей статье), прекращение обязательства новацией по общему правилу прекращает все связанные с требованием возражения должника. Кроме того, заключая соглашение о новации, должник тем

самым, очевидно, подтверждает существование и размер новиреуемого обязательства. Последующее «оспаривание» им новации по причине несоразмерности новированного неустоечного обязательства является противоречивым, т.е. недобросовестным, поведением и не должно поощряться правом порядком.

Аналогичным образом должна оцениваться ситуация, когда соглашение о новации не упоминает размер начисленной неустойки: в нем просто указывается, что неустойка новиреуется в заемный долг. В подобном случае должник также знает (должен знать) размер новиреуемой неустойки и выражает согласие с ним, даже если этот размер не выражен конкретной цифрой. В любом случае именно таким образом воспринимает поведение должника добросовестный кредитор. Поэтому и в подобной ситуации заключение соглашения о новации неустоечного обязательства должно блокировать последующее «оспаривание» должником суммы неустойки на основании ст. 333 ГК РФ.

Впрочем, если исходить из того, что применение ст. 333 ГК РФ означает, что суд не своим решением преобразует обязательственное правоотношение, а констатирует, что размер неустойки, причитающейся кредитору, изначально возникает не в согласованном или установленном в законе размере, а в том размере, который судья впоследствии признает соразмерным, ситуация начинает выглядеть так, что на момент новации размер новиреуемого обязательства был меньше, т.е. часть того требования, которое стороны новировали, просто не существовала. То же и в случае, если рассматривать применение ст. 333 ГК РФ в качестве преобразовательного решения, действующего ретроактивно. Не приведет ли это к частичной ничтожности нового долга?

Вопрос спорный, так как против такого подхода может быть выдвинут ряд возражений (например, то, что снижение неустойки, обещанной коммерсантом, происходит только по заявлению должника, или то, что добровольно уплаченная неустойка возвращена быть не может, несмотря на свою несоразмерность). Как бы то ни было, кажется, что, даже если смотреть на механизм снижения неустойки по правилам ст. 333 ГК РФ как на признание ничтожной части обязательства по уплате неустойки или как ее ретроактивное аннулирование, есть основания блокировать возможность применения ст. 333 ГК РФ в ситуации, когда должник уже после начисления неустойки в добровольном соглашении признает ее величину соразмерной. Если так, то логично исходить из того, что, подписывая соглашение о новации и не делая никаких оговорок или тем более прямо признавая сумму начисленной

неустойки, должник теряет право впоследствии апеллировать к правилам ст. 333 ГК РФ.

Непростым также является и вопрос о возможности должника после совершения новации требования об убытках / неустойке сослаться на вину кредитора в нарушении договора или непринятие разумных мер по минимизации убытков и на основании предписаний ст. 404 ГК РФ «оспаривать» существование / размер новированного обязательства. Сложности здесь добавляет то обстоятельство, что, в отличие от явной несоразмерности неустойки, которая очевидна (должна быть очевидна) для должника в момент заключения соглашения о ее новации, наличие вины кредитора в нарушении договора или непринятие мер по митигации убытков могут быть неизвестны должнику в момент принятия решения о новации требования об убытках / неустойке. В подобной ситуации в ряде случаев возможно оспаривание соглашения о новации по правилам ст. 178 и п. 2 ст. 179 ГК РФ о заблуждении или обмане.

В ситуации же, когда соглашение о новации требования об убытках / неустойке заключается должником, которому известны (должны быть известны) вина кредитора в возникновении / увеличении новированного требования или непринятие контрагентом мер к митигации убытков, последующее оспаривание должником совершенной новации по мотивам ст. 404 ГК РФ является, на наш взгляд, противоречивым поведением и должно блокироваться. Впрочем, данный вопрос требует более детального анализа, а судебной практики по нему до настоящего времени не сложилось.

Похожим образом должен решаться вопрос о возможности последующего оспаривания должником совершенной новации требования об убытках / неустойке на основании правил ст. 401 ГК РФ ввиду наличия оснований освобождения от ответственности. На первый взгляд кажется, что состоявшаяся новация не должна препятствовать подобному «оспариванию», и если отсутствие оснований ответственности установлено, ввиду несуществования первоначального охранительного обязательства, новация будет ничтожной (подробнее см. п. 1.2 комментария к настоящей статье). Ведь в случае с применением ст. 401 ГК РФ напрашивается вывод о том, что при наличии оснований освобождения от ответственности долг по уплате неустойки или убытков просто не возникает, а раз его нет, то и нечего новировать. Однако должен ли правопорядок мириться с тем, что, зная об отсутствии своего охранительного обязательства (об отсутствии собственной вины или наличии обстоятельств непреодолимой силы должник, очевидно, знает), должник тем не менее умалчивает об этом и заключает соглашение о его

новации, а затем пытается признать соглашение о новации ничтожным на основании отсутствия оснований для существования изначального обязательства по возмещению убытков (уплате неустойки)?

Есть основания думать, что такое поведение должника должно пресекаться. Заключая соглашение о новации, должник отказывается от своего права на возражение об освобождении от ответственности или договаривается, что несет ответственность за уже состоявшееся нарушение независимо от наличия оснований освобождения от нее, что вполне возможно. Вместе с тем мы не настаиваем на истинности этих выводов. Возможно, судебная практика, которая по данному вопросу пока не сложилась, воспримет иной подход.

2.4. Новация субординируемых при банкротстве требований

Не вполне проясненным является вопрос о том, должны ли признаваться банкротные последствия новации в ситуации, когда исходное требование в силу законодательства о банкротстве субординируется или права по ним так или иначе ограничиваются в рамках дела о банкротстве, но стороны, допуская возможное в будущем банкротство должника или действуя в иных целях, заключают соглашение о новации, трансформируя субординируемое в силу своей природы требование, например, в заемное, которое попадает в рамки третьей очереди и предоставляет кредитору больший объем прав при банкротстве должника. Так, например, как известно, согласно Закону о банкротстве, на основании требований об уплате неустойки нельзя возбуждать дело о банкротстве (п. 2 ст. 4), эти требования не дают кредитору голоса на собрании кредитора (п. 3 ст. 12), а в рамках конкурсного производства данные требования удовлетворяются после погашения необеспеченных требований кредиторов, т.е. субординируются (п. 3 ст. 137). То же касается и требований о возмещении упущенной выгоды. Может ли кредитор, ссылаясь на соглашение о новации, настаивать на том, что его требование теперь носит заемный характер и не дискриминируется по отношению к иным необеспеченным денежным требованиям?

Пока судебная практика ясного ответа на данный вопрос не дает. Но имеются сомнения в том, что за счет такого соглашения можно ухудшить положение иных кредиторов должника. Закон защищает эти интересы, решая обычные требования кредиторов поставить выше требований о выплате неустоек или упущенной выгоды. Данное решение законодателя представляется не вполне обоснованным, но *de lege lata* вряд ли должник и кредитор своей волей могут обесмыслить это решение законодателя, превратив неустойку или упущенную выгоду в заемный долг, поднять тем самым его в очередности конкурсного

удовлетворения. Возможным вариантом противодействия подобным новационным соглашениям могло бы стать признание их недействительными по банкротным основаниям как сделок в ущерб кредиторам. Однако следование данному варианту, на наш взгляд, приведет к избыточному разрушительному эффекту, поскольку ретроспективно «обнулит» все договоренности сторон, включая проценты. Кроме того, при таком подходе если соглашение о новации заключено за пределами периода подозрительности, оспорить такое соглашение будет невозможно.

Возможно, для защиты интересов иных кредиторов не нужно признавать недействительными новацию и ее обычные чисто обязательственные последствия (тем более что новация неустойки в заемный долг прямо была признана ВАС РФ в п. 5 Информационного письма от 25 декабря 2005 г. № 103). Более удачным и соразмерным выглядит вариант игнорирования банкротных последствий совершенной новации. Кредитор и должник не могут по общему правилу, если иное не оговорено в законе, своим соглашением регулировать последствия банкротства, если это так или иначе ухудшает положение иных кредиторов (п. 3 ст. 308 ГК РФ). Поэтому достаточно просто определять банкротные аспекты правового режима нового требования по банкротному режиму исходного требования, дабы не допускался обход закона. Сама по себе идея игнорирования новации для целей банкротства уже давно используется правоприменительной практикой (см., например, п. 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 63). Думается, есть основания расширить «сферу применения» этой идеи и в рассматриваемой ситуации, применяя правила об обходе закона, в рамках банкротства квалифицировать новое (заемное) требование для целей определения прав конкурсного кредитора, исходя из его «предновационного» режима (как неустойку или упущенную выгоду). Это касается как обычной новации, так и новации «автоматической» (см. п. 1.14 комментария к настоящей статье). Впрочем, все эти выводы сугубо предварительны, вопрос требует специального исследования, а ясной практики на сей счет пока нет.

Дополнительная литература

Аминов Е.Р. Новация в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011.

Бациев В.В. Практический комментарий отдельных положений гл. 26 Гражданского кодекса РФ о прекращении обязательств // Арбитражные споры. 2007. № 8. С. 113–138.

Бациев В.В., Щербаков Н.Б. Комментарий правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам, связанным с применением норм Гражданского кодекса РФ о прекращении обязательств // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 2. С. 95–108.

Егорова М.А. Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М., 2014. С. 220–294.

Крашенинников Е.А. Новация и изменение обязательства // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 13. Ярославль, 2006. С. 66–70.

Павлов А.А. Условия и последствия новации // Вестник ВАС РФ. 2006. № 8. С. 4–18.

Сарбаи С.В. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств» // Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 3 (приложение).

Шефас П.А. Новация и изменение обязательства // Вестник гражданского права. 2019. Т. 19. № 2. С. 61–112.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1781–1804.

Статья 415. Прощение долга

1. Обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора.

2. Обязательство считается прекращенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга, если должник в разумный срок не направит кредитору возражений против прощения долга.

Комментарий

1. Понятие прощения долга

При желании кредитора бесповоротно прекратить свое требование (отказаться от него) он должен воспользоваться специальным институтом прощения долга. Комментируемая статья этот институт регулирует. В случаях, когда, например, кредитор заявляет должнику об отказе от своего права потребовать уплаты всего или части основного долга, начисленной неустойки или возмещения убытков, налицо волеизъявление на прощение долга: соответствующее требование считается

прекращенным, если должник после получения соответствующего уведомления в разумный срок не заявит свое возражение. Иначе говоря, согласие должника с прощением долга подразумевается, и при несогласии ему следует выразить свое возражение против прощения долга. Это означает, что вопреки воли должника простить его долг невозможно.

1.1. Прощение долга как распорядительная сделка и правовое основание прощения

Прощение долга представляет собой распорядительное волеизъявление сторон обязательства, которое направлено на непосредственное прекращение долга. Такое распоряжение осуществляется в рамках реализации соответствующего прямо выраженного или подразумеваемого соглашения, определяющего основание (каузу) такого распоряжения. Прощение долга не может рассматриваться как разновидность обязательственного договора дарения или иного договора.

При этом договор-основание может содержать в себе непосредственное распорядительное волеизъявление на прощение долга (что происходит в большинстве случаев), прекращающее долг в момент заключения договора либо автоматически в будущем при наступлении условия или срока, но может содержать указание на обязательство совершить отдельную распорядительную сделку прощения долга в будущем (что встречается крайне редко).

Каким же может быть договор, определяющий основание для прощения долга?

Как правило, это договор, который заключается между кредитором и должником.

Чаще всего прощение долга осуществляется на основании договора дарения. Для этого, согласно российской судебной практике, следует установить намерение одарить (*animus donandi*), т.е. альтруистическую мотивацию кредитора освободить должника от долга из соображений любви, дружбы, милосердия, благотворительности и т.п. (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104, п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, Определение СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 305-ЭС16-12298).

Основанием для прощения долга может выступать и возмездная сделка. Это происходит, если кредитор прощает долг в обмен на какие-то уступки или преференции со стороны должника (т.е. встречное предоставление, которое выгодно кредитору и осуществляется за счет должника). В таком случае следует говорить о непоименованном возмездном договоре. Например, представим, что кредитор списывает

должнику часть долга, а в обмен по условиям соглашения должник идет кредитору навстречу и соглашается продлить действие некоего договора, предоставить отсрочку по встречному обязательству кредитора, изменить условия исполнения обязательства в интересах кредитора и т.п.: здесь налицо взаимные предоставления, пусть и специфического рода, и можно говорить о непоименованном возмездном, обменном контракте. Поскольку прощение долга происходит в рамках своеобразного экономического обмена встречными предоставлениями, договор следует считать возмездным (п. 1 ст. 423 ГК РФ).

Впрочем, если прощение долга будет осуществляться в обмен на передачу некоего имущества (например, кредитор прощает должнику долг в обмен на передачу права собственности на автомобиль), данная конструкция перестает принципиально отличаться от соглашения об отступном. Если же в обмен на прощение одного созревшего денежного долга контрагент списывает встречный созревший денежный долг на ту же сумму (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 19 декабря 2006 г. № 11659/06), то подобное соглашение сводится с трудом может быть отличено от так называемого договорного зачета. Причем взаимно прощаемые по соглашению долги могут быть неравнозначны по сумме, неоднородны или носить несозревший характер: здесь мы имеем непоименованный способ прекращения взаимных обязательств по возмездному соглашению сторон.

Но не всегда прощение долга в корыстных интересах означает экономический обмен. Нередко выгода, которую преследует кредитор, не является следствием некоего имущественного предоставления со стороны и за счет должника. Например, если кредитор прощает должнику начисленную неустойку при условии, что должник в досудебном порядке погасит весь беспорный основной долг, дарения нет, так как кредитор преследует свой эгоистический интерес избежать долгих судебных тяжб, но нет и обмена встречными предоставлениями, так как должник, погашая долг, исполняет свое ранее существовавшее и беспорное обязательство (Определение СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 305-ЭС16-12298). Согласие должника исполнить то, что он ранее был обязан осуществить на основании обязательства, не может рассматриваться как встречное предоставление, обмениваемое на прощение другой части долга или иного связанного долга.

Другая такая ситуация имеет место, когда кредитор прощает должнику долг не из добросердечия, а для того, чтобы не формировать те или иные резервы или получить те или иные налоговые выгоды. То, что кредитор получает в результате прощения долга тот или иной публич-

но-правовой выигрыш, не делает такое прощение возмездным предоставлением, так как этот выигрыш не является следствием встречного предоставления должника, происходит не за счет последнего.

То же и в случае прощения материнской компании долга дочернего общества с целью повысить размер чистых активов дочернего общества. Материнская компания, списывая долг, получает компенсирующий утрату права непосредственный выигрыш в виде роста стоимости акций или доли дочернего общества, но опять же не за счет встречного предоставления последнего.

В описанных ситуациях кредитор получает некую выгоду от прощения долга, эта выгода образуется не за счет встречного предоставления должника, но тем не менее носит непосредственный имущественный характер. Здесь мотив кредитора не альтруистический (нет *animus donandi*), а сугубо эгоистический и направлен на получение непосредственной имущественной выгоды, хотя и отсутствует признак экономического обмена. По сути, здесь налицо особый непоименованный безвозмездный договор, не квалифицируемый как дарение, как минимум если мы квалифицирующим признаком дарения продолжаем считать отсутствие цели получить ту или иную непосредственную выгоду в результате своего безвозмездного предоставления и не приравниваем каузу дарения к формальной безвозмездности (в смысле отсутствия встречного предоставления со стороны должника).

Иначе говоря, прощение долга как распорядительная сделка может осуществляться на основании:

- дарения (когда освобождение от долга предопределено благотворительным или иным подобным альтруистическим мотивом);
- непоименованного соглашения обменного, возмездного типа (когда мотив освобождения должника от долга не альтруистический, а состоит в том, чтобы получить от должника или за счет него некое встречное предоставление);
- непоименованного безвозмездного договора (когда мотив освобождения от долга не альтруистический, и кредитор извлекает некую непосредственную выгоду, но последняя не является результатом неких встречных уступок, осуществляемых должником в ущерб себе).

Наконец, не исключено и такое основание прощения долга, как договор, заключенный между одной стороной, обладающей обязательственным требованием к некоему должнику, и контрагентом и обязывающий первую простить долг не участвующего в договоре должника (в контексте данного договора – третьего лица). Речь идет об особой вариации договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ). Если в рамках классической модели договора в пользу третьего лица

такой договор вручает третьему лицу обязательственное требование, здесь же «польза» третьего лица состоит в прощении его долга. Каузой такого прощения долга может быть получение кредитором некоего встречного предоставления не от должника, а от непосредственного контрагента по договору в пользу третьего лица. На основании такого договора кредитор направляет должнику волеизъявление на прощение долга, и если должник не возразит, долг будет прощен, и тем самым кредитор осуществит свое договорное предоставление и возникнут основания для получения им встречного предоставления от непосредственного контрагента.

1.1.1. Последствия определения каузы прощения долга

Когда речь идет о прощении долга (особенно в формате реализации соглашения о дарении или непоименованного безвозмездного освобождения долга), нередко фиксация в письменном виде самой каузы отсутствует, и на бумаге отражается лишь распорядительная сделка прощения долга. Тем не менее сам факт совершения распорядительной сделки прощения долга и согласия должника, которое в силу прямого указания в законе считается данным в случае молчания (подробнее см. комментарий к п. 2 настоящей статьи), свидетельствует о наличии некоего подразумеваемого соглашения, являющегося основанием для такой распорядительной сделки прощения долга. Если стороны сами не определили каузу прощения долга, задача суда — реконструировать подразумеваемую сторонами правовую конструкцию договора, на основании которого происходит прощение долга (определить каузу прощения долга). Это может иметь важное практическое значение, так как основание прощения предопределяет применимые к отношениям сторон правила и последствия прощения долга.

Например, в случае если такой договор будет определен как дарение, это повлечет за собой серьезные правовые последствия в виде применения правил ГК РФ о дарении. Данные правила, в частности, содержат ряд запретов дарения (ст. 575 ГК РФ). Например, если прощение долга имеет целью одарить должника и, соответственно, квалифицируется в качестве реализации договора дарения, к таким отношениям подлежит применению крайне спорный, но закрепленный в ст. 575 ГК РФ запрет на дарение между коммерческими организациями (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104, п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Представляется, что при возникновении подобных споров о каузе прощения долга, прямо не выраженной в условиях сделки, доказывать то, что прощение долга не является реализацией договора дарения,

не имеет цель одарить должника и кредитор получает некоторую выгоду от прощения долга, должен именно должник. По умолчанию должна подразумеваться дарственная кауза, а правила ст. 423 ГК РФ о презумпции возмездности, видимо, здесь применяться не должны с учетом специфики такого предоставления, как прощение долга. Иное толкование приводило бы к абсурду, ибо типичным подразумеваемым встречным предоставлением является уплата цены (ст. 424 ГК РФ), и тогда прощение денежного долга подразумевало бы в качестве своего последствия созревание встречного обязательства должника уплатить цену, равную размеру прощенного долга, что обесмысливало бы само прощение долга как предоставление.

Во избежание подобных споров сторонам рекомендуется прямо обозначать каузу прощения долга в такой форме, которая позволила бы считать ее суду при рассмотрении спора.

1.1.2. Каузальность или абстрактность?

Если ничтожен договор-основание, какова судьба распорядительной сделки прощения долга? Ответ на этот вопрос зависит от того, является распорядительная сделка прощения долга каузальной или абстрактной.

Каузальность означала бы, что недействительность договора, в рамках реализации которого осуществляется прощение долга, повлечет автоматическую ничтожность и самого распорядительного эффекта (т.е. отсутствие эффекта прекращения долга). Абстрактность распорядительной сделки прощения долга (характерная для немецкого права) позволяла бы признать, что недействительность договора сама по себе не отменит эффект освобождения от долга, если распорядительная сделка не страдает самостоятельными пороками (например, пороками воли).

Российский закон не дает ясного ответа на данный вопрос, но с учетом того, что абстрактность распорядительных сделок иного рода (передачи права собственности на вещь или имущественного права на основании договора купли-продажи и т.п.) в российском праве пока отвергается, видимо, системные соображения подталкивают суды к выбору в пользу казуальной модели. Это, в частности, означает, что, если прощение долга осуществляется в рамках прямо выраженного или подразумеваемого договора дарения (т.е. предопределено альтруистическими мотивами) и речь идет о двух коммерческих организациях, ничтожность договора в связи с противоречием ст. 575 ГК РФ означает и недействительность эффекта освобождения от долга. Этот вывод следует из п. 31 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6.

1.2. Прощаемый долг

Простить можно как денежный, так и неденежный долг.

Основание для возникновения долга не имеет значения: простить можно как договорный, так и внедоговорный долг (например, по возмещению убытков, возврату неосновательного обогащения и т.п.).

Спорный вопрос возникает в отношении возможности прощения долга в виде периодических выплат на содержание в счет возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью, а также об уплате алиментов и иных таких долгов, нацеленных на предоставление содержания гражданину. Есть точка зрения, что по смыслу закона такие требования, как минимум в части начислений за будущие периоды, не могут прекратиться иным, нежели исполнение, способом.

Допустимо прекращение прощением долга требований, по которым истек срок исковой давности.

При делимости предмета обязательства возможно прощение части долга (прекращение части обязательства). Согласно позиции ВС РФ, направленность волеизъявления сторон лишь на частичное прощение долга должна быть явно выражена. Если иное не определено соглашением сторон и не вытекает из обстоятельств дела, считается, что кредитор освободил должника от обязательства в полном объеме (п. 32 и 33 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

По общему правилу простить можно как просроченный долг, так и возникший долг, по которому еще не наступил срок исполнения (п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

1.2.1. Прощение долга и условное обязательство

Если речь идет о долге, возникновение которого поставлено под отлагательное правосделочное условие (например, выплатить исполнителю ту или иную премию при условии достижения некоего результата) или условие права (например, долг по уплате убытков на случай нарушения договора в будущем), ВС РФ говорит о допустимости прощения долга (п. 30 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Действительно, нет сомнений в том, что стороны договора могут заключить соглашение, которое исключит из программы договорных правоотношений положение о возникновении того или иного долга при наступлении условия или исключит применимость правила о возникновении такого долга при наступлении условия права, если такое условие включается в программу договорных правоотношений в силу диспозитивных норм закона. Равно как они могут и расторгнуть целиком условный договор. В обоих случаях состояние подвешенности отпадает. Если исходить из того, что отлагательно обусловленный долг

возникает при наступлении условия, как это следует из буквы п. 1 ст. 157 ГК РФ, мы имеем не классическое прощение долга, а освобождение потенциального должника от состояния связанности и претерпевания возникновения долга в случае наступления условия. Если придерживаться теории, согласно которой отлагательно обусловленный долг уже существует до наступления условия, а с наступлением условия он лишь созревает, то налицо освобождение от долга, пусть и не созревшего (подробнее о двух этих конкурирующих концепциях см. комментарий к ст. 327.1 ГК РФ). Впрочем, особого практического значения это иметь не будет. При любой интерпретации кредитор и должник могут своим соглашением освободить должника от обязанности совершить исполнение в будущем при наступлении условия (например, могут исключить начисление согласованной в изначальной редакции договора неустойки на случай, если в будущем произойдет нарушение договора должником, или иных подобных отлагательно обусловленных долгов до их созревания).

Впрочем, такое соглашение будет по сути своей простым соглашением об изменении программы договорных правоотношений или полном расторжении договора. Корректно ли здесь говорить о прощении долга? Вопрос спорный. Сам ВС РФ, как мы видим, как будто бы подтверждает, что здесь также можно говорить о прощении долга. Но в другом месте Суд дает несколько иное разъяснение. В п. 31 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ указал, что уменьшение процентной ставки на сумму займа за будущие периоды использования само по себе частичным прощением долга не является. Видимо, Суд считает, что это банальное изменение программы договорных правоотношений.

Как эти разъяснения соотносятся?

Как мы видим, здесь наблюдается некоторое наложение конструкций. При этом обратим внимание на то, что в ряде случаев этот вопрос может иметь практическое значение. Так, если соглашение квалифицируется как прощение долга, то в силу правил ст. 415 ГК РФ согласие должника презюмируется, а если речь идет об обычном соглашении об изменении программы договорных правоотношений, это правило формально не применимо. Полной ясности по данному вопросу в судебной практике пока нет.

Впрочем, есть точка зрения, согласно которой при наличии предложения на совершение сделки, направленной исключительно на предоставление выгоды одному адресату и никоим образом его не обременяющей, согласие адресата презюмируется при его молчании. Если принять такую точку зрения, то указанное выше различие между

прощением условного долга и заключением соглашения об исключении из договорной программы условного обязательства испаряется.

Остается только отметить, что свобода сторон своим соглашением «отключить» условное право на этапе до наступления условия должна признаваться в той степени, в которой само условное требование установлено в содержании сделки между кредитором и должником или в диспозитивной норме закона или иного правового акта. Если такое требование вытекает из императивной нормы закона, предварительно выраженный отказ кредитора от него путем заключения того или иного соглашения с должником невозможен. Если нельзя в договоре изначально согласовать исключение соответствующего требования (например, уплату неустойки за нарушение прав потребителя), то невозможно осуществить и отказ от него на следующий день после заключения договора, но до наступления условия. От таких императивно установленных законом условных требований можно отказаться (простить долг по ним) только после наступления соответствующих условий для их возникновения (созревания). Например, простить долг по уплате потребительского штрафа можно после его начисления, но не заранее.

1.2.2. Возможно ли прощение будущих требований, для которых на момент прощения нет правового основания?

Что касается будущего требования, для которого не существует даже правового основания в виде согласованного отлагательного условия, следует заметить, что невозможно распорядиться тем, чего еще нет. В данном случае нет ни требования, ни правоотношения ожидания наступления условия. Есть лишь гипотетическая возможность возникновения правового основания требования в будущем.

В ряде ситуаций при наличии такого соглашения корректнее говорить о сделке, исключающей само возникновение права в целом или в части. Это возможно, если речь идет о прощении будущего недоговорного требования и возникновение такого требования не является императивным элементом регулирования неких отношений, которые могут возникнуть в будущем. Например, соседи-фермеры могут договориться о том, что в случае причинения скотом одного из них потравы посевов другого они не будут иметь друг к другу никаких претензий, если размер причиненного ущерба не более определенной суммы. В таком случае, если вред в указанных пределах был причинен, требование о возмещении вреда просто не возникает (так как налицо допускаемое п. 3 ст. 1064 ГК РФ соглашение, выражающее заранее согласие потерпевшего на причинение ему вреда, если поведение причинителя не нарушает «нравственных принципов общества»). Видимо,

при наличии такого соглашения нет смысла придумывать фикцию прощения долга, выраженного заранее и поставленного под отлагательное условие его возникновения. Логичнее говорить о своеобразном соглашении об *ex ante* освобождении от ответственности.

Этот вопрос о выборе между моделью возникновения на логическую секунду и немедленного прекращения требования в силу срабатывания ранее заключенного условного соглашения о прощении долга с одной стороны и моделью соглашения, блокирующего само возникновение права, которое при отсутствии такого соглашения неминуемо возникло бы, — с другой может стать принципиальным в сценарии с банкротством одной из сторон.

1.3. Конкретизация прощаемого требования

Требование (его часть), являющееся предметом прощения долга, должно быть определено с необходимой степенью конкретизации (см. Постановление Президиума ВАС РФ от 19 декабря 2006 г. № 11659/06, п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

В то же время из требования достаточной конкретизации вряд ли стоит выводить запрет на возможность простить долги, наличие которых может вызывать сомнения (спорных требований) или размер которых кредитору достоверно неизвестен. Единственное, что требуется, это то, что кредитор допускает существование у него соответствующего требования в том или ином размере и выражает свою волю на отказ от этого требования. Например, нередко кредитор, пострадавший от нарушения, направляет должнику, нарушившему договор, заявление об отказе от требований в отношении убытков или иных санкций в связи с допущенным нарушением, или стороны оформляют соглашение, в котором в обмен на ту или иную уступку потерпевший заявляет об отсутствии у него дополнительных претензий к делинквенту в части возмещения убытков после выплаты определенной суммы. Это может квалифицироваться именно как полное или частичное прощение долга, вытекающего из применения к должнику соответствующих мер ответственности (убытки, неустойка и т.п.). В момент выражения своей воли кредитор может не знать точную сумму возникших у него убытков (так как их размер может еще не кристаллизироваться с абсолютной точностью) или допускать, что должник может быть освобожден от ответственности по правилам ст. 401 или ст. 1064 ГК РФ, а также может не быть уверен в соразмерности установленной в договоре неустойки, а следовательно, в самом наличии у него требования и (или) его размере. Но все это не препятствует ему освободить должника от таких обязательств, если воля сторон прекратить возможные требования в случаи их наличия очевидно выражена.

Например, представим, что спор возник в отношении наступления страхового случая, и стороны в рамках соглашения об урегулировании страхового случая договариваются о том, что страхователь соглашается уменьшить размер своего требования к страховой компании на 30% в обмен на отказ страховой компании от дальнейшего оспаривания страхового случая и немедленную выплату оставшейся части. Если на самом деле страховой случай наступил и долг, действительно, возник, налицо прощение части долга.

Если часть долга по уплате денежных средств прощена в определенном размере и неясно, от уплаты каких сумм — основного долга, процентов за пользование денежными средствами, неустоек — освобождается должник, очередность прекращения соответствующих требований устанавливается применительно к правилам ст. 319 ГК РФ (п. 33 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

Также возможно тотальное прощение должнику ряда существующих его долгов перед кредитором, связанных с тем или иным правоотношением, без конкретизации каждого из них. Иначе говоря, возможно «оптовое» прощение всех требований кредитора к должнику без их точного перечисления. Например, покупатель может освободить продавца как от обязательства исправить дефект в натуре, так и от всех своих производных от факта нарушения условий о качестве требований.

Впрочем, здесь может возникать вопрос о том, допустимо ли в рамках такого «оптового» прощения долгов освобождение должника от тех долгов, о которых кредитор не знает и не должен был знать в момент изъявления воли. Как представляется, если кредитор не знал и не должен был знать о существовании своего требования, его воля на прощение такого требования в рамках сделки «оптового» прощения не может подразумеваться. Обратное возможно, если из волеизъявления прямо следует, что кредитор осознает возможность существования скрытых требований и освобождает должника и от них тоже (на случай их наличия). Например, если поставщик поставил покупателю товар с просрочкой и покупатель в рамках соглашения об урегулировании спора заявляет продавцу об освобождении того от всех иных обязательств, вытекающих из договора (например, заявляет об отсутствии каких-либо претензий к поставщику), но в момент такого волеизъявления он не знал и не должен был знать о том, что в товаре содержится дефект, то, выявив его впоследствии, покупатель вполне может заявить продавцу требование о соразмерном уменьшении цены. Такое требование, которое на самом деле имелось у покупателя сразу после поставки, не будет считаться охваченным

волеизъявлением кредитора об отказе от требований, если покупатель не знал и не должен был знать о существовании скрытого дефекта и его волеизъявление не распространялось на возможные скрытые требования. Но в данном примере покупатель товара может заявить продавцу, что он пока не обнаружил скрытые дефекты в поставленном товаре, но отказывается от своего права предъявить продавцу те или иные требования, если дефекты вдруг обнаружатся. Отказ от требований, которые могут быть скрыты от самого кредитора, должен быть прямо и недвусмысленно выражен, чтобы у суда не было сомнений в отношении охвата заявленного отказа.

Иначе говоря, в конечном итоге все зависит от толкования соответствующих волеизъявлений.

1.4. Судьба дополнительных охранительных притязаний

Если кредитор прощает должнику основной долг, может возникнуть вопрос о судьбе начисленных по данному долгу неустоек, процентов годовых по ст. 395 ГК РФ или регулятивных процентов (например, по ст. 809 ГК РФ), а также возникших у кредитора в связи с просрочкой убытков. Указанные вторичные денежные обязательства после своего возникновения имеют относительно автономную природу и судьбу. Если интерпретация воли кредитора указывает на то, что он имел в виду прощение не только самого основного долга, но и подобных связанных с основным вторичных долгов должника, особых проблем не наблюдается. Но что, если кредитор простил должнику основной долг и при этом из толкования волеизъявления не очевидно, распространяется ли прощение долга на вторичные долги по уплате процентов, неустоек или возмещению возникших ранее убытков?

В такой ситуации догматически корректнее было бы исходить из того, что указанные вторичные требования не погашаются, так как отказ от каких-либо прав по общему правилу должен быть недвусмысленно выражен и не может подразумеваться. Однако практика высших судебных инстанций в отношении подобных вопросов, возникающих при погашении основного обязательства предоставлением отступного (см. п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 102, п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6) и заключением соглашения о новации (см. п. 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 103, п. 25 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), давно и последовательно придерживается обратной интерпретации – презумпции погашения не только основного долга, но и всех связанных с ним вторичных обязательств. Видимо, руководствуясь необходимостью

системного решения, в п. 32 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 Пленум ВС РФ закрепляет такую же презумпцию и для прощения долга: в случае, если не удастся установить волю сторон, считается, что прощением долга по основному требованию прекращаются и дополнительные, включая требования о процентах, об уплате неустойки и т.п. Если займодавец заявляет должнику о прощении долга по возврату займа, предлагается презюмировать, что кредитор имел в виду прощение не только основного долга, но и долга по начисленным ранее регулятивным процентам и начисленным за период просрочки охранительным процентам (или пеням). Иное может следовать из содержания волеизъявления.

Установление такой презумпции небесспорно.

Это разъяснение, естественно, не применяется в ситуациях, когда дополнительные требования ранее перешли к третьему лицу. В такой ситуации прощение кредитором основного долга не может охватывать и дополнительные требования, ибо в отношении таковых у кредитора уже нет распорядительной власти. Прощение таких долгов не может состояться, даже если кредитор прямо на это указывает.

1.5. Прощение долга, вытекающего из корпоративных, вещных, реституционных и иных относительных правоотношений

1.5.1. Корпоративные обязательства

Вполне возможен и отказ от многих корпоративных относительных прав, которым противостоит обязанность некоего лица (самой корпорации, ее участника, директора). Если это право носит обязательственный характер (например, право участника общества на получение объявленных дивидендов или действительной стоимости доли в ООО при выходе или исключения из общества, либо право корпорации на взыскание убытков с ее директора), здесь с необходимыми адаптациями применимы правила ст. 415 ГК РФ о прощении долга. Этот вывод следует из п. 3 ст. 307.1 ГК РФ, согласно которому к корпоративным правам применяются общие правила об обязательствах, если иное не вытекает из существа таких прав. И действительно, ситуация, когда акционер отказывается от своего права на получение начисленных и подлежащих выплате дивидендов, мало чем отличается от ситуации прощения обычного гражданско-правового долга. Здесь применимы те же условия и ограничения.

Впрочем, может возникнуть и определенная корпоративная специфика. Например, встает вопрос о возможности прощения корпорацией долга бывшего директора по возмещению причиненных им корпорации убытков: если такое прощение осуществляет новый директор, заручившийся согласием всех участников, особых возражений

не возникает. Но вряд ли такая сделка может считаться действительной, если долг директора прощает от имени общества сам этот директор-нарушитель, не получив одобрения участников. Как представляется, такая сделка может считаться неоспоримой на основании правил о нарушении требований к согласованию сделки с заинтересованностью, а попросту ничтожной на основании ст. 169 ГК РФ как сделка, противоречащая основам нравственности и правопорядка. В любом случае, даже если не считать такую сделку ничтожной, такой директор окажется ответственным перед обществом за такое прощение, и размер убытков, которые он будет обязан возместить за это нарушение, будет равен (или даже больше), чем размер его исходного долга по возмещению убытков, который он сам себе простил.

Более спорным является вариант прощения такого долга новым директором без согласия участников: правила о сделках с заинтересованностью здесь уже могут быть неприменимы, и если не применять здесь правила ст. 169 ГК РФ о ничтожности (а их применение в данном контексте неочевидно), то остается возможность оспаривания сделки по правилам п. 2 ст. 174 ГК РФ и (или) привлечение к ответственности нового директора.

В силу корпоративного существа отношений вряд ли мыслимо также погашение прощением долга обязательства по оплате размещенных акций акционером АО или внесению вклада в уставный капитал ООО.

1.5.2. Обязательства, вытекающие из вещных правоотношений и реституционных правоотношений

Возможно прощение денежного долга по внесению платы за сервитут и других чисто денежных долгов одного лица к другому, вытекающих из вещных правоотношений (например, о выплате доходов, извлеченных ответчиком по виндикации, или компенсации осуществленных им неотделимых улучшений). Здесь классическое обязательство возникает при накоплении того или иного фактического состава в рамках развития тех или иных вещных правоотношений.

Сюда же следует отнести и реституционные требования о возврате уплаченных по недействительной сделке денежных средств или о возмещении денежного эквивалента, полученного по недействительной сделке. Такие требования однозначно носят обязательственную природу, близкую требованию о возврате неосновательного обогащения (п. 3 ст. 307.1 ГК РФ).

Более спорным является применение института прощения долга к реституционному требованию о возврате индивидуально-определенного имущества. В связи с недействительностью договора купли-продажи выясняется, что собственность на вещь не переходила покупателю

и в большинстве случаев принадлежит тому, в чью пользу присуждена реституция. Может ли такой собственник отказаться от своего реституционного притязания на возврат вещи, не отказываясь при этом от права собственности на нее, не выражая волю на отчуждение вещи другой стороне недействительной сделки или третьему лицу, т.е. сохраняя право собственности на вещь?

Тот же вопрос может быть поставлен и в отношении возможности прощения долга по возврату вещи на основании виндикации, если согласиться с немецким воззрением и взглядом ряда российских цивилистов, согласно которым при возникновении объективных предпосылок для виндикации на свет появляется обязательственное требование к конкретному должнику на выдачу вещи. Если это созревшее притязание носит обязательственный характер, мыслимо ли прощение долга?

Освобождение от обязанности вернуть вещь собственнику без непосредственного вещного эффекта в виде перехода права собственности обязанной к возврату вещи стороне кажется несколько странным.

Если сторона, которой должна быть возвращена вещь, отчуждает вещь другой стороне спора о реституции или виндикации на основании нового договора или отчуждает вещь третьему лицу с консенсуальным переходом права собственности, ее реституционное или виндикационное притязание на возврат вещи в первом случае прекращается не на основании прощения долга, а в силу вещного распорядительного соглашения о переносе собственности на ответчика, а во втором — не прекращается, а переходит к третьему лицу, ставшему новым собственником. Но если кредитор волю на распоряжение правом собственности не выражает, прощение долга по возврату вещи выглядит сомнительно. Возможно, стоит допустить, что такое прощение подразумевает отчуждение самой вещи ответчику. Впрочем, этот вопрос заслуживает отдельного обсуждения. Здесь мы сталкиваемся с некоторой неопределенностью применения отдельных норм обязательственного права к виндикационным и реституционным притязаниям на возврат вещи.

Похожий вопрос возникает применительно к возможности прощения сугубо договорного долга по возврату индивидуально-определенной вещи (например, обязанности арендатора вернуть арендованную вещь или аналогичной обязанности хранителя вернуть вещь, сданную на хранение): означает ли прощение такого долга переход собственности к арендатору (хранителю), или притязание арендодателя (поклажедателя) лишается договорной природы и остается сугубо виндикационным?

Также дискуссионным может быть отказ от негативного требования. Может ли собственник отказаться от своего права потребовать устранения препятствий к владению и пользованию своей вещью и согласиться с тем стеснением, которое ему причиняет другое лицо? Вряд ли здесь уместно говорить о прощении долга, но возможность заключения соглашения, в котором такое стеснение будет легализовано, кажется очевидной. Это может быть как сервитут, так и обычное соседское соглашение.

2. Форма и иные процедурные аспекты прощения долга

2.1. Договор или односторонняя сделка

Застарелой проблемой российского частного права был вопрос о том, является ли распорядительная сделка прощения долга договором, заключаемым в результате встречных волеизъявлений обеих сторон обязательства, или односторонней сделкой, для совершения которой достаточно волеизъявления одного лишь кредитора. С одной стороны, кажется, что согласие должника в большинстве случаев не имеет значения, так как ему нет никакого экономического смысла возражать против прощения долга, и, соответственно, в целях экономии трансакционных издержек можно признать прощение долга односторонней сделкой. С другой стороны, не менее очевидно, что в ряде случаев должник может не желать прощения своего долга по каким-либо личностным или прагматическим соображениям (например, чиновник может не желать прощения ему долга со стороны банка, так как это может породить в обществе различные подозрения). Прежняя редакция ГК РФ, действовавшая до 1 июня 2015 г., этот вопрос не проясняла.

Если путем изъявления воли обеими сторонами заключено соглашение, которое как задает основание для прощения долга, так и выражает распорядительное волеизъявление на прощение долга, должник будет освобожден от долга в момент заключения такого соглашения, если более поздний момент не оговорен. Например, если должник предложил кредитору простить долг в качестве дара и кредитор выразил свое согласие, в силу правил п. 1 ст. 433 ГК РФ соглашение о прощении долга будет считаться заключенным с момента возврата должнику акцепта кредитора.

Если заключенное соглашение, задающее правовое основание и определяющее каузу прощения долга, наделяло кредитора правомочием или даже обязывало простить долг в будущем и должник, заключая такой договор-основание, выразил свое согласие с прощением его долга, долг должен считаться прекращенным в момент получения

должником последующего уведомления кредитора о прощении долга (ст. 165.1 ГК РФ): возможности возразить против прощения у должника в такой ситуации нет, так как его согласие выражено заранее.

Но что, если заранее никакое соглашение, определяющее основание прощения, не заключено, но кредитор направляет должнику не стандартную оферту с предложением заключить соглашение о прощении долга, а заявление о прощении долга (списании долга, отказе от права требования), которое выглядит как вполне самостоятельное волеизъявление? Кредитор не может прекратить долг должника помимо его воли, так как игнорировать волю должника в вопросе прощения долга было бы неверно. Поэтому, если такая воля не выражена заранее, то следует исключить право кредитора навязать должнику эффект прощения долга, нельзя признавать наличие у кредитора вторичного права на прощение долга. Логично соответствующее заявление рассматривать лишь как подразумеваемую оферту на заключение распорядительного соглашения о прощении долга. Соответственно, долг может, казалось бы, считаться прощенным, если и когда должник такое предложение примет.

В то же время в рамках действующей редакции п. 2 ст. 415 ГК РФ реализован несколько более сложный подход. С одной стороны, закон говорит о том, что долг считается прощенным с момента получения должником уведомления кредитора о прощении долга. В этом можно увидеть подтверждение того, что правопрекращающий эффект возникает в силу одного лишь волеизъявления кредитора и с момента восприятия такого волеизъявления должником. Это вроде бы указывает на то, что речь идет об односторонней сделке. С другой стороны, тут же закон устанавливает, что должник, не согласный с прощением долга, вправе в разумный срок после получения такого уведомления кредитора возразить против прощения долга, направив кредитору соответствующий протест. Из смысла закона следует, что в случае предъявления такого возражения эффект прекращения долга ретроспективно отменяется (долг не считается прощенным). Это можно воспринять таким образом, что за счет одной односторонней сделки (возражения против прощения долга) с обратной силой отменяется правовой эффект другой (уведомления о прощении долга).

Целесообразность столь сложного подхода сомнительна, хотя нельзя не признать, что в ряде европейских стран (например, в Италии) он реализован.

В принципе, с учетом того, что закон позволяет должнику «опрокинуть» правовой эффект прощения долга и тем самым учитывает его позицию по данному вопросу, можно увидеть в закрепленной в п. 2

ст. 415 ГК РФ модели своеобразный способ отразить идею о договорной природе прощения долга. Здесь следует напомнить, что согласно п. 2 ст. 438 ГК РФ молчание акцептанта, получившего оферту, может рассматриваться в качестве акцепта, если на то имеется указание в законе. Соответственно, мыслимо представить себе, что п. 2 ст. 415 ГК РФ переqualифицирует любое заявление кредитора о прощении долга в оферту на заключение соглашения о прощении долга, а также устанавливает тот случай, когда молчание акцептанта (должника) признается его согласием с офертой. В то же время против такой интерпретации говорит то, что согласно п. 2 ст. 415 ГК РФ долг считается прощенным с момента получения такого уведомления. Это противоречит правилам ГК РФ о заключении договоров посредством оферты и акцепта. В тех случаях, когда акцепт в силу указаний в законе совершается молчанием, договор должен считаться заключенным с момента истечения соответствующего разумного срока на выдвижение возражений, а никак не с момента доставки оферты (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 438 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

De lege ferenda более корректным было бы решение, в силу которого согласие должника с прощением долга подразумевалось бы, если должник не выразит свое несогласие в некий установленный в законе или разумный срок, а наступление правопрекращающего эффекта происходило бы по истечении такого срока.

В сложившихся же условиях положения п. 2 ст. 415 ГК РФ можно воспринимать и как закрепляющие распорядительную одностороннюю сделку (уведомление о прощении долга), правовой эффект которой может быть отменен с обратной силой другой односторонней сделкой (возражением), и как необычный способ заключения договора, при котором при молчании акцептанта договор считается заключенным в момент доставки ему уведомления-оферты. Последний вариант является более предпочтительным. В итоге он и нашел свою поддержку в п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6.

Задача ВС РФ заключалась, видимо, не в поиске теоретически безупречного объяснения правил содержания п. 2 комментируемой статьи, а в том, чтобы, показав приверженность договорной концепции прощения долга, стабилизировать правоприменительную практику в условиях изменившегося в ходе реформы ГК РФ текста закона.

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 438 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

В то же время здесь возникает вопрос. Описанная процедура *de lege lata* безусловно запускается тогда, когда заявление кредитора выглядит как законченное волеизъявление, не предполагающее ожидание ответа должника (например, заявление об отказе от своего права взыскать неустойки или заявление о списании долга). Но что, если кредитор направляет должнику не такое заявление о прощении долга, а полноценную оферту на заключение соглашения о прощении долга (например, «предлагаю заключить соглашение о прощении вашего долга») и из текста следует, что кредитор ждет ответа должника, может ли применяться правило п. 2 ст. 415 ГК РФ о подразумеваемом согласии должника? Или здесь работает общий алгоритм заключения соглашения по п. 1 ст. 433 ГК РФ, и договор будет заключен тогда, когда кредитору, направившему оферту, будет доставлено согласие должника (акцепт)? Данный вопрос может вызывать споры.

Описанная в п. 2 ст. 415 ГК РФ процедура касается случаев направления распорядительного волеизъявления кредитора на списание долга. Если же волеизъявление кредитора направлено на заключение соглашения-основания (пусть и предполагающего немедленный распорядительный эффект), в силу которого адресатом в обмен на прощение долга должно быть осуществлено встречное предоставление, такое волеизъявление никак не может возлагать на должника бремя возразить при несогласии и должно рассматриваться как оферта и влечет заключение договора исключительно в момент доставки кредитору согласия должника (п. 1 ст. 433 ГК РФ).

Спорным является вопрос о применимости правила о подразумеваемом согласии должника к ситуации, когда кредитор направляет должнику распорядительное волеизъявление, которое не направлено на безусловное прощение долга, а ставит прощение долга под отлагательное условие.

2.2. Форма прощения долга

Вопрос о форме сделки прощения долга является непростым.

Вполне мыслимо обсуждение применительно к прощению долгов, вытекающих из договоров, применения правила о том, что прощение долга должно осуществляться в той же форме, что и сам договор. При таком подходе прощение долга, вытекающего из нотариально удостоверенного договора, потребовало бы нотариального удостоверения под угрозой ничтожности.

Есть ли законодательные основания для такого вывода? Норма п. 1 ст. 452 ГК РФ устанавливает подобное правило в отношении соглашений о расторжении или изменении договора, но про отказ от прав молчит. В то же время отказ от требования, по сути, приво-

дит к фактическому изменению содержания договорного правоотношения. Близость явлений особенно отчетливо прослеживается, когда осуществляется отказ от требования, поставленного под отлагательное условие, которое еще не наступило. Отличить прощение несозревшего долга по уплате неустойки в целом или в части от соглашения об изменении договора путем исключения из него условия о неустойке или уменьшении ее размера проблематично. Вопрос о целесообразности применения в этом отношении правила п. 1 ст. 452 ГК РФ о следовании формы соглашения об изменении договора форме самого договора может вызывать споры. Ясной судебной практики высших судов по данному вопросу нет.

Если мы отвергнем применение правила п. 1 ст. 452 ГК РФ и учтем, что ст. 415 ГК РФ не предусматривает правил относительно формы прощения долга, то останемся один на один с общими правилами о форме сделки.

Это, по воззрениям некоторых юристов, позволяет признать допустимым совершение прощения долга в любой форме, предусмотренной для совершения сделок, включая устную форму (см. п. 1 ст. 159 ГК РФ).

В то же время могут звучать аргументы о целесообразности применения к сделке прощения долга правил ст. 161 ГК РФ, согласно которым сделка на сумму более 10 тыс. руб. или любая сделка с участием юридического лица должны оформляться письменно. Кроме того, упоминание в п. 2 ст. 415 ГК РФ *уведомления* о прощении долга, а также указание на то, что долг считается прощенным с момента получения должником такого уведомления, могут истолковываться как указание на осуществление прощения долга в письменной форме.

Однозначного ответа пока наше право не дает.

Но в любом случае, даже если письменная форма будет признана обязательной для любых или некоторых случаев прощения долга, такая форма не является конститутивным элементом прощения долга, и совершение сделки прощения долга устно не влечет ее недействительности. Дело в том, что в силу п. 2 ст. 162 ГК РФ несоблюдение письменной формы сделки влечет ничтожность сделки только тогда, когда это прямо указано в законе; в остальных случаях в силу п. 1 ст. 162 ГК РФ санкцией является лишь запрет ссылаться на свидетелей при доказывании акта совершения сделки. Поэтому несоблюдение обязательной письменной формы сделки, если таковая будет признана применимой к прощению долга на значительную сумму, в силу п. 1 ст. 162 ГК РФ не будет влечь ничтожность прощения долга, а лишь затруднит доказывание факта его совершения при возникновении споров за счет применения запрета на использование свиде-

тельских показаний. Если между сторонами спора о прощении долга нет, вопрос о форме снимается с повестки. Но если возникает спор, заинтересованная сторона может представлять любые доказательства в подтверждение факта такого волеизъявления, которые могут быть приняты (например, видеозапись разговора сторон), за исключением свидетельских показаний.

Это крайне важный аспект, так как он позволяет понять, возможно ли прощение долга в конклюдентной форме. Согласно п. 2 ст. 158 ГК РФ: «делка, которая может быть совершена устно, считается совершенной и в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку». Если наше право не признает письменную форму обязательной для прощения долга, из этого будет автоматически следовать, что прощение долга возможно и в конклюдентной форме. Но даже если право будет придерживаться иного взгляда в отношении ситуаций, подпадающих под правила ст. 161 ГК РФ, конклюдентное прощение долга окажется возможным, просто при возникновении споров заинтересованной стороне в суде нельзя будет использовать свидетельские показания для доказывания факта совершения соответствующих действий, из которых следует воля простить долг. Надо сказать, что в обороте встречаются случаи совершения прощения долга путем конклюдентного поведения (например, посредством возвращения должнику долговой расписки или уничтожения ее кредитором в присутствии должника).

В любом случае при интерпретации поведения кредитора в качестве конклюдентного отказа от права требования необходимо, чтобы из данного поведения без каких-либо разумных сомнений следовала воля кредитора на освобождение должника от долга, так как отказ от имущественных прав не предполагается.

В практическом плане использование письменной формы является наиболее целесообразным, поскольку в значительной степени способно устранить неясности и двусмысленности в вопросе о прощении долга.

2.3. Очевидность волеизъявления на отказ от права и эстoppel

Поскольку в основе прощения долга лежит отказ кредитора от принадлежащего ему права, этот отказ не может подразумеваться, а волеизъявление о прощении долга должно быть явным и недвусмысленным. Впрочем, без толкования волеизъявления обойтись не получится.

Проблема толкования может возникать и в контексте конклюдентного прощения долга. Здесь о полноценном сделочном волеизъявлении можно говорить тогда, когда разумное лицо на месте должника с учетом известной ему информации могло поверить в то, что поведение

кредитора указывает на его волю отказаться от права и простить долг, и могло бы разумно положиться на это.

В спорных ситуациях квалификации тех или иных волеизъявлений кредитора или его поведения, претендующего на значение конклюдентного волеизъявления, вариант их квалификации в качестве направленных на прощение долга не должен предполагаться. Отказ от имущественного права не может подразумеваться в сомнительных случаях, так как влечет очень серьезные имущественные последствия для кредитора.

Так, в ряде случаев встает вопрос о том, может ли выступать в качестве допустимой формы прощения долга расписка кредитора об отсутствии претензий в связи с правоотношениями по какому-то договору или деликту, врученная им должнику. В уведомлении о прощении долга должен быть с достаточной степенью определенности указан прощаемый долг: он должен быть либо однозначно определен, либо быть определяемым. Соответственно, если подобная расписка не оставляет сомнений в том, что кредитор имел в виду именно прощение долга, а также в том, какие долги он имел в виду, такую расписку можно признать формой уведомления о прощении долга. В то же время нередко из текста такой расписки не вполне очевидно, что конкретно означает фраза об отсутствии претензий. В подобных ситуациях все зависит от толкования данной расписки в контексте конкретных обстоятельств. Сторонам крайне не рекомендуется использовать столь неоднозначную форму выражения своей воли.

Иногда стороны заключают соглашение (акт), в котором прямо признают отсутствие конкретного долга. Такие соглашения могут рассматриваться как соглашения о прощении долга, если не установлены иные основания для прекращения данного обязательства (на это, в частности, прямо указано в п. 2 § 397 Германского гражданского уложения). На контрасте следует обратить внимание на иногда встречающиеся на практике случаи, когда стороны оформляют акт сверки, в котором некий долг просто не упоминается. Так, в Определении от 24 сентября 2019 г. № 305-ЭС19-9109 СКЭС ВС РФ признала, что наличия подписанного кредитором акта сверки, в котором не фигурирует спорная задолженность за определенный этап работ, недостаточно для вывода о том, что кредитор простил должнику долг, если таковой на момент подписания акта объективно имелся и был известен кредитору. Как указал ВС РФ, такой акт сверки задолженности, в котором наличие долга за соответствующий этап работ просто не упоминается, «сам по себе не может подтверждать прекращение обязательства по оплате работ».

Не является прощением части долга и не влечет соответствующего правопрекращающего эффекта само по себе принятие кредитором лишь части долга при наличии права не принимать частичное исполнение.

В ряде исключительных случаев там, где нельзя обнаружить волю сторон на совершение конклюдентной сделки прощения долга, мыслимо применение при попытке взыскать долг правила эстоппель и блокирование права требования. Это возможно, если поведение кредитора не может быть по тем или иным формальным основаниям квалифицировано в качестве сделочного волеизъявления, но оно создало у должника разумные основания полагаться на отсутствие требования, и при этом подрыв этих ожиданий при попытке кредитора осуществить свое право в конкретных обстоятельствах может выглядеть как явно несправедливый (подробнее об эстоппеле см. комментарий к ст. 10 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Представим, что лицо собирается приобрести права и обязанности арендатора по договору перенайма, запрашивает арендатора и арендодателя представить акт о состоянии их расчетов, и те предоставляют справку, в которой не фигурирует та или иная задолженность арендатора. После того, как данное лицо вступило в права и обязанности арендатора, арендодатель заявляет ему требование о погашении большой задолженности исходного арендатора, или заявляет отказ от договора со ссылкой на наличие такой задолженности, и оказывается, что нового арендатора просто ввели в заблуждение. Кажется справедливым отклонить такой иск арендодателя. Но как это догматически объяснить? ВС РФ считает, что подписание акта сверки, в котором долг просто не упомянут, недостаточно ясно выражает волю на прощение долга. И действительно, здесь у арендодателя была воля не на прощение долга исходного арендатора, а скорее на обман нового арендатора. Соответственно, в подобной ситуации нового арендатора может защищать не сделочная квалификация данной справки, а действие правила эстоппель, вытекающего из общего запрета злоупотребления правом.

2.4. *Согласие на прощение долга*

В ряде случаев отказ от права требования (а значит, и прощение долга) допускается только с предварительного согласия третьего лица, органа управления организации-кредитора или государственного органа. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 21 Закона об опеке и попе-

¹ Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 10 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

чительстве опекун без предварительного разрешения органа опеки и попечительства не вправе совершать сделки, влекущие за собой отказ от принадлежащих подопечному прав.

К отказу от требования, входящего в состав общего имущества супругов, подлежит применению и положение п. 2 ст. 35 СК РФ о праве супруга того лица, которое формально числилось кредитором по обязательству, оспорить сделку по распоряжению общим имуществом (в данном случае прощение долга), если доказано, что другая сторона в сделке (в данном случае должник) знала или заведомо должна была знать о несогласии другого супруга на совершение данной сделки. Если супруг прощает застройщику вытекающий из договора участия в долевом строительстве долг по передаче квартиры, возможно применение правил п. 3 ст. 35 СК РФ о праве другого супруга на оспаривание сделки по распоряжению имуществом, права на которое подлежат государственной регистрации. Если обязательственные права на получение этой квартиры входили в состав общего имущества супругов, необходимо получение нотариально удостоверенного согласия другого супруга, так как права из договора участия в долевом строительстве подлежат государственной регистрации посредством регистрации самого договора, и при отсутствии нотариального согласия сделка прощения долга может быть оспорена.

Помимо этого, вполне логичным представляется распространение на случаи отказа от требования (прощения долга) положений закона об одобрении таких сделок как крупных для юридического лица, поскольку отказ от права может привести к уменьшению имущества юридического лица на сумму, соответствующую критериям крупных сделок, установленным профильными законами. То же касается и прощения долга как сделки, в которой имеется заинтересованность.

2.5. Прощение долга под условием

Прощение долга, совершаемое на основании соглашения сторон, может быть поставлено по воле сторон под отлагательное условие (ст. 157 ГК РФ). Такое условие может зависеть от неких случайных обстоятельств, поведения кредитора или должника. Например, в уведомлении о прощении долга может быть указано, что часть долга будет считаться прощенной при условии погашения должником другой части в течение определенного срока (Определение СКЭС ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 305-ЭС16-12298). О допустимости как случайных, так и потестативных и смешанных условий см. комментарий к ст. 327.1 ГК РФ.

Неопределенность, которая неминуемо возникает на период до наступления отлагательного условия, имманентно присуща любым случаям совершения распорядительных сделок под условием. Стороны

сами своей волей согласились на подобное правоотношение и приняли на себя бремя отслеживания информации о наступлении или ненаступлении условия.

Может возникнуть вопрос о том, насколько допустимо включение отлагательного условия в распорядительное одностороннее волеизъявление кредитора в ситуации, когда должник ранее на условность данного правового эффекта не соглашался. Для односторонних сделок, совершение которых происходит в рамках реализации одним лицом своего секундарного (преобразовательного) права на вторжение посредством одностороннего волеизъявления в сферу правовой автономии другой стороны, условность является по общему правилу недопустимой, так как произвольное включение в сделку условия навязывает адресату правовую неопределенность, на принятие которой адресат согласия не давал; исключения могут составлять случаи, когда наступление условия находится в сфере контроля адресата и обнаружение факта наступления или ненаступления условия для адресата не представляет никаких затруднений (подробнее см. п. 1–2.26 комментария к ст. 157 ГК РФ в другом томе серии #Глосса¹).

Но специфика прощения долга в том, что в силу ст. 415 ГК РФ прощение долга — это соглашение, и должник волен не согласиться с прощением ему долга, и, если он увидит в волеизъявлении кредитора некие отлагательные условия, он волен отказаться принимать на себя ту самую подвешенность правоотношения, просто отвергнув прощение долга. В уведомлении о прощении долга может содержаться отлагательное условие, наступление которого находится в полной власти должника, или иным образом проверка его наступления не составит для должника никаких сложностей (например, условие о том, что эффект прощения части долга наступит, только если должник в течение того или иного срока погасит часть своего долга). Но, как представляется, наличие у должника возможности заблокировать прощение долга, если его что-то не устраивает в содержании этого волеизъявления и во включенных в него отлагательных условиях, может быть аргументом и в пользу того, что условия могут быть и такими, наступление которых потребует от должника неких усилий (например, кредитор прощает должнику долг под условием победы той или иной футбольной команды в чемпионате России по футболу). Впрочем, данный вопрос может вызывать споры.

¹ Сделки, представительство, исковая давность: постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2018 (автор комментария к ст. 157 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

Прощение долга как распорядительная сделка с немедленным распорядительным эффектом не может быть поставлено под отменяемое условие. В то же время как минимум в прямо согласованном сторонами договоре может быть оговорено, что определенный долг списывается, но при наступлении в будущем некоего отлагательного условия он вновь возникает на будущее (не ретроактивно). Например, в рамках соглашения об урегулировании взаимных претензий кредитор может списать должнику суммы штрафных санкций, но при этом будет оговорено, что, если в будущем нарушения договора со стороны должника повторятся, на стороне должника возникнет новое обязательство по уплате штрафа, равного сумме ранее списанных неустоек.

Если долг должника прощен под отлагательным условием, а впоследствии до наступления условия кредитор уступает требование третьему лицу или происходит переход требования в рамках универсального правопреемства, встает вопрос о срабатывании правопрекращающего эффекта условия в случае его последующего наступления против нового кредитора. На данный вопрос следует ответить утвердительно: к новому кредитору требование переходит в том его правовом режиме, который существовал до смены кредитора. Если требование было обременено условным прощением, новому кредитору придется смириться с тем, что перешедшее к нему право вдруг прекратится при наступлении оговоренного прежним кредитором и должником условия. Если это произошло, все претензии новый кредитор должен адресовать прежнему кредитору (если речь шла об уступке), и, если последний скрыл от нового кредитора данное соглашение об условном прощении, он будет нести ответственность по правилам ст. 390 ГК РФ.

2.6. Прощение долга и временный отказ от осуществления права

Пункт 6 ст. 450.1 ГК РФ допускает для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, отказ от осуществления принадлежащих им в рамках договорных правоотношений прав, если возникли основания к их осуществлению. Не вызывает никаких сомнений то, что в контексте бесповоротного отказа от права требования применению подлежит специальная норма ст. 415 ГК РФ, а не п. 6 ст. 450.1 ГК РФ. Во-первых, п. 6 ст. 450.1 ГК РФ явным образом указывает на то, что для отказа от осуществления права достаточно одностороннего волеизъявления, но это решение неприемлемо для ситуации отказа от права требования, ибо последнее есть имущественное право, и игнорирование воли должника было бы некорректно. Статья 415 ГК РФ волю должника абсолютно уместно учитывает, позволяя ему

не согласиться с правопрекращающим волеизъявлением кредитора. Во-вторых же, п. 6 ст. 450.1 ГК РФ говорит об отказе от осуществления права, а не о бесповоротном отказе от права. Поэтому при прощении долга положения п. 5 ст. 450.1 ГК РФ не подлежат применению, будучи вытесняемы специальными положениями ст. 415 ГК РФ.

Выше речь шла о ситуации, когда кредитор намерен бесповоротно отказаться от своего права требования и, соответственно, освободить должника от долга. Но что, если кредитор желает на время заблокировать свою возможность осуществить право требования и дать должнику гарантию, что он не будет осуществлять это право в судебном (посредством подачи иска) или внесудебном (например, в порядке безакцептного списания долга) порядке в течение определенного срока? Здесь уже логично говорить не о прощении долга, а *о временном отказе от осуществления права*.

В принципе, на практике стороны в подобных ситуациях чаще заключают соглашения о предоставлении должнику отсрочки в исполнении: такое соглашение исключает существование просрочки и тем самым блокирует на время (до окончания периода отсрочки) возможность совершения принудительных действий по истребованию долга. И в этом случае мы имеем элементарное соглашение об изменении срока исполнения. Но такой вариант не всегда устроит кредитора, который может не желать легализации просрочки, в которую попал должник, и не хочет потерять право на начисление неустойки в связи с данной просрочкой и взыскание мораторных убытков за период после заключения соглашения. В такой ситуации кредитор, согласный (например, в обмен на те или иные уступки должника) гарантировать должнику некий период спокойствия, в течение которого кредитор не будет предпринимать действия по истребованию долга, но не согласный лишать просрочку должника статуса длящегося нарушения договора, может выразить волю на отказ от осуществления в течение некоторого времени своего права в судебном или внесудебном порядке истребовать долг. В этом случае уже нельзя говорить о прощении долга, но можно говорить об отказе от осуществления права, о котором говорит п. 6 ст. 450.1 ГК РФ.

Буквально норма п. 6 ст. 450.1 ГК РФ говорит о том, что заявить отказ от осуществления своего права может лицо, осуществляющее коммерческую деятельность. Но очевидно, что данную норму следует толковать расширительно. Нет ни одного резона, который бы оправдал запрет лицам, не осуществляющим коммерческую деятельность, осуществлять временный отказ от осуществления своего права. Если закон позволяет обывателю бесповоротно простить долг другого

лица, то тем более (толкование *a fortiori*) он не может запрещать ему выразить волю на временное блокирование возможности осуществить свое право.

Если такой кредитор, не дожидаясь окончания предоставленного периода спокойствия, обратится в суд за взысканием долга, а ответчик заявит дилаторное (временно блокирующее) возражение, суд должен отказать в иске по причине преждевременности его удовлетворения. Действия же кредитора по безакцептному или иному внесудебному истребованию долга также в такой ситуации будут считаться непропорциональными.

Может показаться, что в случае с судебным иском возникает проблема, связанная с наличием в ГПК РФ и АПК РФ указания на то, что отказ от права на обращение в суд недействителен (ч. 3 ст. 4 АПК РФ, ч. 3 ГПК РФ). Но эти нормы следует корректно понимать. Они запрещают бесповоротный отказ от права на обращение в суд при наличии непрекращенного и подлежащего защите нарушенного материального права, но не должны считаться блокирующими возможность отказаться от осуществления права на инициацию иска о взыскании долга в течение определенного срока.

Соглашения о моратории на предъявление исков (*pactum de non petendo ad tempus*) были хорошо известны римскому праву и известны многим правовым порядкам сейчас. Некоторые юристы считают, что указанные нормы ГПК РФ и АПК РФ запрещают отказ от права на иск, но не запрещают обязательство не подавать иск, и при наличии такого обязательства иск может быть подан и удовлетворен, но ответчик может заявить требование о взыскании убытков или штрафа в связи с нарушением такого негативного обязательства. Эта конструкция действительно принципиально отличается от отказа от права на иск и, казалось бы, может быть допущена, ведь право на иск не пресекается, но истец будет нести договорную ответственность за нарушение своего негативного обязательства. Но кажется, что рассмотрение судом иска, который истец обязался не подавать, и встречного иска о взыскании убытков или неустойки за нарушение такого негативного обязательства, выглядит несколько нелепо. Куда логичнее допустить возможность временного отказа от осуществления права на иск, наличие которого дает должнику право возразить против удовлетворения иска о взыскании долга, а не только право заявить встречный иск об убытках. Это решение принято во многих правовых порядках, включая немецкое право. Законность такой конструкции, в принципе, может быть выведена из п. 6 ст. 450.1 ГК РФ, которая уступает место специальному механизму прощения долга в тех случаях, когда речь идет о бесповоротном

отказе от права требования, но в остальных случаях вполне может работать. Иначе говоря, такой временный отказ от осуществления права на взыскание долга не равнозначен прощению долга и поэтому не подпадает под действие ст. 415 ГК РФ, а также бесповоротному отказу от права на иск и поэтому не подпадает под действие указанных в ГПК РФ и АПК РФ запретов.

В отличие от бесповоротного отказа от права требования (прощения долга), которое погашает право, временный отказ от осуществления права требования на основании п. 6 ст. 450.1 ГК РФ может быть совершен как по соглашению, так и в форме одностороннего сделочного волеизъявления.

Вопрос может возникать в отношении предельного срока такого моратория. Может ли он быть равен сроку давности или превосходить его по длительности? Также возникает вопрос о том, течет ли исковая давность в период моратория? Эти вопросы пока не имеют однозначных ответов и требуют дополнительной проработки. В практическом плане они не будут столь острыми, если период предоставленного моратория невелик и составляет, скажем, несколько месяцев.

Временный отказ от осуществления права на взыскание долга может быть заявлен кредитором должнику или стать частью некоего соглашения с ним, но может также быть элементом межкредиторского соглашения, в котором кредиторы одного должника заявят друг другу и должнику о моратории. В такой ситуации можно говорить о своеобразном договоре в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ), предоставляющем третьему лицу не секундарное право на вступление в обязательственное право на место кредитора, а правомочие возразить против поданного в период моратория иска. О возможности наделения в рамках договора в пользу третьего лица последнего не секундарным правом на вступление в право требования по обязательству, а иной правовой возможностью см. ст. II.—9:301 Модельных правил европейского частного права, согласно которой по договору в пользу третьего лица последний приобретает права или «иные выгоды».

2.7. Неосуществление права требования как основание для утраты права

Неосуществление права требования не может по общему правилу означать отказ от данного права, так как в силу ст. 158 ГК РФ молчание или пассивность не рассматриваются как сделочное волеизъявление, если иное не вытекает из закона или соглашения сторон. Защита разумных ожиданий должника осуществляется за счет правил об исковой давности. Этого по общему правилу вполне достаточно. Поэтому, например, должник не может возразить против иска о взы-

скании начисленных неустоек или убытков о том, что кредитор ранее не проявлял свою волю на реализацию таких прав. Кредитор имеет привилегию проявлять полную пассивность, обдумывать целесообразность подачи иска, готовить доказательственную базу и подыскивать лучшего юриста, способного сопровождать судебное дело, в течение трех лет с момента, как он узнал или должен был узнать о нарушении своего права и получил возможность осуществить его принудительно, если иной срок давности не следует из закона. Кредитор не обязан предупреждать должника о том, что он что-то от должника, возможно, в будущем потребует по суду.

В случае заявления кредитором иска о взыскании долга по прошествии исковой давности у должника появится возражение об истечении давности (ст. 196, 199 ГК РФ), и, если он им воспользуется, кредитор будет отказано в иске, за исключением тех случаев, когда не обнаруживаются основания для прерывания, восстановления, приостановления или возобновления давности. Более того, в силу п. 3 ст. 199 ГК РФ по истечении давности блокируются и односторонние действия, направленные на осуществление права (зачет, безакцептное списание денежных средств, обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке и т.п.).

В некоторых странах, в которых исковая давность крайне продолжительна, иногда допускается блокирование права требования при пассивности кредитора, не напоминавшего должнику о своих притязаниях, и ранее истечения давности. Но, как представляется, движение в данном направлении в условиях закрепления в российском праве достаточно короткой трехлетней давности было бы опасно и нецелесообразно.

Обратное возможно лишь в тех случаях, когда пассивность кредитора в деле осуществления своего права требования сочетается с теми или иными его активными действиями, которые могли бы свидетельствовать о воле на прощение долга в конклюдентной форме. В подобных ситуациях право требования может прекращаться в той степени, в которой такое поведение кредитора может свидетельствовать о конклюдентном отказе кредитора от своего права.

2.8. Прощение долга после возбуждения судебной процедуры взыскания долга

Стороны могут оформить (и нередко оформляют) прощение части долга как элемент мирового соглашения: тогда эффект прощения долга наступит при условии утверждения судом мирового соглашения.

Но возможно ли прощение долга после подачи иска без оформления мирового соглашения? Есть точка зрения, что после инициации иска

динамика материального права требует судебного контроля и зависит от процессуального оформления. Но эта точка зрения неверна. При отсутствии мирового соглашения прощение долга после подачи кредитором иска о взыскании этого долга вполне возможна. Она прекратит материальное право по общим правилам ГК РФ. Кредитор, проотивший долг после начала процесса, может и даже должен в силу доброй совести затем сам без задержки отказаться от иска и тем самым прекратить процесс. Но если кредитор этого не сделает, ничто не препятствует должнику предъявить суду соглашение о прощении долга и требовать отказа в иске на основании прекращения самого притязания, равно как и в случае добровольного погашения должником долга на стадии процесса.

Более тонкий вопрос касается прощения долга после вынесения судебного решения о взыскании. Как представляется, и здесь оформление мирового соглашения не является обязательным. Если сам кредитор не откажется от взыскания, должник должен иметь возможность обратиться в суд с ходатайством о прекращении производства по делу (если решение еще не вступило в силу) или исполнения уже вступившего в силу решения суда, представив доказательства прощения ему долга, равно как и в ситуации, когда он полностью погасил долг. Следует признать, что в процессуальном законодательстве нет такого основания прекращения производства по делу или исполнения судебного решения. Статья 43 Закона об исполнительном производстве не содержит указания на то, что исполнительное производство подлежит прекращению в случае прекращения материального притязания в связи с прощением долга, не оформленного как мировое соглашение. Но здесь необходимо расширительное толкование закона, которое сформирует такое основание прекращения процесса исполнения решения суда, как прекращение обязательства, о присуждении к исполнению которого суд присудил должника. Спорен вопрос о том, можно ли должнику остановить процесс исполнения решения суда, погасив долг за счет представления к зачету своего требования к истцу, не подтвержденного судебным решением, так как легализация этой опции может значительно затянуть процесс исполнения (ведь суду придется проверять обоснованность встречного требования и проводить для этого новый «мини-процесс»). Но, как минимум, в тех случаях, когда обязательство прекращается в результате заключения соглашения сторон (расторжение договора, новация, отступное, договорный зачет), для этого есть все основания. И соглашение о прощении долга здесь просто частный случай.

2.9. Прощение долга и отказ от иска

В современной отечественной литературе и судебной практике утвердился тезис, что заявление об отказе от иска направлено исключительно на прекращение судебной тяжбы. Будучи лишь формой распоряжения процессуальными правами истца, отказ от иска является исключительно процессуальным волеизъявлением. Соответственно, определение материально-правовой характеристики такого отказа, равно как и его материально-правовой каузы, невозможно и бессмысленно, ибо поводами к такому отказу могут быть обстоятельства исключительно процессуального порядка (утрата интереса к судебному рассмотрению спора; нежелание дальнейшего использования механизмов судебной защиты; оценка возражений ответчика относительно обоснованности предъявленных требований и судебных перспектив рассмотрения дела и т.д.).

Указанные выше возможные причины отказа от иска представляют собой исключительно мотивы истца. Они действительно могут быть различными (как и у любой гражданско-правовой сделки), а их широкая палитра и возможный процессуальный характер в принципе irrelevantны для анализа.

Последствия отказа от иска закреплены в п. 4 ч. 150 АПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 134 ГПК РФ: истец утрачивает право на повторное обращение за судебной защитой своего материального интереса. Однако являются ли указанные последствия исключительно процессуальными? Что происходит с самим материальным требованием кредитора к должнику в результате отказа истца от иска? Представляется, что отказ от иска влечет эффект не только в процессуальной, но и в материальной плоскости. При этом в рамках последней мыслимы два объяснения недопустимости подачи кредитором нового иска по тем же основаниям: приобретение обязательством статуса натурального, не подлежащего исковой защите, или прекращение обязательства.

Согласно российскому праву первая из указанных материально-правовых интерпретаций отказа от иска – «превращение» обязательства в натуральное (неисковое) – должна презюмироваться. Эту идею поддержал Пленум ВС РФ в п. 35 Постановления от 11 июня 2020 г. № 6 указывая, что отказ от иска или части исковых требований по спору об исполнении обязательства сам по себе не означает прощение долга и не влечет прекращения обязательства. Вместе с тем речь идет исключительно о презумпции, и в конкретных ситуациях отказ от иска может выступать формой реализации прощения долга (например, если стороны договорились о взаимном прощении долгов и в рамках такого соглашения обусловили эффект прекращения обязательств отказом от иска одной из сторон или обеих сторон).

Дополнительная литература

Акимова И.И. [Формы и последствия отказа от осуществления прав по договору в свете реформы российского гражданского законодательства](#) // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Вып. 2. М., 2018. С. 45–72.*

Бациев В.В., Щербаков Н.Б. [Комментарий правовых позиций Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам, связанным с применением норм Гражданского кодекса РФ о прекращении обязательств](#) // *Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 2. С. 95–108.*

Бойко Т.С. [Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы](#) // *Закон. 2012. № 3. С. 133–145.*

Егорова М.А. *Прекращение обязательств: опыт системного исследования правового института. М., 2014. С. 294–318.*

Крашенинников Е.А. *Правовая природа прощения долга* // *Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 8. Ярославль, 2001. С. 43–58.*

Ноздрачева А.Ю. [Обзор судебной практики по вопросу соотношения института прощения долга со смежными правовыми конструкциями](#) // *Вестник экономического правосудия РФ. 2019. № 7. С. 202–223.*

Павлов А.А. [Прощение долга](#) // *Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова: Сборник научных статей / Отв. ред. П.А. Варул. Ярославль, 2006. С. 108–114.*

Сарбаш С.В. [Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 11.06.2020 № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»](#) // *Вестник экономического правосудия РФ. 2021. № 3 (приложение).*

Саркисян А.В., Новосельнов Д.А. [Об отказе от права и его последствия](#) // *Вестник экономического правосудия РФ. 2017. № 4. С. 93–131.*

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 397-432 (Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern). Berlin, 2017. § 397.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 397.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y., Chénéde F. *Droit civil: Les obligations. 12^e éd. Paris, 2019. P. 1824–1833.*

Статья 416. Прекращение обязательства невозможностью исполнения

1. Обязательство прекращается невозможностью исполнения, если она вызвана наступившим после возникновения обязательства обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает.

2. В случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возвращения исполненного им по обязательству.

Комментарий

1. Невозможность исполнения

Несмотря на то что институт невозможности исполнения носит, казалось бы, традиционный характер, его регулирование в российском праве крайне противоречиво, а доктринальные воззрения по ряду практических вопросов не сложились.

По смыслу п. 1 ст. 416 ГК РФ наступление после возникновения обязательства обстоятельств, в результате которых исполнение обязательства становится невозможным, при соблюдении указанных в норме условий прекращает обязательство. При этом такое прекращение происходит автоматически (*ipso iure*) в силу самого факта возникновения соответствующего препятствия. В контексте договорных обязательств заявления отказа от договора или иска о расторжении договора согласно ГК РФ в таких случаях не требуется. Статья 417 ГК РФ развивает (как будет показано в комментарии к этой статье, крайне неудачно) эти положения применительно к специфике одного из видов невозможности — юридической невозможности исполнения.

Пункт 1 ст. 416 ГК РФ, к сожалению, достаточно лаконичен и не проясняет все условия, которым должна соответствовать та невозможность, которая будет согласно данной статье прекращать обязательство. Судебная практика, развивая положения закона, вносит ряд уточнений.

Как будет далее показано, в силу ст. 416 ГК РФ возникшее из договора или иного правового основания обязательство прекращается в целом или в соответствующей части автоматически, если после возникновения обязательства возникает фактическая (в силу ст. 417 ГК РФ также и юридическая, но это спорно), объективная и при этом перманентная невозможность исполнения. Классический пример — гибель индивидуально-определенной вещи, являющейся объектом отчуждения. Речь должна идти о ситуации, когда непреодолимое препятствие объективно и бесповоротно исключает возможность исполне-

ния обязательства для должника и (при наличии права на возложения исполнения) тех лиц, на которых должник мог возложить исполнение. Только в этом случае, когда для реализации обязательства не остается ни одного шанса, обязательство прекращается автоматически. При этом в ситуации, когда за возникновение обстоятельств, делающих исполнение невозможным, отвечает одна из сторон, вместо прекращаемого регулятивного обязательства возникает охранительное обязательство возместить убытки за срыв программы обязательственного правоотношения. Несмотря на то что российский закон в комментируемой статье вслед за правом ряда стран говорит о прекращении обязательства только в ситуации, когда ни одна из сторон не отвечает за возникшее препятствие, в реальности имеется в виду, что в этом случае регулятивное обязательство прекращается, не образуя вместо себя охранительное обязательство по возмещению убытков; в тех же случаях, когда одна из сторон отвечает за произошедшее, регулятивное обязательство все равно прекращается, но вместо него возникает ответственность, конечно, если у потерпевшей стороны возникают в связи с произошедшим убытки.

При возникновении лишь временных препятствий, не блокирующих в принципе возможность осуществить обещанное предоставление в будущем в рамках программы обязательственного правоотношения в случае отпадения препятствия (временная невозможность), а также в случае, когда бесповоротное препятствие не позволяет совершить необходимые для исполнения обязательства действия именно и только лично должнику, но имеется способное к исполнению третье лицо, на которое должник вправе возложить исполнение (субъективная невозможность), обязательство автоматически не прекращается, налицо просрочка. В таких ситуациях разрыв обязательственной связи возможен при определенных условиях в форме расторжения договора по инициативе кредитора (а в ряде случаев, хотя это и не признано пока в практике, при соблюдении некоторых условий и по инициативе должника) с возмещением убытков той стороной, которая отвечает за возникновение временного препятствия.

Далее разберем все эти и иные аспекты подробнее.

1.1. Объективная и субъективная невозможность

Невозможность исполнения бывает объективной и субъективной. Понимание этой дихотомии в зарубежной и российской доктрине вызывает дискуссии.

1.1.1. Различие объективной и субъективной невозможности

Согласно российской судебной практике, при объективной невозможности в связи с возникшими препятствиями исполнить обязатель-

ство не может ни должник, ни какое-либо третье лицо, на которое должник, в принципе, мог бы правомерно возложить исполнение по правилам ст. 313 ГК РФ. В соответствии с п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 «по смыслу статьи 416 ГК РФ невозможность исполнения является объективной, когда по обстоятельствам, не зависящим от воли или действий должника, у него отсутствует возможность в соответствии с законом или договором исполнить обязательство как лично, так и с привлечением к исполнению третьих лиц». Например, если актер должен был согласно договору с киностудией сняться в главной роли в кинофильме, но в результате травмы позвоночника оказался полностью и перманентно парализован, налицо объективная невозможность исполнения, и обязательство должно прекращаться в силу п. 1 ст. 416 ГК РФ, так как актер со всей очевидностью не сможет сыграть роль и возложить исполнение на другое лицо он также не сможет в силу того, что характер обязательства исключает такое возложение.

При субъективной невозможности возникшее препятствие мешает исполнить обязательство только должнику, возможность возложить исполнение на третье лицо не заблокирована законом, иным правовым актом, договором или в силу существа обязательства, и при этом третье лицо, на которое теоретически должник может возложить исполнение, способно осуществить обещанное должником предоставление. Например, подрядчик, являющийся индивидуальным предпринимателем, планировал выполнять работы самостоятельно, но имел право привлечь субподрядчика, далее в силу травмы и устойчивой утраты трудоспособности подрядчик теряет возможность осуществлять работу самостоятельно, но возможность привлечь субподрядчика сохраняется.

По смыслу ст. 416 ГК РФ обязательство прекращается автоматически наступлением лишь объективной невозможности исполнения. Это прямо указано в п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6. Субъективная невозможность сама по себе автоматически обязательство не прекращает. Это традиционное решение, характерное для большинства известных правопорядков из тех, которые в принципе выделяют доктрину невозможности исполнения как самостоятельного основания прекращения обязательства.

Логика здесь достаточно простая: так как есть вероятность того, что должник организует процесс исполнения с привлечением третьих лиц, автоматическое прекращение обязательства некорректно, оно может подорвать разумные ожидания одной из сторон.

1.1.2. Последствия субъективной невозможности

Но что происходит в случае субъективной невозможности, если обязательство должника не прекращается?

Если в результате возникшего субъективного препятствия должник допускает просрочку и сложившиеся обстоятельства не могут быть охарактеризованы как освобождающие должника от ответственности по правилам п. 1–3 ст. 401 ГК РФ, он будет нести ответственность за просрочку. Если речь идет о договорном обязательстве, прекращение правовой связи на фоне субъективной невозможности в таком случае осуществляется в результате расторжения договора кредитором. Если должник не смог организовать процесс исполнения с привлечением третьего лица и допустил существенную просрочку, либо обстоятельства очевидно указывают на то, что должник не справится с этой задачей, кредитор получает право на отказ от договора по п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ.

Должник право на отказ от договора в такой ситуации субъективной невозможности согласно букве ГК РФ не имеет. Но здесь следует сделать две оговорки.

Во-первых, он может попробовать расторгнуть или изменить договор на основании ст. 451 ГК РФ, апеллируя к тому, что планировал исполнять договор сам, но возникшие препятствия нарушили эти планы. Впрочем, шансы на удовлетворение такого иска не очень высоки, ибо суды применяют к истцам (особенно тем, кто занимается предпринимательской деятельностью) крайне высокий стандарт прозорливости и, если препятствие не носит характер чего-то поистине чрезвычайного, относят его к категории обычного риска и отказывают в применении ст. 451 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 451 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Во-вторых, если оснований для применения ст. 451 ГК РФ нет, а должнику на фоне возникшей субъективной невозможности затруднительно организовать процесс исполнения с привлечением третьего лица, и усилия, которые должнику придется приложить, явно превышают позитивный договорный интерес кредитора, удовлетворение иска кредитора о понуждении должника к исполнению обязательства может быть заблокировано (подробнее см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). Если кредитор в такой ситуации может легко найти должнику замену и взыскать с должника убытки, но вместо этого требует от долж-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

ника исполнить обязательство в натуре путем организации процесса исполнения с привлечением третьего лица, поведение кредитора может быть охарактеризовано как злоупотребление правом. В той степени, в которой справедлив этот вывод, и кредитор, действительно, не может принудить должника к исполнению в натуре на фоне возникших препятствий, а должник запросил расторжение, выразив готовность покрыть все убытки, затягивание с принятием такого предложения выглядит неразумно и не вполне добросовестно. Если кредитор будет тянуть с отказом, нарастающие мораторные убытки суд может не взыскать с должника на основе правил митигации убытков (ст. 404 ГК РФ). В той степени, в которой кредитор не может рассчитывать на принуждение должника к исполнению в натуре, ему разумно, осознав, что должник не планирует предпринимать сверхусилия для преодоления препятствий, немедленно отказываться от договора и требовать возмещения убытков взамен исполнения договора по правилам п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ.

Более того, теоретически можно было бы обсуждать предоставление должнику в такой ситуации в силу принципа доброй совести права на расторжение договора с возмещением всех убытков кредитора. Например, такая ситуация налицо, если подрядчик, обязанный возвести сцену для проведения концерта в оговоренную дату, попал в тюрьму, и очевидно, что он лично осуществить предоставление не сможет, подрядчик теоретически может организовать процесс выполнения работ с привлечением субподрядчиков, но организацию взаимодействия с субподрядчиком на фоне лишения подрядчика свободы вряд ли можно разумно требовать от него, а заказчик может вполне легко найти подрядчику замену. Такие сверхусилия могут быть со всей очевидностью непропорциональны позитивному интересу кредитора, который может найти другого подрядчика по той же цене, что и цена исходного договора. Поэтому было бы справедливо предоставить такому должнику право на выход из договора с условием возмещения всех убытков кредитора. Несоблюдение жестких условий для применения ст. 451 ГК РФ здесь компенсируется обязанностью покрытия всех убытков (подробнее о таком сценарии см. п. 1.17 комментария к настоящей статье о затруднительности исполнения).

1.2. Перманентная и временная невозможность

Невозможность исполнения бывает временной (потенциально устранимой) или перманентной (постоянной, неустранимой).

Обязательство автоматически прекращается только тогда, когда объективная невозможность носит перманентный характер. Это следует из п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г.

№ 6, согласно которому «обязанность стороны прекращается в силу объективной невозможности исполнения, наступившей после возникновения обязательства и *имеющей неустранимый (постоянный) характер*». То же решение характерно и для многих других правопорядков (например, немецкое право), а также актов международной унификации (п. 4 ст. III.—3:104. Модельных правил европейского частного права).

Как различить временную и перманентную невозможность?

При временной невозможности речь идет о возникновении неких временных препятствий, которые с той или иной степенью вероятности в будущем могут отпасть, открывая возможность для осуществления задержанного предоставления в рамках программы данного обязательственного правоотношения (например, перекрытие судоходства по каналу, по которому по договору предусматривалась перевозка груза, кража подлежащей передаче индивидуально-определенной вещи и т.п.). При перманентной невозможности препятствие носит в контексте судьбы конкретного обязательства абсолютный и окончательный характер, а шанс на открытие возможности осуществления заблокированного предоставления в рамках программы данного обязательства отсутствует или носит чисто умозрительный характер (например, гибель подлежащей передаче покупателю индивидуально-определенной вещи, травма, повлекшая для должника устойчивую утрату трудоспособности, и т.п.). Автоматическое прекращение обязательства мыслимо только в тех ситуациях, когда отпадение препятствия исключено и шанс на пусть и отложенное исполнение отсутствует. В остальных случаях прекращение обязательственной связи помимо воли сторон неприемлемо и выход из такой связи должен осуществляться путем расторжения.

При этом критерием дифференциации является не объективная (не)устранимость того обстоятельства, которое выступило препятствием, а объективная (не)устранимость препятствия в пределах периода, в рамках которого мыслима реализация программы обязательственного правоотношения. Если есть значимая вероятность того, что изменение обстоятельств в будущем позволит должнику осуществить задержанное предоставление по договору, налицо временная невозможность. Но если препятствие, хотя и может в будущем отпасть, но *гарантировано* не может отпасть ранее истечения срока реализации договорной программы, или если возможное отпадение в будущем препятствия не в состоянии возродить возможность осуществить то предоставление, которое было ранее в силу данного препятствия заблокировано, налицо перманентная невозможность.

Поэтому само по себе то обстоятельство, что препятствие гарантированно не отпадет к моменту истечения срока исполнения обязательства, и налицо предвидимая просрочка, не делает данное препятствие перманентным, если при этом исполнение задержанного предоставления может быть осуществлено после отпадения препятствия. Здесь препятствие относительно данной программы обязательственного правоотношения носит *откладывающий* характер, и автоматического прекращения обязательства в силу самого факта возникновения препятствия быть не должно. Но в ряде случаев срок исполнения не столько является модусом осуществления предоставления, сколько входит в сам предмет обязательства и имеет настолько принципиальное значение, что смещение момента исполнения противоречит существу отношений. В такого рода случаях, если возникшее препятствие, хотя и может отпасть в будущем, но в любом случае после исчерпания программы договорных правоотношений, временное препятствие для целей конкретного договора оказывается окончательным и бесповоротным. Соответственно, обязательство должника прекратится автоматически, просрочка не возникает и оснований для отказа от договора нет, так как встречное обязательство отпадет так же автоматически в силу условного аспекта синаллагмы.

Например, если после ДТП танцор надолго попал в больницу и гарантированно не сможет выступить в согласованную дату в балетной постановке, но возможно или даже наверняка поправится в какой-то более отдаленной перспективе, для целей данного договора на участие в данной конкретной постановке в согласованный в договоре день можно говорить о перманентной невозможности. Другой пример: в результате пожара здание выходит из строя и сроки его ремонта значительно превосходят согласованные сроки краткосрочной аренды.

Какая невозможность налицо, если обязательство состояло в осуществлении некоего длящегося предоставления, рассчитанного на определенный период, и возникает объективно временное препятствие, которое блокирует возможность осуществления такого предоставления на определенный отрезок времени? Если это препятствие носит откладывающий характер и из существа отношений следует, что та часть предоставления, которую должник не мог обеспечить в этот отрезок времени, может быть осуществлена позднее, и общий объем предоставления должника не уменьшится, налицо временная невозможность и оснований для автоматического прекращения обязательств должника а целом или в части нет. Но если объективно временное препятствие бесповоротно руинирует возможность осуществить ту часть предоставления, которая приходится на период временной бло-

кировки, следует говорить о перманентной невозможности, затрагивающей данную часть пролонгированного предоставления должника, и частичном прекращении обязательства должника обеспечить соответствующее предоставление в данный период.

Так, если в силу тех или иных временных препятствий арендодатель по договору, заключенному на период с 1 января 2022 г. по 30 декабря 2022 г., не может обеспечить арендатору спокойное владение и пользование предметом аренды вопреки принятым на себя или подразумеваемым обязательствам с период 1 марта 2022 г. по 31 мая 2022 г., будет ли налицо временная невозможность или постоянная? Если мы не смещаем окончание срока аренды на эти три месяца, налицо не смещение обещанного объема предоставления в будущее, а усечение масштабов синалагмы за счет уменьшения объема предоставления со стороны арендодателя. Если из почти 12 месяцев арендатор 3 месяца не мог пользоваться предметом аренды из-за того, что арендодатель в силу неких временных препятствий не исполнил свои обязательства по обеспечению спокойного владения и пользования (например, держал торговый центр, в котором он предоставил арендатору торговый павильон, закрытым), эти обязательства арендодателя за 3 месяца прекращены безвозвратно, а значит, логично говорить о перманентной невозможности исполнения обязательств арендодателя в этой части его обещанного предоставления. Раз обязательства арендодателя по осуществлению предоставления в этот период прекращаются, в силу условного аспекта синалагмы прекращаются и встречные обязательства арендатора по оплате арендной платы за этот период. Это тот случай, когда объективно временное препятствие в контексте существа конкретного договора означает перманентную невозможность исполнения, пусть и в отношении того объема предоставления, который должен был осуществляться в соответствующий период.

1.2.1. Последствия временной невозможности: отказ от договора кредитора

Если невозможность носит сугубо временный характер и при этом может отпасть к моменту наступления срока исполнения либо отпадение такого временного препятствия в будущем после наступления срока исполнения не исключает возможность осуществления задержанного объема предоставления должника, обязательство прекращаться автоматически не может, и оно не прекращается во всех известных правовых порядках мира. Логика простая: автоматическое прекращение в такой ситуации игнорировало бы возможную волю одной или обеих сторон подождать отпадения препятствия. Если имеется вероятность того, что как минимум кредитор может быть готов подождать, а долж-

ник сохраняет готовность исполнить после отпадения препятствия в будущем, реализации обязательства надо дать шанс, а прекращать обязательство автоматически без оглядки на волю сторон неправильно. Препятствие может отпасть на следующий день после возникновения. Например, украденная вещь может быть найдена (причем иногда достаточно быстро), остановленное судоходство – оперативно возобновлено, заваленная дорога – расчищена, заболевший гриппом юрист – выздороветь и доделать прерванную работу и т.п. Автоматическое прекращение обязательства в день возникновения временного препятствия в этих условиях неправильно.

Конечно, можно было бы обсуждать модель, в рамках которой при возникновении препятствия обязательство прекращается, а при отпадении препятствия в будущем восстанавливается, но эта модель кажется избыточно сложной и не принята в рамках цивилистической традиции. Достаточно представить себе абсурдный образ «мигающего» обязательства подрядчика по выполнению работ, которое прекращается в каждый из дней, когда погода мешает эти работы выполнять, а затем с первыми лучами солнца возрождается, и так десятки раз в течение срока выполнения работ. Впрочем, следует иметь в виду, что в ст. 417 ГК РФ применительно к юридической невозможности исполнения отражена именно такая модель умирания и воскрешения обязательства, несмотря на то что юридическая невозможность по своей природе всегда носит временный характер и теоретически может отпасть на следующий день после появления. О разграничении сфер применения ст. 417 ГК РФ и общего режима невозможности, не предполагающего автоматического прекращения обязательства при временной невозможности, см. п. 1.3 комментария к настоящей статье и комментариев к ст. 417 ГК РФ. Поэтому далее речь пойдет о временной фактической невозможности.

Но если в ситуации возникновения временного препятствия обязательство не прекращается *ipso iure*, следует найти другой способ выхода из создавшегося положения. Если речь идет о договорном обязательстве, такой выход состоит в расторжении договора. Такой договор может быть расторгнут кредитором, если временное препятствие сохранилось к моменту наступления срока исполнения и привело к существенной просрочке (п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 328, п. 2 ст. 450 ГК РФ). Если срок исполнения еще не наступил, но очевидно, что возникшее временное препятствие не отпадет к моменту наступления срока исполнения и спровоцирует в будущем существенную просрочку, кредитор в ряде случаев вправе также отказаться от договора по правилам отказа от договора при предвидимом нарушении, если он не намерен

ждать отпадения препятствия (п. 2 ст. 328 ГК РФ). Соответственно, до тех пор, пока договор кредитором не расторгнут, обязательство, исполнение которого временно оказалось заблокировано, сохраняется.

Например, если продавец по договору обязался продать индивидуально-определенную вещь, которая после заключения договора у продавца была истребована другим кредитором по ст. 398 ГК РФ или на нее было обращено взыскание по долгам продавца, для последнего возникает временная невозможность. Здесь продавец потерял возможность исполнить обязательство передать вещь во владение и перенести собственность, но существует вероятность того, что он выкупит вещь обратно к моменту наступления срока исполнения или даже в период своей просрочки, но до отказа от договора. Если продавец предложит новому собственнику цену выше рыночной, есть вероятность того, что тот согласится вернуть вещь в собственность продавца, что восстановит для продавца возможность исполнить свое обязательство. Соответственно, в день, когда у продавца исчезает право собственности на вещь, ни о каком автоматическом прекращении его обязательства перед покупателем речь идти не может. Но покупатель в такой ситуации может отказаться от договора, если уже возникла существенная просрочка в передаче вещи, либо сложившаяся ситуация очевидно свидетельствует о том, что к назначенному сроку вещь передана ему не будет.

На то, что при временной невозможности обязательство автоматически не прекращается, но кредитор вправе отказаться от договора, указывает п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7. Здесь говорится следующее: «Наступление обстоятельств непреодолимой силы само по себе не прекращает обязательство должника, если исполнение остается возможным после того, как они отпали. Кредитор не лишен права отказаться от договора, если вследствие просрочки, возникшей в связи с наступлением обстоятельств непреодолимой силы, он утратил интерес в исполнении». О том же говорит и п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6. Как известно, п. 3 ст. 401 ГК РФ определяет непреодолимую силу как чрезвычайные и непредотвратимые обстоятельства, влекущие *невозможность исполнения*. Иначе говоря, если временная невозможность исполнения возникла вследствие непреодолимой силы, обязательство не прекращается автоматически, но кредитор получает право на отказ от договора. *A fortiori* сохранение обязательства на фоне временных препятствий касается и случаев, когда препятствие не носит характер непреодолимой силы.

Если должник освобождается от ответственности за возникновение препятствия по правилам п. 1–3 ст. 401 ГК РФ, возникаю-

щие в период временной невозможности у кредитора убытки в связи с просрочкой не подлежат покрытию, а неустойка за просрочку не подлежит уплате. В обратном случае должник несет ответственность за просрочку (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Например, если у гражданина, выступающего в качестве продавца подержанного автомобиля, последний был украден до передачи покупателю, но это произошло по причине неосторожности самого продавца, он будет отвечать за просрочку; при отсутствии же вины продавца он в такой ситуации не обязан возмещать убытки покупателю за период просрочки. То же и с должниками-коммерсантами, с той лишь разницей, что их освободит от ответственности за просрочку только квалификация возникшего временного препятствия в качестве непреодолимой силы.

Но даже если должник освобождается от ответственности за возникшую на фоне временной невозможности просрочку, это, хотя и исключает взыскание убытков или неустойки, либо применение иных мер ответственности, но само по себе не блокирует право кредитора на отказ от договора в связи с возникшей или предвидимой существенной просрочкой, влекущей утрату интереса к реализации договора, и возврат ранее предоставленного по встречному обязательству (если встречное исполнение ранее было осуществлено в целом или в части). Этот подход отражен и в международных актах унификации частного права, которые в ситуации просрочки, спровоцированной наступлением временной непреодолимой силы, блокируют право на взыскание убытков (неустойки), но не пресекают прав кредитора, утратившего интерес к договору на фоне просрочки, отказаться от договора. Извинительность причин, повлекших возникновение временного препятствия, может учитываться судом при оценке спровоцированного таким препятствием или предвидимого нарушения в качестве существенного и оправданности отказа от договора с точки зрения принципа доброй совести (п. 2 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ). Но то, что временная невозможность возникла по обстоятельствам, за которые должник не отвечает, само по себе жестко не блокирует право на отказ. Даже форс-мажорная невозможность исполнения (например, по причине эмбарго) должна оправдывать право кредитора на отказ от договора, если держать кредитора в подвешенном положении бесконечно на фоне затянувшейся временной невозможности нелепо. Кредитор может просто бесповоротно потерять интерес к реализации договора, и, кроме того, просрочка может ввергать его в мораторные убытки, которые он взыскать с должника не сможет в силу освобождения того от ответственности, и запрет на выход из договора будет

приводить к бесконечному наращиванию таких некомпенсируемых убытков. Но в ряде случаев освобождение должника от ответственности за возникшее временное препятствие может свидетельствовать против добросовестности реализации права на отказ от договора на фоне отсутствия объективной утраты кредитором интереса в реализации соответствующей операции, отсутствия у кредитора значительных убытков в связи с данной просрочкой (которые было бы невозможно переложить на должника в связи с освобождением от ответственности) и с учетом ряда иных факторов (подробнее о влиянии освобождения должника от ответственности за нарушение на доступность кредитором права на отказ от договора см. комментарий к п. 2 ст. 450 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В силу п. 23 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7 в течение периода временной невозможности кредитор не может рассчитывать на удовлетворение иска об исполнении обязательства в натуре. Поданный иск подлежит отклонению. Но после отпадения временных препятствий кредитор может заявить новый иск о понуждении к исполнению. Процессуальные правила о запрете на повторение процесса путем заявления иска к тому же ответчику с тем же предметом и основанием в такой ситуации, когда первый иск был отклонен за счет использования дилаторного, откладывающего возражения (в частности, о наличии временной невозможности исполнения), применяться не могут. Хотя предмет у исков один и тот же, но основания для удовлетворения иска в такой ситуации обновились: в рамках второго иска истец будет ссылаться на новое обстоятельство — отпадение временной невозможности. В принципе, альтернативой могло бы выступать удовлетворение первого иска с присуждением под условием отпадения временного препятствия, но пока российские суды не проявляют склонность выносить решения об условном присуждении (подробнее см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ).

1.2.2. Право должника на отказ от договора на фоне временной невозможности

Как мы видим, если налицо временная невозможность исполнения, как носящая характер непреодолимой силы, так и нет, обязательство сохраняется, но кредитор наделен правом на отказ от договора в связи со спровоцированной таким препятствием существенной просрочкой или очевидностью того, что возникшее препятствие такую суще-

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 450 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

ственную просрочку спровоцирует, а также вправе в обоих случаях требовать применения к должнику мер ответственности при условии, что должник не освобождается от ответственности за возникновение соответствующего препятствия, но не может принудить должника к исполнению в натуре невозможного. Но что, если кредитор от договора не отказывается и готов подождать пару лет или дольше отпадения такого временного препятствия? Может ли в такой ситуации отказаться от договора должник?

По этому вопросу в законе имеется телеологический пробел, который возможно восполнить. Руководствуясь принципами справедливости, разумности и добросовестности, при помощи которых ст. 6 ГК РФ предписывает восполнение формально-логических или телеологических пробелов в законе, следует прийти к выводу, что должник также может вырваться из договора, как минимум если он не отвечает за возникновение временного препятствия и при этом само препятствие сохраняется в течение достаточно продолжительного срока. Но в силу принципа доброй совести уклонение кредитора от выражения согласия на предлагаемое должником расторжение договора, которое способно прекратить создавшееся и затянувшееся подвешенное положение, в такой ситуации может быть с учетом конкретных обстоятельств, включая перспективы отпадения препятствия и соотношение интересов сторон, оценено как злоупотребление правом (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Иначе бы должник оказывался в противоестественном и несправедливом положении, становясь заложником прихоти кредитора. Кредитор мог бы по каким-то причинам не расторгать договор годами, и все это время должник, не отвечавший за возникновение невозможности, был бы должен сохранять готовность немедленно приступить к исполнению, как только препятствие отпадет.

Представим, что в связи с началом военных действий в регионе поставка товара оказалась заблокирована, но покупатель не спешит пользоваться правом на отказ от договора по правилам п. 2 ст. 328 и п. 2 ст. 405 ГК РФ. Логика покупателя может быть такой: цены на данный товар на рынке растут, и покупателю нет смысла выходить из договора; когда, и, если военные действия прекратятся, он потребует от поставщика все-таки осуществить поставку по той более низкой цене, которая была закреплена в договоре. Сколько времени покупатель может сохранять договор в действии, держать поставщика в неопределенности и вынуждать его сохранять готовность осуществить поставку, как только препятствие отпадет? Очевидно, что такая асимметрия правомочий несправедлива. Предлагаемое решение предоставляет в данном примере поставщику, не отвечающему за возникшее препятствие,

право на выход из договора в ситуации, когда возникшее препятствие не отпадает в течение разумного срока.

Что, если должник отвечает за возникновение невозможности? Разумно ли давать ему и в такой ситуации право на выход из договора? Это более спорный вопрос. Например, представим, что у должника отозвали лицензию, необходимую для оказания услуги, суд наложил по требованию третьих лиц арест на подлежащее отчуждению должником имущество, либо должник оказался в больнице и не может временно исполнять договор по причине ДТП, виновником которого был сам должник. Что, если кредитор, столкнувшись с такой временной невозможностью, от договора не отказывается и просто начисляет на должника пени? Справедливо ли, что должник не может выйти из договорной связи и вынужден годами находиться в тонусе и поддерживать готовность приступить к исполнению на случай отпадения временного препятствия? Не справедливее ли и в этом случае дать должнику право на отказ от договора на фоне затянувшейся временной невозможности с условием полного возмещения убытков кредитора? Зарубежные правовые порядки обычно прямо о таком праве должника не говорят. В то же время поведение кредитора, который, зная о невозможности исполнения, невысокой вероятности отпадения препятствия в ближайшей перспективе и выраженном должником желании расторгнуть договор, вместо согласия на расторжение и предъявления требования о возмещении убытков за срыв контракта выжидает и начисляет пени за просрочку в течение многих месяцев и предъявляет ко взысканию мораторные убытки, вызванные таким ожиданием, явно неразумно и экономически нецелесообразно, особенно если он может заключить заменяющую сделку с третьим лицом. В такой ситуации суд может снизить объем ответственности должника за просрочку по правилам ст. 404 ГК РФ. Более того, отказ кредитора от предлагаемого должником добровольного расторжения с условием о полном возмещении убытков в такой ситуации может быть с учетом конкретных обстоятельств также признан злоупотреблением правом.

Например, представим, что подлежащий отчуждению должником автомобиль похищен неустановленными лицами, возбуждено уголовное дело, возможно, вещь найдут и вернут должнику, но это не предопределено, и налицо временная невозможность исполнения. Случившееся произошло отчасти по вине самого должника, оставившего автомобиль на парковке со включенным зажиганием, и он не освобождается от ответственности. Кредитор отказываться от договора не торопится. Но должник предлагает кредитору расторгнуть договор на фоне неопределенности по поводу перспектив

обнаружения похищенной вещи и выражает готовность возместить все убытки кредитора, связанные с разрывом договора. Как оценить отказ кредитора от принятия такого разумного предложения и его принципиальное желание держать договор в силе и начислять годами неустойку за просрочку в передаче вещи? Могут быть обнаружены основания оценить поведение кредитора в такой ситуации в качестве не вполне добросовестного.

Впрочем, пока вопрос о предоставлении должнику права на отказ от договора или признания несогласия кредитора с предложением должника расторгнуть договор на фоне затянувшихся временных препятствий в судебной практике высших судов не решен. Статья же 416 ГК РФ об автоматическом прекращении обязательств касается прежде всего перманентной невозможности.

1.3. Фактическая и юридическая невозможность

Невозможность исполнения бывает фактической или юридической.

Под юридической невозможностью понимается ситуация, когда фактически совершить входящие в предмет обязательства действия или бездействовать можно, но это будет противоречить принятым после возникновения обязательства закону, иным правовым актам или иным актам публичных властей (например, введение экспортных ограничений, эмбарго, административное приостановление деятельности, установление запрета на совершение отчуждения имущества судом в виде обеспечительных мер, приостановление лицензии и т.п.).

Под фактической же невозможностью понимается ситуация, когда соответствующее входящее в предмет обязательства поведение заблокировано фактически и не может быть осуществлено в принципе. Например, это может быть перекрытие судоходства в силу стихийного бедствия, гибель подлежащей отчуждению индивидуально-определенной вещи, прекращение обязательства, требование из которого подлежало уступке, и т.п.

Обязательство прекращается в силу фактической невозможности, но в силу ст. 417 ГК РФ оно прекращается и в силу юридической невозможности исполнения. Последнее создает проблему, ибо любая юридическая невозможность может отпасть в любой день: любой запретительный закон, судебный запрет, арест имущества и т.п. могут отменить на следующий день после введения. Соответственно, указание в ст. 417 ГК РФ на прекращение обязательства невозможностью исполнения вступает в некоторый логический конфликт с общей идеей о том, что обязательство автоматически прекращается только при перманентной невозможности. Положения ст. 417 ГК РФ пытаются отреагировать на эту проблему, указав на то, что при отмене юридического препят-

ствия прекращенное, казалось бы, обязательство ретроактивно восстанавливается, если кредитор не отказался от договора. Это решение не совпадает с тем, которое отражено в практике ВС РФ в отношении общего режима временной невозможности (сохранение обязательства с предоставлением кредитору права на отказ от договора). Соответственно, здесь возникает некоторое логическое противоречие (подробнее об этой проблеме см. комментарий к ст. 417 ГК РФ).

1.4. Полная или частичная невозможность исполнения

Если предмет обязательства носит делимый характер, мыслимы ситуации, когда возникшее препятствие делает невозможным исполнение обязательства в части. Например, продавец должен передать покупателю коллекцию своих книг, но до момента передачи в результате пожара часть из оговоренных книг сгорела. По умолчанию в такой ситуации в силу перманентного и объективного характера возникшего препятствия обязательство продавца прекращается в части (а также по общему правилу и соответствующая пропорциональная часть встречного предоставления в силу условного аспекта синаллагмы, если риск не лежит на кредиторе). Но здравый смысл подсказывает, что в случае если обязательство носило договорный характер, кредитору должно быть предоставлено право на отказ от договора в целом, если его не устраивает такое усечение программы договорных правоотношений и такая реакция кредитора носит соразмерный и добросовестный характер.

Если должник отвечает за возникшую частичную невозможность, кредитор вправе потребовать возмещения убытков как в сценарии автоматического усечения объема синаллагмы, так и в случае отказа от договора в целом.

1.5. Невозможность реализации того или иного модуля исполнения

Могут также сложиться ситуации, когда возникшее после возникновения обязательства препятствие делает невозможным реализацию того или иного модуля исполнения, не препятствуя осуществлению предоставления в согласованный срок в ином модуле. Например, представим, что сама поставка товара не блокируется, но в силу закрытия по причине перепрофилирования порта назначения, в который товар должен быть доставлен согласно условиям договора, исполнить обязательство по поставке товара именно в данный порт становится невозможно. Или допустим, что в договоре были согласованы расчеты через согласованный сторонами банк, но далее у банка была отозвана лицензия и он был ликвидирован: должник может осуществить платеж, но сделать это в том порядке, который был согласован, стало невозможно.

Если такие препятствия носят перманентный и объективный характер, и для осуществления предоставления от должника потребуется изменение порядка исполнения, чем тот, о котором стороны договаривались или что изначально требовало внедоговорное правовое основание обязательства, по умолчанию обязательство, казалось бы, должно прекращаться. Но здесь многое зависит от применения принципа доброй совести и реакции кредитора и должника. Могут быть ситуации, когда при поступлении от одной из сторон предложения изменить программу обязательства для того, чтобы разблокировать возможность исполнения, отказ другой стороны покажется недобросовестным. Например, если порт, в который должен был доставляться товар закрылся, но рядом имеется другой порт, покупатель просит поставщика доставить товар туда, исполнение этой просьбы не повлечет для поставщика возрастание расходов, или незначительное возрастание таковых покупатель обещает покрыть, попытка поставщика сослаться на прекращение обязательства в силу наступления объективной невозможности может быть признана недобросовестной.

Впрочем, следует иметь в виду, что модус и предмет обязательства тесно между собой связаны и нередко четко разделить «что» и «как» затруднительно. Чем очевиднее, что препятствие блокирует возможность осуществления предмета предоставления, а не его модуса, тем меньше оснований использовать принцип доброй совести для вынуждения одну из сторон к смирению с изменением программы обязательства. Представим, что договор на проведение конференции предусматривал очный формат мероприятия, но на фоне распространения пандемии и принятия санитарно-эпидемиологических ограничений проведение такой конференции стало невозможным, и единственной альтернативой является перевод конференции в онлайн-формат. Очевидно, что участники конференции вполне могут отказаться от изменения условий договора и настаивать на прекращении обязательственных правоотношений сторон с учетом того, что аудиторный и онлайн-форматы обучения — это *принципиально* различные форматы мероприятия. В принципе, и организатор конференции не обязан по доброй совести соглашаться на предложение участников осуществить перевод конференции в онлайн-формат.

1.6. Невозможность обеспечить должное качество результата входящего в предмет обязательства предоставления

На практике нередко складываются ситуации, когда возникают обстоятельства, предопределяющие бесповоротное снижение качества того результата, который должник обязан предоставить кредитору. Здесь должник сохраняет возможность осуществить предоставление,

но из-за возникших препятствий качество предоставления будет ниже запланированного. Например, после заключения договора купли-продажи автомобиля, но до его передачи покупателю происходит ДТП, автомобиль повреждается и становится очевидным, что в случае передачи автомобиля покупателю предоставление будет некачественным.

В такой ситуации обязательство должника не должно прекращаться автоматически, так как мы не должны предрешать развитие событий: кредитор вполне может согласиться принять такое некачественное предоставление. При этом в отличие от примеров, описанных в предыдущем пункте комментария, такие изменения не возлагают на должника бремя совершения чего-либо иного, чем то, к чему он был обязан. Соответственно, вопрос о судьбе обязательства следует отдать на откуп кредитору. Покупатель автомобиля может быть заинтересован в приобретении автомобиля настолько, что потребует его передачи, несмотря на некоторое повреждение. То, что он знает о дефекте к моменту получения вещи, никак не блокирует доступные ему в связи с дефектом и принятием дефектного предоставления средства защиты, такие как право на соразмерное уменьшение цены, а также взыскание своих расходов на устранение дефектов или иных убытков, так как на момент заключения договора он о дефекте не знал. То, что покупатель принял дефектное предоставление, не означает, что его позитивный интерес не страдает. Право на взыскание убытков и (или) неустойки (но не право на уменьшение цены) может исключаться, если ухудшение возникло по обстоятельствам, за которые должник не отвечает по правилам п. 1–3 ст. 401 ГК РФ, а также ограничиваться, если налицо условия обвинить кредитора в нарушении требований к митигации убытков (ст. 404 ГК РФ).

1.7. Возникновение невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон

1.7.1. Определение ответственности сторон за возникновение невозможности исполнения

Пункт 1 ст. 416 ГК РФ вводит еще одно условие, соблюдение которого требуется для того, чтобы обязательство прекращалось невозможностью исполнения. Требуется, чтобы само препятствие возникло по обстоятельствам, за которые не отвечает ни одна из сторон. Если ни должник, ни кредитор не отвечают за возникновение объективного перманентного препятствия по правилам ст. 401 ГК РФ, обязательство автоматически прекращается, и никто никому не обязан возмещать убытки.

Но что значит «отвечает» в данном контексте? Если должник не осуществлял в рамках принятия на себя и исполнения данного

обязательства предпринимательскую деятельность, должник не отвечает за возникновение препятствия при условии, что в возникновении объективного перманентного препятствия отсутствует его вина в форме умысла или неосторожности (п. 1 и 2 ст. 401 ГК РФ). Но как быть в случае, если должник принимал на себя обязательство в рамках осуществления предпринимательской деятельности? Согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ он отвечает в такой ситуации и за случай, т.е. при отсутствии своей вины в нарушении, а освобождают его от ответственности только обстоятельства непреодолимой силы. Но эти нормы установлены для ситуаций нарушения обязательства. Применимы ли правила строгой ответственности коммерсантов за нарушение обязательства тогда, когда речь идет о прекращении обязательства в силу объективной невозможности исполнения? Либо здесь должен работать принцип вины?

Этот вопрос может вызывать споры. Формально говоря, если обязательство прекращается объективной невозможностью исполнения до впадения должника в просрочку, в контексте российского закона нельзя говорить о нарушении обязательства: оно автоматически прекратилось еще до впадения должника в просрочку. Так что может быть обсуждаем уход от правила строгой ответственности в описанном сюжете. В то же время могут быть выдвинуты возражения против такой дифференциации. Почему если подлежащая отчуждению вещь была украдена при отсутствии вины продавца-коммерсанта и налицо не автоматическое прекращение обязательства, а просрочка, продавец несет ответственность за просрочку, а также отвечает за все убытки покупателя, возникшие в случае расторжения договора покупателем в ответ на просрочку, а в случае если данная вещь была украдена и на следующий день уничтожена воров, и обязательство продавца прекращается объективной невозможностью исполнения (с прекращением встречного обязательства покупателя в силу условного аспекта синаллагмы), и *de facto* происходит такой же разрыв договора, как и в описанном выше сценарии расторжения в ответ на просрочку, продавец может уйти от ответственности со ссылкой на случай? Кажется, что в такой дифференциации просто нет логики. Можно спорить с обоснованностью установления строгой ответственности должника-коммерсанта за нарушение договора в российском законе, но раз уж она установлена, то, видимо, она должна применяться и к ситуациям прекращения обязательства невозможностью исполнения. Впрочем, вопрос может быть предметом дискуссий.

Кредитор не отвечает за возникновение препятствия, если наступление невозможности исполнения не было предопределено наруше-

нием кредитором его кредиторской обязанности и нарушение обязательства должника не стало следствием формально неправомерного или недобросовестного поведения кредитора (п. 4 ст. 1, ст. 404 ГК РФ). Например, если подлежащая передаче вещь погибла при приемке в результате неосторожности грузчиков, нанятых покупателем, и это произошло до переноса на покупателя права собственности, формально возникла невозможность исполнения обязательства продавца по передаче вещи, но она возникла по вине кредитора. Вопрос о том, может ли к случаям нарушения кредиторской обязанности применяться стандарт строгой договорной ответственности, не зависящей от вины, может быть предметом дискуссии.

1.7.2. Судьба обязательства при возникновении невозможности по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон

Итак, согласно комментируемой норме обязательство прекращается автоматически при возникновении перманентной и объективной невозможности исполнения, если ни одна из сторон не отвечает за возникновение невозможности. Привязка вопроса о судьбе обязательства при возникновении объективной невозможности исполнения и оснований ответственности кодифицирована не только в ГК РФ, но и в ряде правовых систем (например, Италии, Швейцарии, а также Германии до реформы 2002 г.). Но в целом оно кажется не вполне удачным. Было бы разумнее вслед за правом ряда стран (например, немецким правом после реформы 2002 г.) четко разграничить вопросы о существовании самого регулятивного обязательства, затронутого невозможностью исполнения, и ответственности. Последующая объективная перманентная невозможность исполнения должна прекращать регулятивное обязательство должника осуществить оговоренное предоставление в натуре (в целом или в части), независимо от того, отвечает ли должник или кредитор за возникновение самого препятствия. От того, отвечает ли должник или кредитор за возникновение препятствия, должен зависеть вопрос о возникновении или невозникновении охранительного обязательства по возмещению убытков.

С учетом актуального состояния правил ст. 416 и 417 ГК РФ остается корректно истолковать их. Когда закон в п. 1 ст. 416 ГК РФ говорит о том, что обязательство прекращается невозможностью исполнения, возникшей по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, имеется в виду, что в такой ситуации прекращение регулятивного обязательства происходит без перехода на стадию ответственности. Но очевидно, что само регулятивное обязательство осуществить некое исполнение в натуре прекращается бесповоротно и при наступлении последующей, объективной и перманентной невозможности по об-

стоятельствам, за которые отвечает должник, просто в этом случае происходит трансформация исходного долга в охранительное обязательство по возмещению убытков.

Даже если индивидуально-определенная вещь, подлежащая передаче кредитору, погибла по вине должника (например, продавец, получив аванс за подлежащую отчуждению по заключенному договору вещь, на радостях выпил и по неосторожности спалил ее), вещь тем не менее бесповоротно погибла, и произошедшее уже не исправить. Фиксировать просрочку исполнения обязательства по передаче этой вещи на протяжении многих лет и начислять на продавца, скажем, пени за просрочку нелепо. В равной степени абсурдно сохранять в силе встречное обязательство кредитора: такое обязательство должно прекращаться автоматически в силу условного аспекта синаллагмы, а вслед за этим прекращаться должны и обеспечения этого встречного обязательства. Наконец, встречное предоставление, если такое было ранее осуществлено, подлежит немедленному возврату. Если бы обязательство должника вопреки логике сохранялось, было бы сложно обосновать прекращение встречного обязательства кредитора или возникновение реверсивного обязательства по возврату полученного от кредитора. Соответственно, исходное регулятивное обязательство должника, а также неисполненное встречное обязательство кредитора прекращаются, у должника возникает обязательство вернуть аванс или иное встречное предоставление (если таковое было ранее получено) и покрыть убытки кредитора, и отношения сторон переходят на ликвидационную стадию и стадию ответственности. Если у кредитора убытков вовсе нет (например, после заключения договора рыночная цена на вещь упала, и покупатель даже выиграет от того, что сделка будет сорвана и он заключит замещающую сделку по упавшей цене), и при этом ранее он встречного исполнения не производил, значит, обязательство прекращается, и вместо него никакого нового охранительного обязательственного отношения по покрытию убытков и (или) осуществлению реверсивного предоставления не возникает. В итоге в таком случае вместо прекращенного исходного обязательства не возникает никакого иного, и отношения сторон в принципе прекращаются (если не учитывать отдельные права и обязанности, которые в силу своей автономности могут сохраняться и после прекращения основных обязательств).

Этот подход позволяет исправить очевидную нелогичность комментируемой нормы и в ином аспекте. Кажущееся странным упоминание в комментируемом пункте того, что обязательство прекращается в ситуации, когда за невозможность не отвечает *ни одна из сторон*,

казалось бы, намекает на то, что обязательство должника сохраняется даже при вине кредитора в возникновении невозможности исполнения. Но очевидно, что такое буквальное прочтение просто абсурдно. Продавец вещи не может продолжать быть обязанным передать вещь по договору купли-продажи в ситуации, когда вечеринка по поводу заключения договора и уплаты аванса происходила с участием покупателя, и именно его неосторожность привела к пожару, который спалил подлежащую отчуждению вещь. Неужели законодатель, говоря о том, что обязательство не прекращается невозможностью исполнения, возникшей по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, этого не понимает? Нет особых сомнений, что регулятивное обязательство должника в такой ситуации все-таки прекращается. Вопрос в том, что происходит со встречным предоставлением — прекращение оно в силу условного аспекта синаллагмы и заменой на обязательство возместить убытки или сохранение в силе в отступление от общего правила условной синаллагмы, может вызывать споры (подробнее см. комментарий к п. 1.8 настоящей статьи), но это в любом случае некая санкция. Законодатель, говоря о том, что обязательство не прекращается, если за невозможность отвечает кредитор, под прекращением обязательства имеет в виду тотальное сворачивание всего комплекса договорных обязательств. Такое сворачивание, действительно, не происходит, так как у кредитора возникает обязательство возместить убытки или сохраняется встречное обязательство. Здесь проявляет себя неверная концепция «единого сложного обязательства», которая под обязательством понимает все взаимные права и обязанности сторон одного договора (например, «обязательство по купле-продаже»). Если у кредитора, в нарушение своих кредиторских обязанностей спровоцировавшего невозможность исполнения, возникает обязательство возместить убытки (ст. 406 ГК РФ), или его встречное обязательство сохраняется и должно быть исполнено, значит, по мысли авторов данной нормы, такое «единое сложное обязательство» сохраняется. Абсурдность идеи «единого сложного обязательства» не вызывает сомнений и отвергнута в самом определении обязательства в ст. 307 ГК РФ и подавляющем большинстве норм ГК РФ об обязательствах (подробнее см. комментарий к п. 1 ст. 307 ГК РФ). Поэтому нет другого пути, как признать *contra legem*, что при возникновении невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, обязательство должника в любом случае прекращается, не трансформируясь в его же охранительный долг по возмещению убытков. Вместо этого в данном случае либо у кредитора возникает обязанность по возмещению вызванных срывом контракта убытков

самого должника (при их наличии), либо кредитор остается обязанным осуществить встречное предоставление, несмотря на то что он не получает исполнение от должника.

Возмещение убытков должником или кредитором применительно к случаям наступления невозможности исполнения договорного обязательства (если такие убытки имеются) включает в себя возмещение позитивного договорного интереса, как если бы речь шла о договорной ответственности. Здесь должны применяться правила гл. 25 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательства. Наступление объективной перманентной невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает должник или кредитор, с точки зрения объема возмещаемых убытков равнозначно сценарию существенного нарушения должником своего обязательства или кредитором своей кредиторской обязанностей и отказу от договора потерпевшей стороной в ответ. Речь идет о взыскании убытков за срыв договорной программы («убытки взамен реального исполнения»). Соответственно, при взыскании убытков должны применяться правила п. 5 ст. 453 и ст. 393.1 ГК РФ о возмещении убытков, которые в обычной ситуации кредитор вправе взыскать в сценарии расторжения нарушенного договора. Если, например, вещь погибла по вине продавца до ее передачи покупателю, покупатель может потребовать возмещения убытков в виде конкретной ценовой разницы между ценой сорванного договора и ценой замещающей сделки, заключенной взамен (либо абстрактных убытков) по правилам ст. 393.1 ГК РФ. При этом в свете прекращения договора потерпевшая сторона вправе рассчитать убытки по формуле защиты негативного интереса (прежде всего потребовать возмещения затрат, понесенных в связи с заключением и исполнением договора и становящихся тщетными на фоне прекращения обязательств). Вопрос о том, причитаются ли в такой ситуации потерпевшей стороне такие убытки, если доказано, что ее убытки, рассчитанные по модели защиты позитивного интереса, значительно ниже или вовсе отсутствуют, в российском праве спорен (см. комментарий к п. 5 ст. 453 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Если исходное неденежное обязательство было обеспечено залогом или поручительством, прекращение данного обеспеченного обязательства в связи с возникновением объективной и перманентной невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 453 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

должник, будет означать, что залогом или поручительством обеспечивается долг по возмещению убытков. Иначе говоря, ни о каком прекращении обеспечений в такой ситуации речь не пойдет. О том, что при обеспечении поручительством неденежного обязательства фактически обеспечиваются охранительные денежные обязательства, которые могут созреть на случай нарушения, см. п. 2 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45. То же и с залогом.

1.8. Условный аспект синаллагмы

Из самой природы синаллагматических двусторонних договоров следует, что при прекращении одного из двух взаимных обязательств невозможностью исполнения встречное обязательство, которое еще не было исполнено, также прекращается. Иное решение приводило бы к превращению договора из синаллагматического двустороннего в односторонний (разрыву синаллагмы), что, очевидно, не соответствует подразумеваемой воле сторон договора, если иное прямо не указано в договоре и не следует из закона. Об условном аспекте встречности см. комментарий к ст. 328 ГК РФ.

Если встречное исполнение было уже произведено, оно по общему правилу подлежит возврату в натуре или в денежном эквиваленте с целью выравнивания имущественного положения сторон. Иначе опять же произойдет неосновательное обогащение должника по затронутому невозможностью обязательству. Возврат полученного должником встречного предоставления или его денежной стоимости в такой ситуации должен осуществляться по тем же правилам, по которым возвращается имущество или денежный эквивалент полученного предоставления при расторжении договора (п. 4 ст. 453 ГК РФ), т.е. с субсидиарным применением правил гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении. Именно так данный вопрос решается во всех известных правоприменительных актах.

Соответственно, если речь идет о прекращении невозможностью исполнения основного обязательства по двустороннему синаллагматическому договору, следует говорить о полном прекращении договора, как если бы договор был расторгнут.

Правило о прекращении встречного обязательства закреплено в п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6: «По общему правилу, если обязанность одной стороны прекратилась невозможностью исполнения согласно пункту 1 статьи 416 ГК РФ, то прекращается и встречная обязанность другой стороны (пункт 1 статьи 328 ГК РФ)» (см. также Определение СКЭС ВС РФ от 6 августа 2020 г. № 301-ЭС19-25810). Правило о возникновении обязанности вернуть ранее осуществленное встречное предоставление в натуре или в виде

выплаты денежной стоимости прямо ВС РФ не закрепил, но оно с очевидностью следует из того же условного аспекта синаллагмы.

Но это лишь общее правило. Условный аспект синаллагмы может быть отключен либо специальной нормой, либо условиями договора (п. 4 ст. 328 ГК РФ).

1.8.1. Опцион на изменение дизайна синаллагмы

В некоторых правопорядках (например, Италии, Германии) с теми или иными нюансами реализована идея, согласно которой в тех случаях, когда прекращенное невозможностью исполнения обязательство состояло в передаче имущества, а сама невозможность состояла в гибели / изъятии данного имущества, кредитор, не несущий риск такой невозможности исполнения, может в разумный срок выразить волю на сохранение своего встречного обязательства или отказ от возврата ранее осуществленного встречного предоставления в обмен на передачу ему того, что должник получил или вправе получить от третьих лиц в связи с прекращением права собственности на имущество. Например, это может быть полученные должником выплата страхового возмещения, возмещение ущерба делинквентом, денежная компенсация, которую государство выплатило должнику за изъятие имущество во имя публичных нужд, или иное имущество, которое ему было предоставлено государством или иным третьим лицом взамен погибшего или изъяттого имущества

Если должник уже получил страховое возмещение, возмещение ущерба, компенсацию или натуральную замену изъятого или погибшего, должник по требованию кредитора должен передать кредитору соответствующую денежную сумму или полученное имущество. Если встречное предоставление кредитора носило денежный характер, и оно им еще не осуществлено, может быть объявлен зачет, и должник должен выплатить кредитору соответствующую разницу.

Если к моменту выражения кредитором своей воли воспользоваться описанной опцией должник еще не получил возмещение, компенсацию или натуральную замену от третьих лиц, но вправе требовать от третьих лиц такого предоставления, в момент получения должником соответствующего волеизъявления к кредитору переходит указанное право требования такого предоставления от третьих лиц. Как представляется, выражение кредитором своей воли на такую замену должно приводить к автоматическому переходу права требования, а не к возникновению обязанности совершить уступку.

Например, если был заключен договор мены и вещь, которую должна была передать одна сторона, погибла, контрагент может заявить, что готов осуществить свое встречное предоставление, несмотря на это,

в обмен на переход к нему требования к страховой компании о выплате страхового возмещения (при условии, конечно, что такая вещь была застрахована). И в этом случае созревшее требование о выплате страхового возмещения будет считаться перешедшим к кредитору. В этом случае кредитор должен будет исполнить свою часть синаллагмы, передав ту вещь, которую он должен был передать по договору.

При этом если должник отвечает за возникновение невозможности, было бы логично вслед за рядом правопорядков исходить из того, что размер таких убытков уменьшается на сумму или объективную ценность того, что должник получил от третьих лиц и передает кредитору по его требованию в рамках реализации обсуждаемого «опциона».

Российское законодательство пока такого правила не знает, но оно представляется вполне разумным и может быть выведено из соображений доброй совести, разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ) в формате восполнения телеологического пробела в законе.

1.8.2. Возложение риска невозможности исполнения на кредитора

Другое отступление от условного аспекта синаллагмы может состоять в том, что закон или условия сделки возлагают риск невозможности исполнения на кредитора.

При этом согласно позиции ВС РФ здесь нужно различать две разные модели отступления от общего правила. В п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 Суд разделяет а) случаи, когда на стороне, осуществляющей по договору встречное предоставление, лежит риск наступления невозможности исполнения в виде сохранения ее обязанности, несмотря на то что обязательство должника прекратилось невозможностью исполнения, или риск блокирования возможности истребовать назад ранее осуществленное встречное предоставление (по терминологии ВС РФ «риск неполучения встречного предоставления», но точнее его называть *риском разрыва синаллагмы*), и б) случаи, когда кредитор не обязан осуществлять встречное предоставление и может истребовать ранее осуществленное встречное предоставление, но обязан возместить должнику по затронутому невозможностью исполнения обязательства убытки (*риск убытков*).

При этом ВС РФ указывает на то, что в некоторых случаях невозможность исполнения сочетается с возложением на кредитора риска осуществления своего исполнения, несмотря на неполучение встречного предоставления (риск разрыва синаллагмы), в других — с риском возложения на кредитора ответственности, а в третьих — с тем и другим (в разъяснении риск убытков и риск неполучения встречного предоставления соединены альтернативным союзом «и (или)»). Последнее очень спорно. Трудно помыслить себе ситуацию, когда кредитор бу-

дет обязан осуществить встречное предоставление и лишается права вернуть ранее осуществленное встречное предоставление, несмотря на то что исполнение должника уже никогда не состоится, и дополнительно к этому должен возместить еще и убытки за срыв договорной программы. Тут все же либо одно, либо другое. Впрочем, возможно здесь речь идет об убытках не за срыв договорной программы, а о некоторых иных убытках, которые сопряжены с возникшей ситуацией невозможности исполнения

Но ВС РФ воздерживается от указания на иллюстрации случаев несения кредитором риска разрыв синаллагмы и риска убытков.

В принципе, мыслимы три ситуации, когда тот или иной риск может быть возложен на кредитора.

Первая — это ситуация, когда в силу закона или условий сделки риск случайной невозможности исполнения возложен на кредитора. Самая типичная ситуация налицо в тех случаях, когда речь идет об обязательстве передать вещь, а закон или условия сделки возлагают риск случайной гибели вещи на кредитора. В российском праве нет ясности, возложение какого риска на кредитора в такой ситуации следует презюмировать (подробнее см. п 1.14.2 комментария к настоящей статье).

Вторая — это случай, когда невозможность исполнения наступила по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, и прежде всего в связи с нарушением кредиторских обязанностей. В отношении этого случая также существует неопределенность в отношении характера риска, возлагаемого на кредитора (подробнее см. комментарий к п. 2 ст. 416 ГК РФ).

Третья — риск переносится на кредитора, если случайная невозможность исполнения возникла в период просрочки кредитора. По мнению ВС РФ, в такой ситуации на кредитора возлагается риск убытков (см. п. 1.12 комментария к настоящей статье).

Если признать, что в определенной ситуации на кредитора возлагается риск разрыва синаллагмы, и кредитор, несмотря на прекращение обязательства должника, остается обязанным осуществить свое встречное исполнение и не может истребовать назад ранее осуществленное встречное предоставление, то к этой модели следует сделать два уточнения.

Во-первых, должник, чье обязательство прекращено невозможностью исполнения, риск которого перенесен на кредитора по синаллагматическому договору в формате возложения риска разрыва синаллагмы, может получить в ряде случаев не вполне справедливое обогащение. Он может получить встречное предоставление от кредитора, но одновременно получить некое возмещение в связи с теми

же обстоятельствами от третьих лиц. Например, подлежащая передаче покупателю и погибшая в силу случая вещь была застрахована, и продавцу причитается страховое возмещение, либо данная вещь погибла в силу неправомерных действий третьих лиц, и последние обязаны возместить продавцу убытки. Было бы справедливо, чтобы покупатель, который теряет возможность вернуть ранее осуществленную предоплату или обязан внести постоплату в силу несения риска наступления случайной невозможности, мог взыскать с должника полученное от третьих лиц денежное возмещение, либо мог рассчитывать на переход ему требования о получении такого возмещения. Это правило в том или ином виде известно многим правопорядкам (Германии, Италии и т.п.). Причем кажется более логичной именно модель автоматического перехода требования (суброгации) в момент осуществления встречного исполнения (либо в момент наступления самой невозможности, если встречное исполнение осуществлялось ранее), а не право требовать уступки требования о выплате соответствующего возмещения.

Во-вторых, из-за прекращения обязательства должника последний мог сэкономить издержки, которые бы он понес, если бы обязательство им исполнялось. Например, если бы отчуждаемая вещь не погибла, продавец был бы вынужден нести транспортные издержки и расходы на перевозку и таможенную очистку, но в свете ее случайной гибели он их не несет. Было бы справедливо, чтобы на сумму этих сэкономленных издержек был уменьшен размер встречного денежного долга покупателя, который он в силу несения риска должен погасить, либо соответствующую часть ранее полученной цены, соответствующую этой экономии, продавец все-таки вернул покупателю.

Следует стремиться к тому, чтобы в итоге в случае возложения риска разрыва синалагмы на кредитора должник был поставлен в такое материальное положение, в котором он находился бы, если бы невозможность исполнения не наступала и договор был бы исполнен.

Возложение риска убытков означает, что взаимные обязательства по осуществлению встречных предоставлений прекращаются, но кредитор обязан выплатить должнику убытки, возникшие в связи со срывом программы договорных правоотношений. Речь идет о взыскании такой суммы, которая покрывает весь позитивный договорный интерес должника. Расчет убытков должен соответствовать тому, который бы применялся, если бы договор был расторгнут в ответ на существенное нарушение договора кредитором (например, подлежат взысканию убытки в виде конкретной ценовой разницы или абстрактные убытки по правилам п. 5 ст. 453, ст. 393.1 и 524 ГК РФ).

В целом следует признать, что разница между возложением на кредитора риска разрыва синаллагмы и риска убытков не столь драматична, если мы делаем вышеуказанные уточнения к первой модели и вычитаем сэкономленные издержки и обеспечиваем передачу кредитору (или зачет) денежных возмещений, получаемых от третьих лиц. Более того, в самой типичной ситуации, когда невозможностью исполнения прекращается неденежное обязательства, а встречным являлось денежное обязательство, результаты применения обеих моделей – с учетом вышеуказанных корректировок к модели возложения на кредитора риска разрыва синаллагмы, исключающих неосновательное обогащение, окажутся примерно идентичными.

1.9. Невозможность исполнения основных и дополнительных договорных обязательств

Если речь идет о возникновении препятствий, делающих объективно и перманентно невозможным исполнение некоего дополнительного обязательства одной из сторон договора (например, по пусконаладке поставленного оборудования), прекращение данного обязательства влечет в силу условного аспекта синаллагмы прекращение того обязательства контрагента, которое находится в прямой синаллагматической связи, если таковое выделено в договоре отдельно (например, части цены, определенной в договоре за пусконаладку), или в остальных случаях пропорциональной части делимого встречного предоставления (например, пропорциональной части всей цены договора поставки), если иное распределение риска такой невозможности не следует из закона, иных правовых актов, условий договора, обычаев или принципов права.

Но что происходит в этом случае с судьбой основных обязательств сторон. Если соображения разумности, добросовестности и справедливости оправдывают такую реакцию кредитора, последний может отказаться от договора в целом, как если бы должник нарушил дополнительное обязательство и данное нарушение носило существенный характер, оправдывая отказ от договора в целом. Например, если арендодатель сдал арендатору в аренду помещение в торговом центре, но далее дополнительное обязательство арендодателя обеспечить функционирование парковки рядом с торговым центром прекратилось невозможностью исполнения, арендатор вправе ограничиться пропорциональным снижением арендной платы, но может и настаивать на расторжении договора в целом, если такая реакция арендатора является пропорциональной, разумной и справедливой с учетом конкретных обстоятельств.

Если же невозможность исполнения влечет прекращение основного обязательства, то по умолчанию должны прекращаться и до-

полнительные обязательства, если природа таких обязательств не предполагает их сохранение, несмотря на прекращение основных обязательств. Например, обязательства по обучению персонала покупателя по работе с уникальным оборудованием прекращаются вслед за прекращением невозможностью исполнения обязательства по его поставке, но обязательства о конфиденциальности в отношении фактов, ставших известными в ходе исполнения обязательств, со всей очевидностью сохраняются, несмотря на прекращение основных договорных обязательств.

1.10. Невозможность исполнения кредиторской обязанности

Могут возникать ситуации, когда возникающие обстоятельства делают невозможным исполнение кредиторской обязанности. Типичная ситуация – гибнет вещь, которую заказчик должен был передать подрядчику для ремонта. В таком случае становится по аналогии с правилом об условном аспекте синаллагмы невозможным исполнение и обязательства должника (обязательство подрядчика по ремонту), а в силу уже самого условного аспекта синаллагмы – и встречное обязательство кредитора (обязательство по оплате работ). Но если невозможность исполнения кредиторской обязанности произошла по обстоятельствам, за которые отвечает одна из сторон, на нее возлагается бремя ответственности – она должна возместить другой стороне убытки, вызванные срывом договора, если иные последствия не следуют из договора, закона, обычаев, а также принципов права в преломлении к существу конкретных отношений.

1.11. Симметричная невозможность

Могут сложиться обстоятельства, когда возникшее препятствие делает одновременно невозможным исполнение взаимных обязательств обеих сторон договора. Например, если был заключен корпоративный договор между участниками ООО, обязывающий их так или иначе голосовать на собрании участников, но далее общество было ликвидировано в судебном порядке по иску государственных органов, данное обстоятельство делает невозможным исполнение обязательств всех сторон договора.

Вопрос о возмещении убытков в таких ситуациях должен решаться с учетом существа отношений. Например, если в первом примере ни один из участников не отвечает за допущенные обществом нарушения, спровоцировавшие принудительную ликвидацию, или оба участника одинаково ответственны за случившееся, никто никому убытки не возмещает. Но если ликвидация произошла из-за формально неправомерного или недобросовестного поведения одного из участников, другой может рассчитывать на возмещение убытков.

Но могут быть и более сложные случаи. Допустим, торговый центр, внутри которого арендатору был предоставлен торговый павильон, сгорает дотла в силу случая, не являющегося непреодолимой силой по причине его отнесения к обычным рискам. Очевидно, что в такой ситуации основные обязательства сторон прекращаются невозможностью исполнения, и арендатор не обязан возвращать предмет аренды и платить арендную плату, а арендодатель не обязан обеспечивать спокойное владение и пользование вещью, так как последней попросту нет. Но будут ли здесь выплачиваться убытки? И кто их будет выплачивать с учетом того, что это обстоятельство одинаково руинирует обязательства обеих сторон? Очевидно, что арендатор выплачивать убытки арендодателю не должен, в той степени, в которой риск случайной гибели несет арендодатель, а это по общему правилу так (ст. 211 ГК РФ). Вопрос же ответственности арендодателя за убытки арендатора менее очевиден. Он не встает в странах, в которых договорная ответственность строится на началах вины, но в контексте российского права, где коммерсанты отвечают за нарушение без вины, вопрос о взыскании убытков может встать, как минимум если мы распространяем правило строгой ответственности и на случаи прекращения обязательств невозможностью исполнения. Впрочем, вопрос может вызывать споры.

1.12. Наступление невозможности исполнения после впадения должника или кредитора в просрочку

В силу п. 1 ст. 405 ГК РФ, если невозможность исполнения возникла после того, как должник впал в просрочку, должник будет обязан возместить кредитору убытки даже в случае, если должник не отвечает за возникновение невозможности исполнения. Ведь если бы должник не допустил просрочку, возникшее препятствие не заблокировало бы исполнение обязательства.

Например, если гражданин-продавец личного автомобиля просрочил передачу данной вещи покупателю, а после этого неправомерные действия третьих лиц привели к гибели автомобиля, продавец, несмотря на отсутствие своей вины в наступлении самой невозможности исполнения, будет обязан возместить покупателю убытки по модели защиты позитивного договорного интереса.

При этом было бы логично, чтобы в случае возникновения случайной невозможности исполнения после того, как возникает просрочка кредитора (например, уклонение кредитора от принятия вещи), за такую невозможность отвечал кредитор. Этот вывод не следует прямо из ст. 406 ГК РФ о просрочке кредитора, но вытекает из общих принципов разумности, справедливости и добросовестности. Кроме того, переход риска на кредитора в случае просрочки последнего из-

вестен ряду норм закона (п. 2 ст. 705 ГК РФ), генерализация которых позволяет сформировать некий общий принцип перенесения риска на просрочившую сторону; применение этого принципа по аналогии права позволяет прийти к искомому выводу (подробнее комментарий к ст. 406 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

Две эти позиции нашли свое закрепление в п. 40 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6: «По общему правилу риск наступления невозможности исполнения несет сторона обязательства, находящаяся в просрочке (статьи 405, 406 ГК РФ). В этом случае правоотношения сторон не прекращаются, и наступление невозможности исполнения обязательства в натуре не исключает обязанности стороны, находящейся в просрочке, возместить причиненные убытки (риск убытков)». При этом обращает на себя внимание то, что ВС РФ о риске убытков говорит как в контексте ситуации наступления невозможности исполнения на фоне просрочки должника, так и применительно к сценарию просрочки кредитора. Это значит, что он здесь отказывается возлагать на кредитора риск разрыва синаллагмы на фоне прекращения долга должника невозможностью исполнения, возникшей в период просрочки кредитора, и поэтому не обязывает кредитора осуществлять свое встречное предоставление и не блокирует его право потребовать назад ранее осуществленное встречное предоставление; вместо этого кредитор просто обязан возместить должнику все убытки, возникшие в связи с разрывом договора.

Здесь мы имеем своеобразную санкцию в виде перераспределения риска. Угроза применения этой санкции должна стимулировать должника или кредитора избегать попадания в просрочку.

Но здесь возможны исключения.

Во-первых, вряд ли справедливо возлагать на впавшего в просрочку должника в подобной ситуации ответственность, если будет установлено, что даже в случае своевременного исполнения у кредитора возникли бы те же убытки (аналогичное решение закреплено, например, в § 327 ГГУ). Например, если будет установлено, что то же обстоятельство, которое спровоцировало невозможность исполнения, ударило бы с той же силой и по кредитору, ввергнув его в те же убытки, вряд ли уместно возлагать риск на должника, попавшего в просрочку. Иначе говоря, для перенесения на должника такого риска следует определить, что просрочка находится в достаточной причинной связи

¹ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2017 (автор комментария к ст. 406 ГК РФ – *Р.У. Сулейманов*).

с убытками кредитора, возникшими в результате наступления невозможности исполнения.

Во-вторых, кажется не вполне нормальным игнорирование вопроса о том, отвечает ли должник за саму просрочку. Согласно российскому праву просрочка как объективное обстоятельство может наступить, даже если должник освобождается от ответственности за просрочку в силу правил ст. 401 ГК РФ, так как п. 1 ст. 405 ГК РФ — вслед за рядом правопорядков — не увязывает просрочку как объективное неисполнение обязательства с наличием оснований для привлечения должника к ответственности за нее. Если читать комментируемую норму о перенесении риска на этом фоне буквально, может показаться, что должник отвечает за возникновение после его впадения в просрочку случайной невозможности исполнения, независимо от того, что послужило причиной просрочки. Но справедливо ли это? Представим, что гражданин не смог вовремя передать покупателю автомобиль по причине помещения его в СИЗО по необоснованному обвинению, впоследствии опровергнутому в рамках уголовного дела. При этом в период нахождения продавца в СИЗО автомобиль был украден со стоянки, на которой продавец парковал автомобиль, третьими лицами и впоследствии найден разбитым без возможности восстановления. Да, продавец допустил просрочку, и да, если бы он передал автомобиль вовремя, скорее автомобиль бы не погиб (причинная связь налицо). Но справедливо ли возлагать на продавца риск наступления невозможности исполнения в ситуации, когда сама просрочка возникла по обстоятельствам, за которые продавец не отвечает? Кажется, что нет.

Впрочем, следует признать, что на уровне практики высших судов оба вышеуказанных исключения пока не звучали.

1.13. Информационная обязанность

В ст. 416 ГК РФ не упоминается о том, что должник, узнавший о невозможности исполнения, которая прекращает обязательство, должен немедленно уведомить об этом кредитора. В то же время такая обязанность недвусмысленно вытекает из положений п. 3 ст. 1 и п. 3 ст. 307 ГК РФ (принципа добросовестности). Применительно к случаю невозможности исполнения, который квалифицируется как непреодолимая сила, аналогичный вывод поддержан в судебной практике (п. 10 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7). Если невозможностью исполнения затронута кредиторская обязанность, именно кредитор должен своевременно известить должника о наступлении соответствующего препятствия.

Исключением может быть ситуация, когда нет никаких сомнений в том, что контрагент знает о наступлении прекращающей обязатель-

ство невозможности исполнения. В таком случае необходимость направления ему некоего формального извещения отпадает.

В случае если такое уведомление должно было в силу доброй совести быть направлено, но направлено не было, соответствующая сторона отвечает перед контрагентом за возникшие у того убытки, связанные с запоздалым получением информации о прекращении обязательства, на что и указывает ВС РФ в вышеуказанном разъяснении. Например, если после заключения договора купли-продажи продаваемая вещь, подлежащая вывозу с участка продавца силами покупателя, погибла, а продавец немедленно не сообщил покупателю о данном обстоятельстве, покупатель может взыскать с продавца ставшие тщетными расходы на заказ транспортного средства для вывоза вещи, которые покупатель не понес бы, если бы узнал своевременно, что отгрузка в назначенный срок не произойдет.

1.14. Специальное договорное регулирование и специальные нормы закона

Стороны договора или законодатель могут уточнить общие правила регулирования последствий наступления невозможности исполнения применительно к конкретным сделкам или типам сделок.

1.14.1. Специальные нормы и договорные условия о последствиях наступления временной невозможности

Часто в контрактах содержатся условия, которые касаются ситуации временной невозможности исполнения. Например, в договорной практике распространены условия о том, что при возникновении временных препятствий, носящих характер непреодолимой силы и сохраняющихся в течение оговоренного срока, обязательство автоматически прекращается. В силу п. 38 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 «договор может предусматривать специальные правила о прекращении обязательств на случай возникновения обстоятельств непреодолимой силы, например об автоматическом прекращении договорных отношений при наличии указанных обстоятельств либо о прекращении договорных отношений по истечении определенного срока с момента возникновения указанных обстоятельств (статья 421 ГК РФ)».

Выше было отмечено, что пока в российском праве однозначно не признано право должника отказаться от договора при возникновении временных препятствий к исполнению, за которые должник не отвечает. Но нет никаких сомнений в том, что стороны могут согласовать в договоре такое право, что на практике нередко и происходит в разделах заключаемых договоров о «форс-мажоре». В таких случаях в договорах пишут, что, если препятствие, носящее характер непре-

одолимой силы, сохраняется в течение оговоренного срока, каждая из сторон – как кредитор, так и должник – получает право на отказ от договора. Этот вариант договорного условия о «форс-мажоре» представляется предпочтительным по сравнению с условием об автоматическом прекращении обязательств.

В специальных нормах закона могут содержаться также подобные специальные правила.

1.14.2. Распределение риска случайной невозможности исполнения

В ряде случаев риск случайной невозможности исполнения согласно специальным нормам закона или иного правового акта возлагается на одну из сторон. Обычно это происходит косвенно в результате возложения на одну из сторон риска случайной гибели вещи. Например, согласно специальным нормам закона риск случайной гибели предмета лизинга лежит на лизингополучателе (ст. 669 ГК РФ), сданной в ремонт вещи – на заказчике (п. 1 ст. 705 ГК РФ). Из подобных норм нередко вытекает вывод о распределении риска случайной невозможности исполнения, возникшей по причине гибели вещи.

Кроме того, стороны могут прямо договориться о том, что при наступлении объективной перманентной невозможности, возникшей по обстоятельствам, за которые по общему правилу отвечает одна из сторон или не отвечает ни одна из сторон, риск будет считаться перенесенным на контрагента. Так, например, п. 1 ст. 459 ГК РФ допускает согласование в договоре переноса на покупателя риска случайной гибели вещи до того, как продавец будет считаться исполнившим свое обязательство по передаче вещи, а ст. 705 ГК РФ допускает договорное перераспределение рисков случайной гибели переданных подрядчику материалов или подлежащих передаче заказчику результатов выполненных работ.

Если риск невозможности исполнения, за которую должник в обычной ситуации не отвечал бы, в силу специальных положений закона, иного правового акта или условий сделки возложен на должника, это означает, что его обязательство, безусловно, прекращается, также прекращается встречное обязательство контрагента, а ранее осуществленное встречное предоставление должно быть контрагенту возвращено, но должник должен возместить контрагенту все убытки, вызванные срывом программы договорных правоотношений.

Если риск невозможности возложен на кредитора, вопрос менее очевидный. Напомним, что ВС РФ разъяснил, что перенос риска невозможности на кредитора может осуществляться в форме возложения на него как риска разрыва синаллагмы, так и риска убытков (подробнее см. п. 1.8 комментария к настоящей статье). Если закон или договор

возлагают риск невозможности исполнения на кредитора, идет ли речь о том, что кредитор должен осуществить свое встречное исполнение без надежды на получение исполнения от должника и не может требовать возврата ранее осуществленного встречного исполнения (риск разрыва синаллагмы), либо о том, что кредитор должен покрыть убытки должника, возникшие в результате прекращения взаимных обязательств (риск убытков)?

Так, стороны договора купли-продажи могут перенести на покупателя риск случайной гибели подлежащей передаче покупателю индивидуально-определенной вещи ранее, чем продавец исполнит свое обязательство по передаче вещи в собственность (п. 1 ст. 459 ГК РФ). В подобной ситуации, если вещь погибла в силу случая после переноса риска на покупателя, должен ли покупатель осуществить полную оплату, несмотря на то что вещь он уже никогда не получит? А если оплата была уже внесена, теряет ли покупатель возможность потребовать возврата предоплаты? Либо все-таки несение риска в данном случае будет означать, что взаимные обязательства сторон прекращаются, но покупатель должен будет покрыть продавцу все убытки от срыва контракта (в формате своего рода квазистрахового возмещения потерь)?

Согласно п. 1 ст. 705 ГК РФ по общему правилу риск случайной гибели переданной подрядчику для переработки или обработки вещи лежит на заказчике. Получается, что обязательство подрядчика отремонтировать автомобиль прекращается невозможностью исполнения, но риск такой невозможности исполнения лежит на заказчике. Означает ли это, что заказчик должен внести оплату, несмотря на то что ремонт так и не состоится, а если он вносил предоплату, подрядчик не обязан ее возвращать? Либо обязательство заказчика прекращается, но он должен возместить убытки подрядчика от срыва контракта?

Ответ на данный вопрос пока в полной мере не прояснен. Но как отмечалось, практическую разницу между двумя способами возложения риска на кредитора не стоит преувеличивать, если при реализации механизма разрыва синаллагмы делать корректировки, которые позволят избежать неосновательного обогащения (см. п. 1.8 комментария к настоящей статье).

Следует также заметить, что ничто не препятствует сторонам, соответствующим требованиям к субъектному составу соглашения о возмещении потерь (ст. 406.1 ГК РФ), согласовать прямо для случаев наступления невозможности исполнения обязательства возмещения имущественных потерь контрагента.

1.15. Спорные примеры применения ст. 416 ГК РФ

Некоторые примеры применения судами ст. 416 ГК РФ могут вызывать сомнения. Так, согласно п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 при отсутствии или недостаточности наследственного имущества требования кредиторов по обязательствам наследодателя не подлежат удовлетворению за счет имущества наследников. Данные обязательства прекращаются невозможностью исполнения полностью или в недостающей части наследственного имущества (п. 1 ст. 416 ГК РФ) (см. также определения СКГД ВС РФ от 15 мая 2018 г. № 18-КГ18-51, от 28 июня 2016 г. № 18-КГ16-58, от 9 июня 2015 г. № 89-КГ15-3, от 18 ноября 2014 г. по делу № 32-КГ14-12).

Очевидно, что Суд просто не нашел в законе специального основания для прекращения обязательств в такой ситуации и вспомнил от безысходности о ст. 416 ГК РФ. На самом деле, конечно же, ни о какой невозможности исполнения в описанном примере говорить не приходится.

Выдвигаются аргументы в пользу того, что долги наследодателя в сумме, превосходящей переходящее по наследству имущество, не должны прекращаться, а должны трансформироваться в натуральные обязательства наследников. Те могут при желании добровольно погасить долги наследодателя из соображений семейной чести.

В силу иной концепции такие долги не должны не только прекращаться, но и трансформироваться в натуральные, вместо этого для ограничения своей ответственности по долгам наследодателя пределами стоимости унаследованного имущества наследники должны возбуждать дело о банкротстве наследственной массы, отделив переданные им по наследству активы от своих личных активов, погасить долги за счет стоимости наследственной массы, и тогда остаток будет списан, как то происходит в обычном банкротстве (подробнее см. комментарий к ст. 418 ГК РФ).

Согласно практике ВС РФ в период до реформы ГК РФ 2015 г. «исходя из пункта 1 статьи 367 и пункта 1 статьи 416 ГК РФ поручительство прекращается в той части, в которой прекращается обеспеченное им обязательство, и поручитель несет ответственность по долгам наследодателя перед кредитором в пределах стоимости наследственного имущества». Иначе говоря, смерть должника прекращает, по мнению ВС РФ, долг в части, превосходящей стоимость унаследованного имущества, а следовательно, в силу акцессорности долга поручителя смерть должника по обеспеченному обязательству влечет прекращение долга поручителя, за исключением той части долга, которая переходит к наследникам в пределах унаследованного им имущества. Этот

подход, конечно же, был в корне неверным. Позиция ВАС РФ была принципиально иной: смерть должника не прекращает долг поручителя независимо от того, какая часть обеспеченного долга прекращается, а какая переходит к наследникам должника (п. 20 Постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42). После реформы ГК РФ 2015 г. на уровне закона заслуженно победила позиция ВАС РФ (п. 4 ст. 376 ГК РФ). И ВС РФ это признал (п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45). Но при этом для судов общей юрисдикции этот подход является новеллой реформы ГК РФ 2015 г., и поэтому Судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ исходит из того, что старый подход с учетом правил действия новых норм гражданского закона во времени (ст. 422 ГК РФ) может применяться к договорам поручительства, заключенным до 1 июня 2015 г., если спор подлежит рассмотрению в судах общей юрисдикции (Определение СКГД ВС РФ от 28 ноября 2017 г. № 25-КГ17-33, Обзор судебной практики ВС РФ № 2 (2019) (утв. Президиумом ВС РФ 17 июля 2019 г.)).

1.16. Проблема изначальной невозможности исполнения

Выше было показано, что правила ст. 416, 417 ГК РФ касаются случаев, когда обязательство прекращается в результате появления соответствующего препятствия после возникновения обязательства. Но что, если соответствующее препятствие было налицо уже на момент заключения договора и возникновения обязательства?

Акты международной унификации договорного права отвечают на данный вопрос, указывая на то, что изначальная невозможность исполнения (в том числе отсутствие у лица, которое обязано по договору осуществить распоряжение, прав на подлежащую отчуждению вещь) не является основанием для признания договора недействительным (ст. 3.1.3 Принципов УНИДРУА, ст. II.–7:102 Модельных правил европейского частного права, ст. 68 Венской конвенции 1980 г.). Такой подход сейчас распространен и во многих (например, в Германии), хотя и не во всех, зарубежных правовых системах. И это кажется вполне логичным. Абстрактно объявить такие сделки ничтожными без анализа ряда значимых факторов некорректно.

1.16.1. Первоначальная временная невозможность

Если на момент заключения договора и возникновения обязательства налицо было временное юридическое препятствие к исполнению, обязательство возникает, и о недействительности говорить некорректно, как минимум если воля сторон не была направлена на то, чтобы совершить ту или иную операцию вопреки соответствующему юридическому ограничению. Следует презюмировать, что стороны рассчитывали на скорое отпадение препятствия и осуществление со-

ответствующих действий по исполнению после этого. Если стороны заключают договор поставки на фоне существующих экспортных ограничений, обязательство возникает, но может быть исполнено только после снятия таких ограничений. Если очевидна воля сторон совершить немедленно временно запрещенные действия, такая сделка должна считаться ничтожной по правилам ст. 168 ГК РФ. Например, если в стране введены санитарные ограничения на проведение массовых мероприятий и заключается договор, обязывающий провести корпоративный концерт в определенную дату вопреки такому запрету, такая сделка незаконна.

Когда на момент заключения договора налицо временное фактическое препятствие, также следует презюмировать, что стороны имели в виду приступить к исполнению после отпадения такого препятствия. Например, если на момент заключения договора перевозки транспортом по реке была заблокирована в силу тех или иных природных явлений, нет особых сомнений в том, что стороны рассчитывали на то, что к моменту исполнения такое препятствие отпадет. Другой пример: в силу прямого указания в законе стороны могут заключить договор, обязывающий произвести в будущем отчуждение вещи, которая в момент заключения отсутствует у продавца и должна быть создана им или приобретена у третьего лица в будущем (п. 2 ст. 455 ГК РФ).

Если к означенному в договоре сроку временная невозможность исполнения сохраняется, должник будет нести ответственность за нарушение обязательства, если нет оснований освобождения его от ответственности. Кредитор может отказаться от договора и применять иные санкции, связанные с просрочкой. К обратному выводу можно прийти, если стороны прямо согласовали, что долг созревает только после устранения препятствия (ст. 327.1 ГК РФ).

Если очевидно, что стороны установили в договоре обязательство сделать то, что, как им известно, фактически невозможно до отпадения таких препятствий, в ряде случаев могут быть обнаружены основания говорить о мнимости сделки и ее ничтожности. Например, если озеро в силу аномальной погоды замерзло, но стороны, зная об этом, заключили договор, обязывающий провести на озере турнир по серфингу в декабре этого года, остается признать, что стороны шутили и совершали мнимую сделку, не намереваясь ее исполнять.

Если на момент заключения договора одна из сторон не знала о наличии временного фактического препятствия, при соблюдении ряда дополнительных условий возможно также по выбору кредитора не привлечение должника к ответственности, а оспаривание сделки в связи с заблуждением или обманом (ст. 178, п. 2 ст. 179 ГК РФ).

1.16.2. Изначальная перманентная невозможность

Главный вопрос возникает в ситуации, когда на момент заключения договора было налицо перманентное и объективное препятствие к исполнению.

Когда на момент заключения договора исполнение обязательства было запрещено законом или иным правовым актом, возникают основания для признания договора недействительным в силу противоречия императивным нормам (ст. 168 ГК РФ). Если закон запрещает осуществление того или иного предоставления, то сделка, обязывающая такое предоставление совершить, ничтожна по основанию незаконности. Ничтожность выступает в качестве санкции, если иные последствия нарушения закона не вытекают из его буквы или телеологического толкования. Исключением может быть случай, когда текст договора явно указывает на то, что стороны заключили договор под отлагательным условием отмены соответствующего законодательного ограничения. В ряде ситуаций такое условие может подразумеваться (например, когда сделка совершена в момент, когда уже принят закон, отменяющий запрет, но данный закон еще не вступил в силу).

Но что, если на момент заключения договора перманентная объективная невозможность исполнения носила не юридический, а фактический характер? Классический пример — гибель индивидуально-определенной вещи к моменту заключения договора ее продажи. Иногда предлагалось считать, что в таком случае договор ничтожен. Другие цивилисты утверждали, что обязательство должно возникать и сохраняться.

Вариант возникновения и сохранения обязательства в такой ситуации следует отвергнуть. Нелепо предположить, что в случае гибели вещи на следующий день после заключения договора обязательство по ее передаче прекращается, а в случае ее гибели за день до заключения договора оно возникает и далее существует, несмотря на то что реализация обязательства бесповоротно невозможна. Но и вариант с недействительностью договора неоптимален, так как лишает кредитора возможности рассчитывать на возмещение позитивного договорного интереса в форме возмещения убытков.

Данный вопрос должен решаться в зависимости от знания сторон о такой невозможности.

Если об изначально перманентной объективной невозможности знали оба контрагента, такой договор должен считаться мнимым и ничтожным (ст. 170 ГК РФ). Так, например, договор, в котором закрепляется обещание совершить действие, объективно и принципиально невозможное (например, продать вещь, которая, как известно

обеим сторонам, уже погибла), является со всей очевидностью мнимой сделкой (ст. 170 ГК РФ), а обязательства из такой ничтожной сделки просто не возникают. Не будет в таком случае и никакой ответственности — ни договорной, ни деликтной.

Но что, если кредитор не знал и не мог с очевидностью знать о том, что должник обязуется сделать то, в отношении чего на момент заключения договора существует объективная перманентная невозможность, а при этом должник о такой невозможности знал или должен был знать? Такая ситуация, в частности, возникает тогда, когда предметом обязательства является отчуждение индивидуально-определенной вещи, которая к моменту заключения договора погибла, о чем знает продавец, но не знает покупатель. Разумно исходить из того, что добросовестный кредитор (в нашем примере — покупатель) должен иметь право на иск о возмещении убытков. Это решение принято во многих актах унификации (ст. 68 Венской конвенции 1980 г.) и праве ряда стран (например, Германии).

Следует определиться с режимом этой ответственности. Возмещение убытков в такой ситуации может в контексте нашего ГК РФ строиться либо а) по правилам о деликтной ответственности, основанной на недобросовестном поведении должника при заключении договора (ст. 434.1 ГК РФ), либо б) по правилам об ответственности за нарушение обязательства (ст. 393 ГК РФ).

Первый вариант исходит из того, что ст. 434.1 ГК РФ дает право на возмещение убытков за факт недобросовестного умолчания об обстоятельствах, раскрытие которых требовал принцип доброй совести. Но такое деликтное решение, характерное для ряда правовых порядков (например, для Швейцарии), позволяет кредитору рассчитывать лишь на возмещение убытков по модели защиты негативного договорного интереса: взыскание убытков ставит жертву в то положение, как если бы она данный договор не заключила. В нашем же случае с политико-правовой точки зрения оправданно взыскание убытков по модели защиты позитивного интереса, т.е. взыскание такой суммы, которая поставит жертву в то положение, в котором она находилась бы, будь договор надлежащим образом исполнен. Кредитор может выбрать в такой ситуации также возмещение своих тщетно понесенных расходов вместо доказывания позитивного договорного интереса, но опция затребовать возмещения позитивного интереса у него есть. Возмещение позитивного интереса есть неотъемлемый элемент ответственности за нарушение обязательства, на что прямо указано в новой редакции п. 2 ст. 393 ГК РФ. Такое, более логичное решение реализовано в немецком праве после реформы 2002 г. Это решение кажется куда более

справедливым. Кажется нелогичным, что в случае гибели такой вещи на следующий день после заключения договора продавец будет нести договорную ответственность, а за день до заключения – преддоговорную. Случайное обстоятельство (день гибели вещи) не может влиять на объем возмещаемых убытков.

Соответственно, логичным и соответствующим опыту ряда зарубежных правовых порядков является применение к должнику, в отношении исполнения которого уже на момент заключения договора имелась объективная перманентная невозможность исполнения, о которой должник знал или должен был знать, но о которой не знал и не мог с очевидностью знать кредитор, именно ответственности за нарушение обязательства (ст. 393 ГК РФ). Это, в свою очередь, требует признания того, что сам договор действителен.

Но как обосновать, что ответственность строится по правилам о возмещении убытков при нарушении обязательства? Можно использовать следующий подход: обязательство сделать объективно и перманентно невозможное все-таки в момент заключения договора возникает пусть и на логическую секунду, но далее сразу же прекращается и вместо него возникает обязательство возместить договорные убытки (если таковые имеют место). Этот вариант с прекращением обязательства через логическую секунду после его возникновения и переходом отношений сторон в охранительную стадию ответственности является юридической фикцией, но вполне приемлемой. Впрочем, возможно и альтернативное обоснование – появление охранительного обязательства, реализующего договорную ответственность, несмотря на невозникновение регулятивного обязательства осуществить исходное договорное предоставление. Тогда описанный пример будет иллюстрацией возможности существования договорной ответственности за нарушение обязательства, несмотря на невозникновение самого обязательства (о некоторых иных подобных случаях см. комментарий к ст. 307 ГК РФ).

Достаточно редкая ситуация возникает тогда, когда должник в момент заключения договора не знает о существовании перманентной невозможности исполнения, а кредитор знает об этом. В таких ситуациях было бы логично отказывать в иске кредитора о возмещении убытков в силу того, что кредитор проявил явную недобросовестность, не сообщив должнику об известной ему перманентной невозможности исполнения того, что обещает сделать должник, при заключении договора и тем самым нарушив требование добросовестности при установлении обязательства по п. 3 ст. 307 ГК РФ. Недобросовестное поведение здесь проявляется в форме умолчания об известном кредитору обстоятельстве.

ве наличия исходной объективной невозможности исполнения. Более того, здесь может идти речь об ответственности кредитора. Причем вполне можно обсуждать здесь взыскание убытков по модели защиты позитивного, а не негативного договорного интереса. Представим, что между сторонами договора заключен договор подряда на ремонт вещи, при этом исполнение договора невозможно уже на момент заключения договора, так как вещь к этому моменту уже погибла, о чем заказчик знал или должен был знать, так как вещь находилась в его владении, но подрядчику об этом почему-то заказчик не сообщил, а подрядчик о гибели вещи не знал и не мог знать. Даже если заказчик не отвечает за саму гибель вещи, кажется справедливым, чтобы недобросовестный заказчик в такой ситуации покрыл все убытки подрядчика по модели защиты позитивного договорного интереса, включая упущенную выгоду в результате срыва программы договорного правоотношения. Наконец, если при этом о перманентной изначальной невозможности не знала ни одна из сторон, возникает достаточно сложная ситуация. Может на первый взгляд показаться, что в подобной ситуации, когда обе стороны субъективно добросовестны, более справедливым было бы либо полное исключение перехода к стадии ответственности, либо возмещение лишь негативного договорного интереса кредитора. Но кажется странным, что при возникновении той же невозможности на следующий день после заключения договора должник может оказаться отвечающим в размере позитивного интереса за такую невозможность, если невозможность наступила по обстоятельствам, за которые он отвечает. Оправдано ли такое различие? Возможно, здесь стоит учесть причины наступления невозможности и соотнести их с применимым стандартом ответственности должника, как если бы невозможность наступила сразу после заключения договора. Представим, что продавец, продающий зимой свой летний дачный домик, в момент заключения договора не знал о том, что ночью дом сгорел из-за нарушений правил пожарной безопасности (никто ему не позвонил и не сообщил о случившемся), и покупатель, который осматривал домик за неделю до заключения договора и застал домик «в здравии», также не знал о ночном пожаре. Обе стороны субъективно добросовестны в смысле незнания о факте первоначальной невозможности исполнения, но при этом сам пожар случился по обстоятельствам, которые могут быть вменены в вину продавцу, установившему в доме неисправную проводку. Должен ли продавец в такой ситуации отвечать за договорные убытки покупателя в размере позитивного интереса? При первом приближении кажется уместным положительный ответ. Впрочем, вопрос спорный. В ряде стран в такой ситуации будет возмещаться лишь негативный

договорный интерес. Если тот же пожар случился в результате поджога, и продавец не отвечал бы за такую невозможность исполнения, случись пожар на следующий день после заключения договора, вряд ли справедливо возлагать на продавца ответственность как в размере позитивного, так и в размере негативного интереса.

В целом следует иметь в виду, что ясности по всем данным вопросам первоначальной невозможности исполнения в российском праве нет. Устоявшаяся практика высших судов отсутствует.

1.17. Затруднительность исполнения

Следует учитывать, что в ст. 416 ГК РФ речь идет о прекращении обязательства в силу невозможности исполнения, а не затруднительности исполнения. Если у должника возникли лишь те или иные затруднения в исполнении (например, для исполнения потребуется несение куда больших издержек или принятие повышенных рисков), обязательство не прекращается автоматически. Каковы бы ни были эти затруднения, есть вероятность того, что должник решится исполнить обязательство. Поэтому модель прекращения обязательства *ipse iure* не может обсуждаться. Если обязательство носит договорный характер, прекращение обязательства возможно только в результате расторжения договора.

Если в связи с возникновением непредвиденных обстоятельств для должника исполнение становится крайне убыточным, невыгодным или затруднительным, у него есть возможность обратиться в суд с иском о расторжении или изменении договора в связи с существенным изменением обстоятельств (ст. 451 ГК РФ). Для удовлетворения иска должны быть соблюдены все достаточно жесткие условия ст. 451 ГК РФ, но если эти условия доказаны, истец может добиться расторжения договора, избежав полной договорной ответственности. Если суд найдет основания для расторжения, обязательства будут прекращаться на основании судебного решения.

Но что, если высокие требования для применения ст. 451 ГК РФ не соблюдаются, но изменение обстоятельств, действительно, делает для должника исполнение крайне затруднительным? На практике применение ст. 451 ГК РФ часто отвергается судами со ссылкой на то, что заявитель *должен был* предвидеть такое развитие событий и не проявил должную прозорливость при заключении договора, не учтя в цене риск такого изменения. Когда очевидно, что риск не был учтен в цене в силу несоблюдения стандарта должной прозорливости, суды, как правило, считают несправедливым позволять должнику выйти из договора, понимая, что разрыв договора оставит кредитора без покрытия всех убытков. Но что, если должник в такой ситуации готов покрыть все убытки

кредитора и просит освободить его от договорных пут в связи с тем, что изменение обстоятельств сделало исполнение договора для него крайне затруднительным и убытки должника, которые он понесет в результате попыток преодоления таких препятствий и затруднений, намного превышают убытки кредитора от срыва договорной программы (т.е. затраты должника значительно превысят позитивный интерес кредитора)? Нередко кредитор в такой ситуации примет предложение должника о расторжении и согласится расторгнуть договор, получив достаточную компенсацию, которая сполна покроет его убытки. Но это не предопределено, кредитор может проявить иррациональное упрямство.

Здесь следует учесть, что при возникновении ситуации крайней затруднительности исполнения, когда усилия и затраты должника, необходимые для исполнения, стали на фоне изменения обстоятельств явно непропорциональны позитивному договорному интересу кредитора, иск об исполнении обязательства в натуре должен судом отклоняться, если кредитор может относительно легко найти должнику замену и эффективно защитить свое право за счет взыскания с должника убытков (см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). Классический пример – продавец роняет кольцо, которое он должен передать покупателю, в реку, и, для того чтобы достать его, требуются затраты, явно несоразмерные интенсивности позитивного договорного интереса покупателя. Эти расходы могут намного превосходить возможные убытки кредитора от срыва контракта (например, кредитор вполне может купить аналогичное или похожее кольцо примерно по той же цене на рынке), и в такой ситуации принуждение к исполнению обязательства в натуре неприемлемо с точки зрения принципа доброй совести. В немецком праве такую ситуацию именуют *практической невозможностью исполнения* и блокируют право на принуждение к исполнению обязательства (абз. 2 § 275 ГГУ).

Также в ряде случаев попытка требовать от должника исполнения обязательства в натуре неоправданна с учетом того, что возникшие препятствия делают для должника исполнение обязательства крайне тяжелым с эмоциональной точки зрения (так называемая *моральная невозможность исполнения*, урегулированная, в частности, в абз. 3 § 275 ГГУ). Например, если после заключения договора у должника тяжело заболел ребенок, и должник сообщает кредитору, что он не в состоянии сейчас отвлечься на исполнение обязательства, попытка кредитора, который может найти должнику замену и затем заявить к возмещению свои убытки (включая ценовую разницу), вместо этого настаивает на исполнении обязательства в натуре в судебном порядке, в большинстве случаев будет оценена как злоупотребление правом. Возможность

принуждения к исполнению обязательства в такой ситуации должна блокироваться.

Если налицо такие возникшие фактические или моральные затруднения, и кредитору становится очевидно, что нет смысла ждать от должника исполнения (затруднение носит перманентный характер или явно затянется), так как должник прямо заявил о неготовности исполнять договор и желании выйти из договора с возмещением всех убытков, поведение кредитора, уклоняющегося от расторжения договора в такой ситуации и заключения заменяющей сделки и тем самым допускающего увеличение своих мораторных убытков или нарастание пени в связи с просрочкой, может быть признано недобросовестным и нерациональным непринятием мер к минимизации негативных последствий нарушения. Это повлечет снижение ответственности по правилам ст. 404 ГК РФ при попытке взыскания таких мер ответственности за просрочку по суду. Соответственно, кредитору, осознающему, что понудить должника к исполнению он не может и получившему однозначное сообщение должника о нежелании исполнять договор, нет смысла упорствовать и ветировать расторжение. Ему следует, не затягивая, согласиться на расторжение договора и удовлетвориться возмещением убытков взамен реального исполнения.

При этом неважно, возникло ли само затруднение по обстоятельствам, за которые отвечает должник. Даже если продавец уронил подлежащее отчуждению кольцо в озеро или заболел по своей неосторожности, кредитор не может добиться принудительного исполнения, и поэтому ему следует согласиться на расторжение договора, рассчитывая на возмещение своих убытков. Если должник предлагает кредитору в такой ситуации расторгнуть договор и выражает готовность покрыть все убытки кредитора, добрая совесть может требовать от кредитора принять такое предложение.

Более того, теоретически можно обсуждать варианты либо а) прямого признания в случаях практической или моральной невозможности, возникшей после заключения договора, права должника на расторжение договора с условием о возмещении всех убытков кредитору (этот институт можно развивать на основе принципа доброй совести), либо б) допущения смягчения жестких условий применения ст. 451 ГК РФ в ситуации, когда обращающийся с иском контрагент готов возместить все убытки другой стороны.

1.18. Различие между невозможностью исполнения и ситуацией отпадения цели договора

Невозможность исполнения обязательства следует отличать не только от случая с возникновением затруднений (практических или

моральных), но и от случая, когда субъективная цель предоставления, которое по обязательству причитается кредитору, отпадает, и ему это предоставление не нужно. Например, представим, что застройщик заказал контрагенту подготовку проектной документации или оказание тех или иных услуг и выполнение работ по разработке и изготовлению рекламных буклетов, рекламирующих квартиры в доме, который застройщик намеревается построить, но далее у застройщика отзывают разрешение на строительство и (или) изымают участок, отведенный на строительство, в результате чего соответствующее заказанное предоставление просто оказывается застройщику не нужно. В такой ситуации некорректно говорить о невозможности исполнения обязательств контрагентом, ведь он все еще может осуществить предоставление, пусть оно для застройщика потеряло всякий смысл. В такой ситуации выход из договорной связи возможен через расторжение без выплаты всех убытков при соблюдении всех строгих условий, указанных в ст. 451 ГК РФ, а при несоблюдении этих строгих условий – через отказ от договора по правилам ст. 717, 782 ГК РФ, если застройщик готов покрыть все убытки (подряд) или расходы (услуги) контрагента.

Если специальные нормы не дают стороне, для которой предоставление потеряло интерес, права на немотивированный отказ, а строгие условия применения ст. 451 ГК РФ не соблюдены, в некоторых случаях в силу доброй совести может быть допущено расторжение с выплатой всех убытков контрагенту при условии очевидности того, что убытки инициатора расторжения от реализации договора, который ему стал абсолютно ненужным, намного превышают убытки контрагента от разрыва договора. Например, если арендатору помещение более не нужно, так как он перевел на удаленную работу персонал на фоне пандемии, а сдать помещение в субаренду ему не позволяет договор, и сохранение для него договора означает выплату огромной суммы за воздух, а при этом арендодатель вполне может сдать данное помещение по цене, не сильно отличающейся от цены первого договора аренды, тому, кому оно необходимо, упорствование арендодателя, не желающего соглашаться на расторжение, несмотря на предложение покрыть все его убытки, может в ряде случаев показаться недобросовестным (подробнее см. комментарий к ст. 451 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Но в любом случае речь не идет о прекращении обязательств невозможностью исполнения.

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 451 ГК РФ – А.Г. Карапетов).

Но если, например, в первом примере застройщик поручил подрядчику возводить фундамент дома, изъятие у застройщика участка и его предоставление другому застройщику, который начинает возводить на нем дом по иному проекту, не просто лишают застройщика смысла в предоставлении подрядчика, но и делают невозможным как осуществление кредиторской обязанности по предоставлению подрядчику доступа на строительную площадку, так и само исполнение подрядчиком его обязательства по выполнению строительных работ, ведь работы по установке фундамента не могут осуществляться подрядчиком на площадке, которую занял другой застройщик и на которой он строит совсем иной дом. В таких ситуациях мыслимо говорить о невозможности исполнения.

Впрочем, на практике могут возникать не самые простые случаи на границе между случаями истинной объективной невозможности исполнения и случаями отпадения цели предоставления.

2. Последствия наступления невозможности исполнения, за которую отвечает кредитор

Пункт 2 ст. 416 ГК РФ предусматривает достаточно необычную норму для достаточно экзотической ситуации. Если в возникновении невозможности исполнения виноват кредитор, он лишается права требовать возврата того, что сам предоставил должнику в обмен на прекращенное обязательство.

Данная норма намекает на то, что в сценарии наступления невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор, на последнего возлагается не риск возмещения убытков, а риск разрыва синаллагмы. С системной точки зрения очевидно, что если кредитору не причитается возврат ранее предоставленного должнику встречного предоставления, то, видимо, в ситуации, когда он свое встречное исполнение не осуществил к моменту прекращения долга должника, его встречное обязательство сохраняется и может быть истребовано. Этот набор правил ВС РФ именуется возложением на кредитора риска неполучения встречного предоставления, а мы в рамках настоящего комментария — возложением риска разрыва синаллагмы: несмотря на прекращение долга должника, контрагент все равно должен осуществить встречное предоставление или не может потребовать возврата ранее им предоставленного.

В целом было бы справедливее эту норму исключить из ГК РФ и возложить на кредитора в подобной ситуации риск убытков, а не риск разрыва синаллагмы. Из общего принципа компенсационности гражданско-правовой ответственности вытекает, что санкция должна

быть соразмерна убыткам должника. Кредитор не вправе требовать возврата той части своего предоставления, которая соответствует убыткам должника от прекращения договора, но остальное должно быть ему возвращено. Размер встречного предоставления и убытков должника могут не совпадать, так как из-за прекращения обязательства должник может избежать несения расходов, связанных с исполнением (доля которых может составлять и 70, и 95% от уплаченной должнику цены договора) или получить компенсацию из иного источника (например, в сценарии гибели подлежащей передаче кредитору вещи, которая была застрахована). Соответственно, если размер предоставленного таким кредитором должнику исполнения (как правило, уплаченной авансом цены) выше убытков, которые возникают у должника в связи с прекращением договора, то кредитору следует предоставить право требовать возврата хотя бы соответствующей части предоставленного. Иное толкование приводило бы к получению должником неосновательного обогащения и превращало бы это правило в крайне странную карательную санкцию. В принципе, такие карательные штрафы в ряде случаев могут быть оправданны в порядке исключения и в гражданском праве, но для этого должны быть весомые политико-правовые основания. Эти основания в описанном примере неочевидны.

Впрочем, как было показано в п. 1.8 комментария к настоящей статье, модель возложения риска разрыва синаллагмы может смягчаться за счет вычета экономии расходов и возмещений, полученных должником от третьего лица, что, по сути, будет стирать грань между этой моделью и моделью возложения на контрагента риска убытков.

Дополнительная литература

Генкин Д.М. К вопросу о влиянии на обязательство невозможности исполнения // *Памяти Габриэля Феликсовича Шершеневича: Сборник статей по гражданскому и торговому праву.* М., 1915. С. 105–126.

Громов А.А. Влияние невозможности исполнения на право кредитора потребовать исполнения обязательства в натуре // *Вестник гражданского права.* 2016. Т. 16. № 3. С. 9–31; № 4. С. 41–81.

Заброцкая А.М. Некоторые вопросы первоначальной невозможности исполнения обязательств // *Законы России: Опыт, анализ, практика.* 2010. № 12. С. 21–30.

Кузнецова Л.В. [Невозможность исполнения обязательства как основание его прекращения](#) // *Практика применения общих положений об обязательствах: Сборник статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова.* М., 2011. С. 294–317.

Лоошельдерс Д. **Невозможность и возмещение убытков взамен предоставления** // Вестник экономического правосудия РФ. 2016. № 11. С. 168–207.

Мухачева Е.С. **Невозможность исполнения обязательства в российском, европейском и единообразном частном праве**: Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2013.

Нам К.В. **Невозможность исполнения обязательства в немецком гражданском праве** // Вестник гражданского права. 2017. № 4. С. 262–282.

Камалитдинова Р.А. Развитие доктрины невозможности исполнения обязательств в различных правовых системах // Актуальные проблемы гражданского права. М., 2002. Вып. 4. С. 112–138.

Павлов А.А. Некоторые вопросы учения о невозможности исполнения обязательств // Очерки по торговому праву: Сборник научных трудов / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 11. Ярославль, 2004. С. 52–63.

Павлов А.А. *Impossibilium nulla est obligatio?* // Сборник научных статей памяти Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2014. С. 115–130.

Яблочков Т.М. **Невозможность исполнения и сила договорного обязательства** // Право и жизнь. 1926. № 4–5. С. 15–27. № 6–7. С. 14–19.

Aksoy H.C. *Impossibility in Modern Private Law: A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*. New York; Dordrecht; London, 2014.

Brunner Chr. *Force majeure and Hardship Excuse under General Contract Principles*. Alphen aan den Rijn, 2009.

Cases, Materials and Text on Contract Law. 3rd ed. / Ed. by H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, S. Vogenauer, D. Droshout. Oxford; Portland, 2019. Ch. 28.

Commentaries on European Contract Laws / Ed. by N. Jansen, R. Zimmermann. Oxford, 2018. P. 653–657.

German Civil Code: Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Vol. I. Book 1–3: § 1–1296 / Ed. by G. Dannemann, R. Schulze. München; Baden-Baden, 2020. P. 398–402.

Gordley J. *Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances* // *American Journal of Comparative Law*. 2004. Vol. 52. Issue 3. P. 513–530.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Berlin, 2019. § 275, 283.

J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 315–326 (Leistungsstörungenrecht 2). Berlin, 2020. § 326.

Markesinis B.S., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2nd ed. Oxford; Portland, 2006. P. 406–419.

Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann, A. Stier. Oxford, 2012. P. 849–852.

Mazzacano P.J. Force Majeure, Impossibility, Frustration & the Like: Excuses for Non-Performance; the Historical Origins and Development of an Autonomous Commercial Norm in the CISG // Nordic Journal of Commercial Law. 2011. Issue 2. P. 1–54.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Aufl. München, 2019. § 275, 283.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II. 8. Aufl. München, 2019. § 326.

Zimmermann R. The New German Law of Obligations. Oxford, 2005. P. 39–79.

Статья 417. Прекращение обязательства на основании акта органа государственной власти или органа местного самоуправления

1. Если в результате издания акта органа государственной власти или органа местного самоуправления исполнение обязательства становится невозможным полностью или частично, обязательство прекращается полностью или в соответствующей части. Стороны, понесшие в результате этого убытки, вправе требовать их возмещения в соответствии со статьями 13 и 16 настоящего Кодекса.

2. Обязательство не считается прекращенным, если издание акта органа государственной власти или органа местного самоуправления, повлекшее невозможность исполнения обязательства, вызвано противоправными действиями (бездействием) самого должника.

3. В случае признания недействительным либо отмены в установленном порядке акта органа государственной власти или органа местного самоуправления (пункт 1 настоящей статьи) обязательство не считается прекращенным, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа обязательства либо если кредитор в разумный срок не отказался от исполнения обязательства.

Комментарий

1. Сфера применения

Статья 417 ГК РФ посвящена прекращению обязательства в связи с возникновением юридической невозможности исполнения. Под юридической невозможностью понимается ситуация, когда в силу

издания органом государственной или муниципальной власти актов совершение должником действий по исполнению своих договорных обязательств оказывается неправомерным. Это может быть как принятие публичной властью актов ненормативного свойства, адресованных конкретному должнику (например, запретительные обеспечительные меры, административное приостановление деятельности, отзыв лицензии или необходимого для исполнения обязательства разрешения и т.п.), так и принятие нормативных правовых актов, делающих то или иное поведение, требующееся по условиям обязательства для исполнения последнего, неправомерным (например, введение эмбарго, импортных или экспортных, санитарных ограничений, законодательных запретов на осуществление той или иной деятельности).

Согласно ст. 417 ГК РФ возникновение юридической невозможности по обстоятельствам, не связанным с неправомерным поведением самого должника, влечет прекращение обязательства, но если впоследствии соответствующий акт государственного или муниципального органа отменяется или признается недействительным, обязательство по общему правилу ретроактивно восстанавливается, если кредитор не потерял интерес к договору и не отказался от него в разумный срок.

По своей сути юридическая невозможность исполнения не носит бесповоротный характер, так как нельзя исключить того, что в будущем соответствующий акт будет просто отменен, и возможность исполнить обязательство снова откроется. При этом в комментарии к ст. 416 ГК РФ было отмечено, что временная невозможность исполнения не должна прекращать обязательство, и согласно позиции ВС РФ обязательство прекращается только в силу объективной невозможности исполнения, носящей «неустранимый (постоянный) характер»; по мнению ВС РФ, при временных препятствиях договорные обязательства не прекращаются автоматически, а должны прекращаться посредством института отказа от договора. Это же решение характерно и для всех развитых правовых порядков. Соответственно, возникает явное противоречие между общими правилами ст. 416 ГК РФ в их истолковании ВС РФ и тем, как Суд понимает прекращающую обязательство невозможность исполнения, с одной стороны, и той конструкцией, которая реализована в ст. 417 ГК РФ в отношении юридической невозможности исполнения, с другой.

Заявляю, что в Постановлении Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6, в котором целый раздел посвящен проблематике прекращения обязательства невозможностью исполнения, Суд воздержался от толкования запутанных положений ст. 417 ГК РФ, выбрав тактику игнори-

рования этой статьи. С учетом того, что юридическая невозможность носит имманентно устранимый характер (даже принятый закон может быть оперативно отменен), неудивительно, что нам неизвестны развитые правовые порядки, в которых имелся бы аналог ст. 417 ГК РФ. Если в течение срока исполнения обязательства возникает юридическое препятствие, мы должны понимать, что оно может отпасть через день, а раз так, что автоматическое прекращение обязательства просто неразумно. Так что этот эксперимент российского законодателя сложно признать удачным.

По большому счету ст. 417 ГК РФ должна быть просто удалена из текста Кодекса. Идея с прекращением и ретроактивным воскрешением обязательства не выдерживает критики. Нам неизвестны правовые порядки, в которых она была бы реализована.

1.1. Варианты решения проблемы

Но что делать с этой странной статьей Кодекса *de lege lata*?

Теоретически существует несколько вариантов для обсуждения.

Во-первых, теоретически можно просто игнорировать данную статью и применять общие правила ст. 416 ГК РФ в той их интерпретации, которые отражены сейчас в Постановлении Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6.

Во-вторых, возникающее между общим правовым режимом невозможности и правилами ст. 417 ГК РФ противоречие можно попытаться устранить, если воспринимать ст. 417 ГК РФ в качестве специальной нормы по отношению к ст. 416 ГК РФ. И если ст. 416 ГК РФ в ее истолковании, данном ВС РФ, говорит о прекращении обязательства только в силу наступления объективной перманентной невозможности, а при временных препятствиях предлагает прекращать обязательства за счет отказа от договора, то ст. 417 ГК РФ как *lex specialis* решает проблему иначе: обязательство прекращается даже при временном объективном юридическом препятствии (даже возникшем на один день), но далее в случае отпадения препятствия обязательство ретроактивно возобновляется, если кредитор не заявит отказ от договора (п. 3 ст. 417 ГК РФ). Более нелепой конструкции, чем институт прекращения и ретроактивного возобновления обязательства, в данном контексте трудно представить, но раз такая конструкция предусмотрена в законе, мы в рамках описанного подхода *de lege lata* именно ее применяем к случаям юридической невозможности (в отличие от случаев фактической невозможности исполнения). Соответственно, в течение срока договора обязательство будет умирать и воскресать столько раз, сколько раз за этот период у должника возникали и исчезали юридические препоны.

В-третьих, можно, признавая правила ст. 417 ГК РФ как *lex specialis*, попытаться истолковать сферу применения этих правил предельно узко. Например, можно попытаться применять эти правила только к случаям, когда после возникновения обязательства вводится запрет, выводящий вне закона те действия, которые входят в предмет обязательства, и при этом претендующий на бессрочное действие или рассчитанный на такой период, по прошествии которого программа договорных правоотношений уже реализована быть не может. Можно попытаться правила ст. 417 ГК РФ и заложенную в них модель «юридического Лазаря» — «умирания и воскрешения» обязательства — применять только к таким случаям. В качестве примера можно привести ситуацию, когда после заключения между заказчиком и подрядчиком договора на выполнение работ по сносу архитектурного памятника меняется законодательство, и данный памятник оказывается защищен от сноса. Если само юридическое препятствие претендует на бессрочность (хотя и может отпасть, если в будущем закон опять изменится), мы можем пытаться применять правила ст. 417 ГК РФ. Другой пример: введение санитарно-эпидемиологических ограничений на вылеты рейсов в определенный город осуществляется на три месяца, и на этот период выпадает дата вылета пассажира по купленному билету. В обоих случаях, если власти неожиданно не передумают, возникшее препятствие не позволит должнику исполнить обязательство.

На контрасте в рамках такой интерпретации правила ст. 417 ГК РФ мы не будем применять в тех случаях юридической невозможности исполнения, когда препятствие явно носит временный характер и его отпадение вполне реалистично в рамках такого временного горизонта, который не исключит возможность реализации программы договорных правоотношений. Например, власти запретили проведение строительных работ на месяц в связи с санитарными соображениями: в такой ситуации никакого прекращения обязательств подрядчика по договору, срок выполнения работ по которому рассчитан на год, с последующим их воскрешением при истечении периода ограничения, не будет. В таком случае будут работать общие разъяснения ВС РФ о том, что при возникновении временных препятствий обязательство не прекращается, но возможен отказ от договора, принуждение к исполнению обязательства в натуре временно заблокировано, а ответственность за просрочку зависит от того, освобождается ли должник от ответственности за возникшее препятствие.

Все три подхода к толкованию ст. 417 ГК РФ страдают недостатками. Игнорировать норму закона — это самая крайняя мера. Восприни-

мать ст. 417 ГК РФ как исключение, не пытаясь сузить сферу ее применения, и обрушивать все прелести модели «умирания и воскрешения» на столь распространенные случаи, как санитарные, экспортные, импортные и иные подобные ограничения, административное приостановление деятельности, обеспечительные запреты, наложенные судом, и т.п., кажется немилосердным по отношению к участникам оборота. Третий вариант – сужение применения ст. 417 ГК РФ до случаев юридической невозможности, претендующей на перманентность, также несколько искусственно. В конечном итоге в российских реалиях законы могут меняться, а только что вводимые ограничения – отменяться достаточно оперативно.

Практика ВС РФ также не проясняет данный вопрос в полной мере, хотя определенный намек на реализацию третьего подхода можно обнаружить. В этом отношении обращает на себя внимание ответ на вопрос № 7 в Обзоре по отдельным вопросам судебной практики, связанным с применением законодательства и мер по противодействию распространению на территории Российской Федерации новой коронавирусной инфекции (*COVID-19*) № 1 (утв. Президиумом ВС РФ 21 апреля 2020 г.). Здесь Суд пишет, что принятие властями ограничительных мер или режима самоизоляции на фоне распространения коронавирусной инфекции в 2020 г. может являться основанием для прекращения обязательства на основании ст. 417 ГК РФ, если принятие актов органов государственной власти или местного самоуправления привело «к полной или частичной объективной невозможности исполнения обязательства, имеющей постоянный (неустранимый) характер». Иначе говоря, Суд считает, что юридическая невозможность в связи с введением санитарных ограничений прекращает обязательство согласно правилам ст. 417 ГК РФ (т.е. в парадигме «юридического Лазаря») не всегда, а только если препятствие носит постоянный и неустранимый характер. Если же оно носит временный характер, обязательство, по мысли ВС РФ, не прекращается. Но ведь санитарные ограничения по определению рассчитаны на определенное время. Соответственно, остается признать, что ВС РФ допускает, что такое объективно временное препятствие в контексте конкретной договорной программы может оказаться перманентным. На самом деле перманентным оно не является и в такой ситуации, так как есть вероятность отмены на следующий день после введения запрета; корректнее говорить о том, что имеется в виду юридическое препятствие, претендующее на перманентность. Судя по всему, ВС РФ предлагает двигаться по третьему пути ограничительного понимания сферы применения ст. 417 ГК РФ.

При такой интерпретации получается, что при возникновении объективной *фактической* невозможности обязательство прекращается автоматически, *ipse iure* в случае перманентности препятствия относительно его влияния на реализуемость программы обязательства, а в сценарии возникновения объективной *юридической* невозможности обязательство прекращается автоматически в случае, когда препятствие претендует на подобную перманентность.

В судебной практике встречаются примеры прекращения обязательств в силу одного лишь факта возникновения претендующих на постоянство юридических запретов. Так, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 2315/13 Суд на основании п. 1 ст. 417 ГК РФ признал, что действие договоров на установку рекламных конструкций прекратилось после издания постановления правительства субъекта РФ, запрещающего размещение рекламных конструкций в тех местах, которые были упомянуты в договоре. При этом Суд особо подчеркнул, что договор в такой ситуации прекращается автоматически, а не в силу отказа от договора.

Возможно, этот подход, действительно, является единственно возможным в условиях действующего законодательства. Впрочем, говорить о полной ясности по данному вопросу нельзя.

При этом, естественно, в любом случае юридическое препятствие должно носить объективный характер: если оно мешает исполнить обязательство только должнику, но существует возможность обеспечить исполнение путем возложения исполнения, обязательство автоматически не прекращается.

1.2. Применение общих правил о невозможности исполнения, закрепленных в ст. 416 ГК РФ

К случаям объективной постоянной юридической невозможности исполнения, которые, судя по всему, имеются в виду в ст. 417 ГК РФ, подлежит применению ряд положений, который был выведен из буквального текста или толкования ст. 416 ГК РФ, являющейся общей нормой о невозможности исполнения (см. комментарий к ст. 416 ГК РФ).

Так, в частности, прекращение обязательства должника в силу юридической невозможности влечет по общему правилу, если иное распределение рисков не вытекает из закона или условий сделки, синхронное прекращение и встречного обязательства, а также в случае, если встречное обязательство было исполнено, дает право на истребование осуществленного предоставления. Условный аспект встречности обязательств по общему правилу здесь в полной мере работает.

Другой пример: если юридическая невозможность наступила по обстоятельствам, за которые отвечает должник, он обязан возместить

другой стороне убытки в связи со срывом программы договорных правоотношений.

1.3. Соотношение правил ст. 417 и ст. 422 ГК РФ

Следует задаться таким вопросом: а может ли в принципе государство вводить те или иные ограничения в отношении ранее заключенных договоров? Ведь согласно ст. 422 ГК РФ новые императивные правила о правах и обязанностях сторон не могут применяться к отношениям из ранее заключенных договоров (подробнее см. комментарий к ст. 422 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹). Ответ, видимо, должен быть такой: ст. 422 ГК РФ применяется к установлению после заключения договора новых императивных правил в отношении условий допустимости, формы и порядка заключения договора, а также императивных или диспозитивных правил, регулирующих содержание прав или обязанностей сторон договора; такие новые правила не могут поставить под сомнение действительность ранее заключенного договора, опрокинуть ранее согласованные условия договора или восполнить договорные правоотношения. Но если законодатель вводит публично-правовые ограничения и предписания в отношении той или иной деятельности, осуществление которой входит в предмет обязательства (например, того или иного способа утилизации мусора), то такие новые правила оказывают воздействие на правоотношения из ранее заключенных договоров, блокируя их реализацию на будущее; здесь применяются правила о последующей юридической невозможности.

В то же время следует признать, что различие между гражданско-правовыми нормами, регулирующими права или обязанности сторон соглашения и в силу п. 2 ст. 422 ГК РФ не затрагивающими отношения по ранее заключенным договорам, с одной стороны, и нормами публичного права, непосредственно императивно регулирующими соответствующую экономическую деятельность и способными заблокировать реализацию ранее возникшего договорного правоотношения, — с другой, не всегда очевидно. Здесь мы сталкиваемся с глубокой неопределенностью в вопросе о разграничении норм публичного и частного права (подробнее об этом см. п. 1.1–1.6 комментария к ст. 2 ГК РФ в другом томе серии #Глосса²).

¹ Договорное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 420–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (авторы комментария к ст. 422 — А.Г. Карапетов, М.А. Церковников).

² Основные положения гражданского права: постатейный комментарий к статьям 1–16.1 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. А.Г. Карапетов. М., 2020 (автор комментария к ст. 2 ГК РФ — А.Г. Карапетов).

1.4. Акты международных и зарубежных органов

Статья 417 ГК РФ должна применяться и тогда, когда юридическая невозможность возникает в связи с изданием обязательных к исполнению соответствующим контрагентом актов наднациональных объединений наподобие Евразийского экономического союза, юрисдикция которых признается в российском праве.

Более сложный вопрос возникает в отношении случаев введения зарубежным государством, в котором располагается контрагент российской компании, а также международными организациями, юрисдикция которых в российском праве не признается, но признается в стране нахождения контрагента (например, ЕС), тех или иных запретов и ограничений, делающих юридически невозможным для зарубежного контрагента исполнение его обязательства. Подпадает ли такая ситуация – при применении к обязательственным отношениям российского права – под действие ст. 417 ГК РФ о юридической невозможности исполнения, или речь идет о фактической невозможности исполнения? Эта проблема не была бы острой, если бы в ГК РФ не было странной ст. 417 ГК РФ, а юридическая невозможность, будучи препятствием по определению временным, не влекла бы автоматическое прекращение обязательств.

Если введение органами власти зарубежного государства (или наднационального объединения) соответствующих запретов не является обязательным для должника, нельзя говорить ни о юридической, ни о фактической невозможности. Так, например, если иностранное государство ввело санкции против той или иной российской компании и запрещает корпорациям, являющимся резидентами данного государства, поставлять данной российской компании определенное оборудование, то это означает возникновение юридической невозможности исполнения обязательства иностранной компанией по поставке. Но введение данных ограничений не может являться основанием для прекращения обязательств по договору, заключенному между данной подпавшей под санкции российской компанией-покупателем и зарегистрированным в России дочерним предприятием соответствующей зарубежной корпорации. Последнее связано с тем, что данное дочернее предприятие, будучи зарегистрировано в России, не подпадает под непосредственную юрисдикцию зарубежного государства и не может быть юридически связано введенными в зарубежном государстве санкциями. Тот факт, что эти санкции связывают головную корпорацию, и даже тот факт, что заключение дочерним обществом такой корпорации контракта с российским контрагентом может повлечь те или иные правовые проблемы для

головной зарубежной корпорации, не означают, что налицо юридическая невозможность исполнения.

1.5. Фактическая невозможность, predeterminedная изданием акта органом государственной власти или муниципалитета

Если издание государственными (муниципальными) органами власти актов не приводит к тому, что исполнение обязательства будет неправомерным, но лишает должника возможности исполнить обязательства фактически, ст. 417 ГК РФ не должна применяться. Например, если в связи с введением российскими властями запретов на импорт определенной зарубежной продукции российский импортер не может исполнить свое обязательство по ее поставке покупателю, нельзя говорить о юридической невозможности исполнения. Юридическая невозможность возникает в такой ситуации в отношении обязательств по договору данного импортера и иностранного поставщика, но юридической невозможности нет в отношениях между российским импортером и конечным покупателем. Запрет на импорт не запрещает российскому импортеру, если у него каким-то образом данный товар окажется (например, будет найден импортером в остатках на складах или куплен у другого импортера, завезшего товар до введения запрета на импорт), поставить его покупателю. В такого рода ситуациях в самых крайних случаях (если данный товар, действительно, отсутствует на рынке) можно говорить лишь о фактической невозможности исполнения.

1.6. Диспозитивность

Из толкования п. 1 ст. 417 ГК РФ вытекает, что его положения о прекращении обязательств при возникновении юридической невозможности являются диспозитивными. В норме нет прямого запрета на согласование сторонами иного, и при этом императивность данной нормы не вытекает из целей законодательного регулирования и необходимости защиты охраняемых законом интересов (публичных, третьих лиц, слабой стороны договора и т.п.).

Более того, отступление от не самого удачного содержания ст. 417 ГК РФ по воле сторон является даже желательным. Так, например, стороны часто предусматривают в договоре, что возникающая по причине непреодолимой силы невозможность исполнения не прекращает обязательство (обычно дается иллюстративный перечень, включающий санитарные ограничения, эмбарго и т.п.), но если такая невозможность сохраняется в течение определенного периода, каждая из сторон вправе отказаться от договора, либо договор прекращается автоматически. Тем самым стороны исключают действие модели «умирания и воскрешения».

1.7. Ответственность за издание незаконного акта

В силу прямого указания в п. 1 ст. 417 ГК РФ в случае, если соответствующий акт носит незаконный характер и признан недействительным, стороны вправе обратиться в суд с иском к соответствующим публичным образованиям о возмещении возникших в связи с прекращением обязательства убытков по правилам ст. 13 и 16 ГК РФ. В силу п. 3 ст. 417 ГК РФ признание такого акта недействительным будет означать возобновление прекращенного обязательства с обратной силой. Но это не исключает того, что у сторон могут возникнуть убытки, вызванные тем, что некоторый период времени обязательство считалось прекращенным.

2. Юридическая невозможность, возникшая в связи с неправомерным поведением должника

В силу прямого указания в п. 2 ст. 417 ГК РФ, если юридическая невозможность возникла в связи с неправомерными действиями (бездействием) самого должника, обязательство не считается прекращенным. В частности, если у должника, нарушившего лицензионные требования, была отозвана лицензия, его обязательство остается в силе (п. 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104). То же, видимо, касается и административного приостановления деятельности должника по причине допущенных им нарушений публичного законодательства. Кредитор может отказаться от договора в подобной ситуации (п. 2 ст. 405, п. 2 ст. 328 ГК РФ), но автоматического прекращения обязательства не происходит.

Законодатель здесь, как и в п. 1 ст. 416 ГК РФ, увязывает вопрос о сохранении обязательства с вопросом о том, отвечает ли должник за возникновение препятствия. В контексте ситуации с фактической объективной и перманентной невозможностью это не лучшее решение. Как было показано в комментарии к ст. 416 ГК РФ, в такой ситуации корректнее было бы говорить о том, что затронутое перманентной и объективной невозможностью исполнения обязательство все равно прекращается, несмотря на наличие вины должника в возникновении невозможности, но на место этого обязательства заступает охранительное обязательство по возмещению убытков. Но в сценарии с юридической невозможностью, где сама идея автоматического прекращения обязательства сомнительна, так как любое юридическое препятствие теоретически может отпасть на следующей день, любой предлагаемый законом шанс сузить сферу применения модели «умирания и воскрешения» можно использовать.

3. Восстановление прекращенного обязательства

Норма п. 3 ст. 417 ГК РФ пытается решить проблему, возникающую в связи с тем, что юридическая невозможность, сколь бы бесповоротной и окончательной она ни казалась, в отличие от невозможности фактической всегда может отпасть. Сгоревшая антикварная книга из пепла не возстанет, а вот законодательный запрет может быть отменен через месяц после его введения. Решение этой проблемы, порожденной самим законодателем, предложено в комментируемой норме и, как уже отмечалось, состоит в реализации модели «воскрешения» прекратившегося обязательства.

Такое решение применимо к ситуации, когда юридическое препятствие возникло по обстоятельствам, за которые должник не отвечает, и может быть охарактеризовано как потенциально перманентное. Если принять предлагаемое в комментарии к п. 1 ст. 417 ГК РФ понимание сферы применения, потенциально перманентное юридическое ограничение — это ограничение, которое введено с прицелом на бессрочность (например, введен бессрочный законодательный запрет той или иной деятельности) или на такой срок, что это априори исключает реализацию программы обязательства. Обязательство в такой ситуации согласно предлагаемому пониманию п. 1 ст. 417 ГК РФ прекращается автоматически в момент возникновения такого препятствия. Как уже отмечалось, это неудачное решение, и проще было бы в такой ситуации выходить из обязательственной связи через отказ от договора, но *de lege lata* автоматизм закреплён в законе.

Если такое потенциально перманентное юридическое препятствие неожиданно отпадает до того, как возможность реализации программы договорных правоотношений не отпала, согласно комментируемой норме обязательство автоматически ретроактивно восстанавливается, как если бы оно не прекращалось. Например, если после заключения договора аренды помещения под хостел меняется закон и размещение хостела в жилых помещениях становится юридически невозможным, обязательства сторон прекращаются юридической невозможностью исполнения, но если далее неожиданно закон отменяют, обязательство должника и встречное обязательство контрагента, прекращенные в силу синалагматической их увязки, автоматически воскресают, если не случится отказ от договора.

Безусловно, такое воскрешение мыслимо, только если препятствие отпало до истечения срока действия договора или наступления строгого срока исполнения. Например, если в вышеописанной ситуации с хостелом запрет отменили после истечения срока аренды, «юридический Лазарь» не возстанет из мертвых и ничего автоматически

не воскреснет. То же если запрещенные полеты вновь разрешили после указанной в билете даты вылета. Но если запрет на размещение хостелов в жилых домах, который был введен на третий месяц действия пятилетнего договора аренды, по прошествии полугода был отменен, обязательства сторон согласно комментируемой норме восстанавливаются, если не последует отказ от договора. То же и в ситуации, когда запрет на полеты, введенный на полгода, незадолго до изначальной даты вылета отменяют.

3.1. Отказ от договора

Согласно букве п. 3 ст. 417 ГК РФ если стороны не желают такого воскрешения обязательств, они могут отказаться от договора. К сожалению, в норме говорится только о праве кредитора на такой отказ. Иначе говоря, по букве закона только кредитор может предотвратить ретроспективное возобновление обязательства при отпадении юридических препятствий. Аналогичное право должника не упоминается. При этом должник мог не быть ответственным за возникновение препятствия (например, введение законодательных ограничений) и по справедливости не должен страдать от вечной неопределенности и риска последующего возобновления его обязательства при отпадении препятствия, ведь если кредитор в такой ситуации не пожелает отказаться от договора, должник оказывается заложником положения и вынужден сохранять свою готовность исполнить обязательство в любой сколь угодно отсроченный во времени момент отпадения препятствия.

В данных обстоятельствах очевидно, что право должника, не отвечающего за возникновение юридического препятствия, на отказ от договора должно быть также признано. Это вытекает из применения для восполнения пробела закона принципов справедливости, разумности и добросовестности (ст. 6 ГК РФ). Соответственно, должник, не отвечающий за возникновение юридической невозможности, вправе также отказаться от договора, как минимум если юридическое препятствие сохраняется в течение продолжительного периода времени.

Аналогичная проблема возникает и в контексте временной фактической невозможности (см. п. 1.2.2 комментария к ст. 416 ГК РФ).

3.2. Разумный срок на отказ

Указание на разумный срок для реализации права на отказ от договора логично понимать так: кредитор (или при принятии вышеизложенного уточнения — также и должник) вправе сделать это, во-первых, в любой момент в период после возникновения юридической невозможности и до ее отпадения: в этом случае сторона заявляет об отказе от договора под условием будущего отпадения такой невозможности,

т.е. ставит свой отказ под условие того, что в будущем юридическая невозможность отпадет. Во-вторых, стороны праве отказаться от договора в разумный срок после отмены соответствующего акта и восстановления обязательств.

Соответственно, после возникновения юридической невозможности кредитору или должнику стоит принять решение. Если они будут бездействовать, то препятствие может отпасть, и тогда обязательство, а вслед за ним и встречное обязательство, и, по сути, весь договор в целом возобновятся и при этом возобновятся с обратной силой, вследствие чего должнику надо будет приступить к исполнению, а кредитору придется принимать исполнение от должника. Если стороны не желают столкнуться с такой перспективой, они вправе отказаться от договора и прекратить неопределенность. В последнем случае отпадение препятствия в будущем уже не возобновит обязательство. Если никто из сторон об этом не подумал (а это крайне вероятно), и вдруг, казалось бы, претендующее на перманентный характер (в контексте программы данного обязательства) юридическое препятствие неожиданно отпадает, у сторон есть разумный срок на то, чтобы выразить протест против возобновления в форме заявления об отказе. Если обе стороны молчат, по букве закона получается, что обязательства восстанавливаются. Если одна из сторон заявит отказ, восстановление обязательств будет ретроактивно отменено.

Нелепость всей этой конструкции уже отмечалась выше. Но исправить ситуацию можно, только отменив ст. 417 ГК РФ.

Возможно смягчить степень нелепости такого решения, уточнив, что разумный срок на отказ не истекает до тех пор, пока одна из сторон после отпадения препятствия не заявит прямо или конклюдентно о своем желании возобновить исполнение договора и не истечет разумный срок на ту или иную реакцию контрагента. Это важная оговорка, так как на практике стороны вполне могут забыть о, казалось бы, прекращенном году назад договоре и не заявят об отказе после отпадения препятствия, и в такой ситуации возобновление договора *ipse iure* может подрывать разумные ожидания одной или даже обеих сторон. Поэтому предлагается исходить из того, что одна из сторон должна в силу доброй совести выразить свою волю на возобновление исполнения, и в такой ситуации у другой стороны будет шанс взвесить все за и против и при потере интереса к договору заявить об отказе.

3.3. «Воскрешение» обеспечений

Что происходит с обеспечениями, если ранее прекращенное обязательство впоследствии удивительным образом воскресает по правилам

комментируемой нормы? «Воскреснут» ли прекратившиеся вместе с обеспечиваемым обязательством залог или поручительство, если впоследствии обеспечиваемое обязательство восстановилось? Или потребуется получать согласие поручителя или залогодателя, выступающего в качестве третьего лица?

Видимо, в силу ретроактивности воскрешения обеспечиваемого обязательства обеспечения воскресают без согласия соответствующих обеспечителей. Впрочем, в этой области могут возникать достаточно непростые вопросы (например, о восстановлении или невозможности старшинства залогов в ситуации, когда предмет залога в период пребывания обязательства в царстве мертвых был обременен новым залогом). Эти вопросы носят общий характер для всех ситуаций, когда налицо ретроактивное восстановление, казалось бы, прекращенного обязательства (например, в ситуации, когда должник изъял ранее депонированные у нотариуса средства, когда платеж в счет долга был оспорен и аннулирован по правилам ст. 61.3 Закона о банкротстве как сделка с предпочтением и т.п.). Их детальная проработка требует более углубленного разбора.

3.4. Течение сроков на исполнение и исковой давности

Если обязательство прекратилось юридической невозможностью исполнения, но впоследствии в связи с отпадением препятствия стало из небытия, упомянутая в норме ретроактивность воскрешения означает, что обязательство как будто бы никогда не прекращалось. Но раз должник не отвечает за возникновение самого препятствия (а п. 3 ст. 417 ГК РФ применим только к такой ситуации), такая ответственность ретроактивно наступать не должна при восстановлении долга, ибо ретроактивность восстановления долга не отменяет того факта, что должник не отвечал за просрочку в течение указанного периода.

Возникает проблема с течением исковой давности. Вопрос о том, должна ли давность в такой ситуации приостанавливать свое течение на период до отмены препятствия, пока не прояснен и может вызывать споры. В принципе, с точки зрения принципа, согласно которому давность не течет для неспособного к защите своего права, течение давности должно приостанавливаться, пусть в тексте закона на это прямо и не указано. Более того, применительно к похожей ситуации с «юридическим Лазарем», возникающей в случае истребования должником платежа, внесенного им ранее в депозит нотариуса, ВС РФ уже высказался в пользу нетечения давности в период, когда обязательство считалось прекращенным (см. комментарий к ст. 327 ГК РФ). Этот же подход, видимо, применим и здесь.

3.5. «Воскрешение» обязательства и аспект синаллагмы

При этом если прекращенное обязательство должника воскресает по причине отмены соответствующего акта, то воскресает и прекращенное встречное обязательство другой стороны. Если встречное обязательство ранее было исполнено, но к моменту воскрешения полученное не было возвращено, воскрешение обязательства должника отменяет возникшее реверсивное обязательство того же должника вернуть полученное. Если полученное по встречному обязательству уже было возвращено, то, казалось бы, воскрешение долга должника будет означать восстановление встречного обязательства. Но здесь можно было бы заметить, что возврат полученного может рассматриваться как волеизъявление сторон на отказ от договора и может, видимо, блокировать воскрешение. Запутанность этих сценариев есть следствие самой крайне неудачной модели «умирания и воскрешения».

Дополнительная литература

См. список источников к комментарию к ст. 416 ГК РФ.

Статья 418. Прекращение обязательства смертью гражданина

1. Обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника.

2. Обязательство прекращается смертью кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью кредитора.

Комментарий

Согласно п. 1 и 2 ст. 418 ГК РФ, обязательство прекращается смертью должника или кредитора, если обязательство неразрывно связано с личностью того или другого. По смыслу закона в остальных случаях обязательство смертью его стороны не прекращается, так как происходит наследственное правопреемство.

Эти положения на первый взгляд кажутся достаточно простыми, но в реальности здесь возникает множество сложных вопросов.

Самый сложный вопрос касается преемства в правах и обязанностях умершей стороны договора в ситуации, когда к моменту смерти обязательства обеих сторон еще не были исполнены либо речь шла

о договоре, предполагающем пролонгированное взаимодействие сторон. Этот вопрос преемства в договорной позиции будет разобран в п. 3 комментария к настоящей статье. В п. 1 комментария ниже мы обратимся к анализу ситуаций, когда умирает должник, обязанный к осуществлению предоставления, но сам не управомоченный на получение некоего встречного предоставления, ибо оно либо уже получено ранее, либо обязательство вытекает из односторонне-обязывающего договора, либо носит внедоговорную природу, не предполагающую встречного исполнения. В п. 2 комментария будет проанализирован случай, когда речь идет о смерти кредитора по такому же обязательству.

1. Прекращение обязательства смертью должника

По общему правилу смерть гражданина-должника влечет не прекращение обязательства, а переход долга умершего лица к его правопреемнику (наследнику) в рамках наследственного правопреемства. Наследники в силу п. 1 ст. 1175 ГК РФ солидарно отвечают по долгам наследодателя в пределах стоимости перешедшего к ним по наследству имущества. Согласно ст. 1112 ГК РФ, в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства имущественные обязанности. Даже в таком случае обязательство может согласно ГК РФ и практике ВС РФ прекращаться в целом или в части (прежде всего, если долг превышает стоимость унаследованного имущества, либо при реализации одной из сторон права на отказ от договора), но это уже будет иное основание для прекращения обязательства. В силу самого факта смерти обязательство должника по общему правилу не прекращается.

В качестве исключения из этого общего правила в комментируемой норме указано, что со смертью гражданина-должника прекращается обязательство, неразрывно связанное с его личностью. О том же говорит и ст. 1112 ГК РФ, согласно которой не входят в состав наследства обязанности, переход которых в порядке наследования не допускается настоящим Кодексом или другими законами, а также обязанности, неразрывно связанные с личностью должника-наследодателя.

При этом п. 1 ст. 418 ГК РФ не предлагает перечня таких неразрывно связанных с личностью должника обязательств, называя в качестве критерия невозможность исполнения обязательства без личного участия должника. В ряде случаев законодатель, осознавая неразрывную связь обязательства и личности должника или ярко выраженный доверительный аспект взаимоотношений сторон, прямо указывает на то, что смерть соответствующей стороны договора влечет прекращение договорных обязательств. Например, согласно закону, договорные

обязательства, вытекающие из соответствующих договоров, прекращают смерть гражданина, выполняющего функции эскроу-агента (п. 1 ст. 926.8 ГК РФ), смерть поверенного по договору поручения (п. 1 ст. 977 ГК РФ), смерть комиссионера (ст. 1002 ГК РФ), смерть агента (ст. 1010 ГК РФ), смерть доверительного управляющего (п. 1 ст. 1024 ГК РФ) и некоторые другие. Очевидно, что в таких договорах выбор соответствующего «агента» основан на доверии к его личным качествам, и обязательства такого «агента» не могут переходить к его наследникам.

В остальных не упомянутых в законе прямо случаях при определении применимости правил п. 1 ст. 418 ГК РФ требуется анализ существа обязательства и степени значимости личности должника, его навыков, умений, творческого потенциала, возможностей для реализации обязательства. Разберем далее применение критерия неразрывной связи в отношении отдельных видов обязательств.

1.1. Денежный долг

По общему правилу не прекращается смертью должника и переходит к наследникам должника обязательство уплатить денежную сумму. Долг переходит в режиме универсального правопреемства к тем, кто вступил в наследство. Если имущество должника перешло в порядке наследования нескольким лицам, образуется солидарная множественность лиц в обязательственных правоотношениях, на что прямо указано в п. 1 ст. 1175 ГК РФ. При этом в силу того же п. 1 ст. 1175 ГК РФ каждый из таких содолжников отвечает лишь в пределах стоимости своей наследственной доли, которая может состоять в виде доли в наследственной массе или выразаться в конкретном завещанном наследнику имуществе. Законодатель готов переносить на вступивших в наследство наследников долги наследодателя таким образом, чтобы наследник не оказался должен больше, чем стоимость переходящего к нему имущества, определяемая на дату открытия наследства. При стечении кредиторов и достижении предела ответственности суд, рассматривающий требование о взыскании долгов наследодателя, как правило, осуществляет пропорциональное распределение последствий недостаточности наследственной массы между известными ему кредиторами. Согласно небесспорной позиции ВС РФ, долг в части, превышающей общий предел ответственности сонаследников, прекращается (подробнее см. п. 1.1.6 комментария к настоящей статье).

Если никто из наследников по завещанию и закону не вступил в права наследования, либо все они отказались от наследства или отстранены от наследства, либо наследников попросту нет, то в силу ст. 1151 ГК РФ в такой ситуации имущество наследодателя считается

выморочным и переходит соответствующему публичному образованию или к нескольким из них в зависимости от состава наследства. Хотя это в ГК РФ и не закреплено прямо (что иногда объясняется отношением к публичному образованию как к последнему и вынужденному наследнику), в таком случае к публичному образованию переходят и долги наследодателя, и публичное образование отвечает по долгам наследодателя в пределах стоимости перешедшего к нему выморочного имущества (п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

Переходит к наследникам как просроченный денежный долг, так и такой долг, погашение которого отсрочено или поставлено под отлагательное условие; как долг, вытекающий из регулятивного обязательства (основной долг по договору, неосновательному обогащению, процентам за пользование займом и т.п.), так и долг по возмещению убытков в связи с допущенным наследодателем нарушением договора или совершенным им деликтом, а также иные подобные денежные долги, вытекающие из возникших при жизни наследодателя охранительных обязательств. Кроме того, по общему правилу при переходе к наследникам денежного долга сохраняются все элементы программы соответствующего обязательственного правоотношения: третейская оговорка или соглашение о подсудности, оговорка о применимом праве, вторичные права, имевшиеся у наследодателя в связи с данным обязательством, и последствия их реализации наследодателем, бремя претерпевания последствий осуществления кредитором (как до открытия наследства, так и после) принадлежащих ему вторичных прав, возражения, которые были доступны наследодателю, и т.п.

При этом в ряде случаев в российском праве обнаруживаются примеры, когда законодатель, суды или ученые отказываются признавать денежный долг переходящим по наследству, либо этот вопрос становится предметом споров и сомнений. Обсудим далее некоторые примеры.

1.1.1. Алименты

Согласно ст. 120 СК РФ обязательства по выплате алиментов прекращаются смертью должника. О том, что такие обязательства не входят в состав наследства, говорит и п. 15 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9.

При этом телеологическое толкование данной нормы приводит к выводу о том, что установленные соглашением сторон или присужденные судом алименты, которые были начислены, но не были выплачены должником к моменту его смерти, переходят в составе наследства к наследникам в пределах переходящего к ним имущества

наследодателя. Прекращаются лишь такие установленные судом или соглашением обязательства по выплате алиментов, которые причитаются кредитору за период после смерти должника. Иначе говоря, речь идет об остановке начисления алиментов *на будущее*, а не о списании ранее начисленных алиментов.

Этот подход подтверждается и в судебной практике. Согласно п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 имущественные обязанности, неразрывно связанные с личностью гражданина-должника, в силу ст. 418 ГК РФ прекращаются *на будущее время* в связи со смертью этого гражданина. Суд далее уточняет: «если имущественные обязанности, связанные с личностью должника-гражданина, не были исполнены при его жизни, в результате чего образовалась задолженность по таким выплатам, то правопреемство по обязательствам о погашении этой задолженности в случаях, предусмотренных законом, возможно». Преломление этого общего разъяснения к алиментным обязательствам позволило Суду в Обзоре судебной практики ВС РФ № 4 (2019) (утв. Президиумом ВС РФ 25 декабря 2019 г.) указать следующее: «Задолженность наследодателя по алиментам и по уплате неустойки, исчисленной на день смерти наследодателя, является имущественной обязанностью, которая переходит к его наследнику, принявшему наследство, в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества». Соответственно, такая накопившаяся к моменту смерти должника задолженность по алиментному обязательству рассматривается в качестве денежного обязательства (долга), не связанного с личностью должника, и обязанность по погашению такого накопившегося долга переходит к наследникам должника в пределах стоимости наследуемого ими имущества (см. также определения СКГД ВС РФ от 26 февраля 2019 г. № 18-КГ18-267, от 24 сентября 2013 г. № 81-КГ13-14, от 1 марта 2016 г. № 45-КГ16-1 и др.

При этом, согласно практике судов, речь идет о переходе к наследникам накопившейся задолженности умершего должника по алиментам, размер которых определен либо в ранее заключенном соглашении, либо в судебном акте о присуждении алиментов. Если, например, дети не содержали своих нетрудоспособных родителей вопреки ст. 87 СК РФ, но между сторонами отсутствовало соглашение или судебное решение о присуждении к выплате алиментов, суды исходят из того, что полноценной сформировавшейся задолженности у детей нет. Соответственно, считается, что, если в нашем примере сын или дочь умирают, к их наследникам не переходит долг по выплате алиментов за период до смерти, так как он не успел к тому времени образоваться. Насколько такое решение оправдано, вопрос спорный. Но даже если придерживаться

такого подхода, следует сделать два уточнения. Во-первых, согласно п. 2 ст. 107 СК РФ алименты начисляются с момента обращения в суд. В таких условиях, если должник умер в ходе рассмотрения спора о взыскании алиментов, было бы справедливо перенести на наследников должника долг по уплате алиментов за период с момента обращения наследодателя в суд и до его смерти. Во-вторых, в ряде случаев (абзац второй п. 2 ст. 107 СК РФ) возможно присуждение алиментов за период до обращения в суд. В ситуации смерти должника после обращения с иском о взыскании алиментов за прошлый период было бы логично перенести на наследников умершего долг по уплате алиментов за период с того момента, с которого кредитор был вправе рассчитывать на ретроактивное начисление алиментов, если бы ответчик не умер до окончания процесса, и до момента смерти наследодателя.

Впрочем, здесь возникает фундаментальный вопрос к сложившемуся в России регулированию. Отраженная в российском позитивном праве и судебной практике идея о том, что начисление алиментов останавливается со смертью должника, носит с политико-правовой точки зрения спорный характер. Конечно, прилично воспитанный и готовый задуматься о последствиях своей смерти алиментный должник может обеспечить удовлетворение интереса алиментного кредитора и после своей смерти через легат. Но мало кто на практике это делает. Отчасти это компенсируется тем, что в большинстве случаев кредиторы по алиментам будут одновременно и наследниками с учетом призвания к наследованию по закону в качестве наследников первой очереди супруга, детей и родителей, а также нетрудоспособных иждивенцев наследодателя из числа иных наследников по закону и, соответственно, получают вместо алиментных выплат некое имущество, которое может помочь им обеспечить свою жизнь.

1.1.2. Долг по возмещению имущественного вреда, причиненного жизни или здоровью

Следует обратить внимание на то, что ст. 1112 ГК РФ, а также ст. 383 ГК РФ блокируют переход к наследникам прав требования о возмещении убытков, связанных с причинением вреда жизни и здоровью, но умалчивают о запрете наследования долга по возмещению таких убытков. Нормы, аналогичной ст. 120 СК РФ, которая устанавливает прекращение выплат по алиментам при смерти должника, в контексте возмещения вреда жизни и здоровью в российском законе нет. Так что есть основания для вывода о том, что такие долги не должны прекращаться.

Нет неразрывной связи между долгом по возмещению расходов на лечение или утраченного заработка и личностью должника. Де-

линквент причинил вред, вверг потерпевшего в убытки и должен этот вред возместить. Потерпевшему все равно, кто конкретно будет осуществлять ему выплаты — сам делинквент или его наследники за счет доставшегося им имущества делинквента. Точнее, любой кредитор согласится на случай смерти исходного должника иметь нового должника, чем не иметь вовсе никакого.

Нет ни одного убедительного аргумента в пользу того, что долг по возмещению убытков, связанных с причинением вреда здоровью (в том числе возмещение медицинских расходов, утраченного в связи с потерей трудоспособности заработка) или жизни (возмещение в связи с потерей кормильца, расходов на погребение) должен прекращаться смертью делинквента и не должен переходить к наследникам делинквента в пределах стоимости достающегося им имущества наследодателя.

Представим, что умирает состоятельный бизнесмен, который ранее сбил пешехода, утратившего в связи с деликтом трудоспособность. Неужели было бы справедливо, что все состояние умершего перейдет по закону или завещанию, скажем, детям, жене или сожителю, но потерпевший не получит возмещение? Это просто нелепо. Переходить должны долги по возмещению расходов на лечение, реабилитацию, на погребение, регулярным выплатам содержания в связи с утратой трудоспособности, потерей кормильца и т.п.

При этом нет никакой логики в том, чтобы переходили только долги, подтвержденные судебным решением или соглашением: не должно иметь значение, успели ли потерпевшие предъявить и выиграть иск против делинквента к моменту его смерти. Денежный долг по возмещению убытков возникает в момент деликта, и поэтому суд своим решением не порождает денежный долг, а лишь присуждает к его погашению. А следовательно, смерть делинквента на следующий день после причинения им вреда ничем в плане перспектив преемства в долге не отличается от случая, когда делинквент умер после подтверждения долга судебным решением. Иной подход ставил бы потерпевших, один из которых успел получить решение суда, скажем, за день до смерти делинквента, а другой — нет, в неравное положение, что несправедливо и неконституционно.

В римском праве обязанность возместить причиненный вред рассматривалась в качестве применяемой к нарушителю кары, и долг не переносился на его потомков, но при этом долг, установленный судом, считался оторвавшимся от своего основания. Но в контексте российского права суд, взыскивая убытки, наделяет принудительной силой ранее возникшее деликтное обязательство. Такое обязательство

не является карой, его исполнение имеет целью восстановление нарушенного баланса в отношениях сторон (достижение корректирующей справедливости), и никаких причин дифференцированно относиться к преемству таких долгов в зависимости от того, вступило ли в силу решение суда о взыскании, нет.

При этом в части причитающихся потерпевшему периодических выплат на содержание (в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца) должны переходить к наследникам как долги за периоды, предшествующие смерти должника, так и долг по регулярным выплатам после смерти. Если к наследнику перешла квартира делинквента стоимостью 10 млн руб., наследник будет обязан выплачивать ежемесячное содержание потерпевшему в результате утраты им трудоспособности в связи с деликтом, совершенным наследодателем, вплоть до момента, когда сумма выплаченного достигнет стоимости квартиры. Впрочем, детали в российском праве не вполне прояснены. В этом плане п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50, согласно которому имущественные обязанности, неразрывно связанные с личностью гражданина-должника, в силу ст. 418 ГК РФ прекращаются *на будущее время* в связи со смертью этого гражданина, к долгу по возмещению вреда жизни или здоровью применяться не должен, ибо сам этот долг с личностью должника не связан.

1.1.3. Долг по возмещению морального вреда

Долг по возмещению морального вреда, так же как и долг по возмещению вреда жизни или здоровью, должен переходить к наследникам делинквента, причинившего моральный вред. При этом не должно иметь значения, успел ли потерпевший подать иск и выиграть спор о возмещении морального вреда до смерти ответчика. Прекращение долга по возмещению морального вреда, подтвержденного судебным решением, которое ранее не было исполнено умершим, в принципе нелепо, но и в тех случаях, когда иск еще не был подан или смерть делинквента случилась до вступления решения суда в силу, долг не должен прекращаться. Долг по возмещению морального вреда в денежной форме возник не в момент присуждения судом, а в момент соответствующего посягательства на право потерпевшего (как и долг по возмещению убытков в связи с причинением вреда здоровью), носит имущественный характер и никаких оснований его прекращать в связи со смертью должника нет. За причиненный потерпевшему моральный вред будут отвечать наследники делинквента в пределах стоимости перешедшего им в составе наследства имущества. Никакой неразрывной связи между долгом по возмещению морального вреда и личностью исходного должника не существует.

Представим, что в ходе разбирательства по уголовному делу скончался обвиняемый в совершении преступления, повлекшего инвалидность потерпевшего, у умершего имелись многочисленные ликвидные активы, в права на которые вступают наследники: неужели справедливо, что наследники получают данные активы и не будут обязаны выплатить возникшие до смерти его долги по возмещению морального вреда потерпевшему в результате преступного посягательства? Ответ очевиден. Любой иной ответ бесчеловечен.

В Обзоре судебной практики ВС РФ за I квартал 2000 г. (утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 28 июня 2000 г.) переход долга по возмещению морального вреда наследникам был подтвержден. Впрочем, в практике ВС РФ позднее однажды встречался и противоположный и в корне неверный подход. Протицируем позицию ВС РФ, изложенную в Определении СКГД ВС РФ от 3 февраля 2012 г. № 53-В11-19: «В соответствии с положениями п. 1 ст. 418 ГК Российской Федерации обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника. Исполнение обязательства по компенсации причиненного морального вреда может быть исполнено лично должником, так как неразрывно связано именно с его личностью. Правопреемство в данном случае действующим законодательством не предусмотрено». Понять логику Суда непросто. В чем состоит неразрывная связь между долгом по возмещению в деньгах морального вреда при посягательстве на честь и достоинство, причинении вреда здоровью, нарушении прав потребителей, с одной стороны, и личности должника — с другой, из этого разъяснения неясно.

1.1.4. Карательные компенсации

Как смерть должника влияет на судьбу обязательства по выплате суммы, представляющей собой карательную компенсацию в связи с нарушением права?

Обязанность по выплате административного штрафа прекращается и на наследников нарушителя не переносится (ст. 24.5 и ст. 31.7 КоАП РФ). Не следует ли из этого вывести идею о том, что и обязанности по выплате гражданско-правовых карательных компенсаций, хотя и причитающихся не бюджету, а потерпевшему, но направленных прежде всего на превенцию гражданских правонарушений, в случае смерти должника должны прекращаться? Данный вопрос может вызывать споры.

Хороший пример представляет собой астрент (судебная неустойка). Согласно п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7,

при универсальном правопреемстве на стороне должника обязанность по уплате судебной неустойки (астрента) переходит к правопреемнику должника в полном объеме. Если ВС РФ имел в виду реорганизацию, это бесспорно. Но логично ли переносить на наследников созревший долг по выплате астрента как карательной компенсации?

Что касается начисления астрента на будущее, следует учитывать, что смерть должника может приводить к прекращению обязательства, присужденного к исполнению в натуре. Если такое обязательство прекращено, исполнительное производство оканчивается невозможностью исполнения, и начисление астрента прекращается. Если же смерть ответчика не прекращает его обязательство, и наследники заступают на место должника в основном обязательстве, а также на место ответчика в процессе исполнительного производства, начисление астрента однозначно продолжается. Причем правило о преемстве в долге в размере наследственной массы в отношении такого начисленного за период после смерти исходного ответчика астрента не применяется: новый ответчик отвечает за свое собственное нарушение в виде неисполнения судебного решения. При этом в данном случае правопреемник ответчика может ставить вопрос об освобождении от уплаты астрента за период, когда до вступления в наследство он (они) не мог исполнить решение суда (п. 34 Постановления Пленума ВС РФ от 24 марта 2016 г. № 7).

Но происходит ли наследственное преемство в созревшем долге по начисленному до момента смерти исходного должника астренту? При первом приближении такой созревший долг наследодателя также должен переходить к наследникам, хотя вопрос может быть предметом полемики. Но если признать, что вышеуказанное разъяснение распространяется и на наследование созревшего долга по уплате астрента, не стоит забывать о специфике наследственного преемства: созревший долг по уплате астрента переходит к наследникам не «в полном объеме», а в пределах стоимости перешедшего по наследству имущества.

Еще одной карательной компенсацией, известной российскому праву, является штраф за добровольное неудовлетворение требований потребителя (п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей). Можно представить позицию, согласно которой, если суд присудил индивидуального предпринимателя к уплате такого штрафа, его смерть не прекращает долг по его уплате, и он переходит к наследникам. Но может быть высказано и другое мнение, согласно которому целью такого явно сверхкомпенсационного штрафа является стимулирование предпринимателя не доводить в дальнейшем споры до суда; смерть предпринимателя лишает этот урок смысла. Вопрос носит дискуссион-

онный характер, так как присуждение такого штрафа преподает урок не только конкретному предпринимателю, но и остальным в схожей ситуации.

Возможен и компромиссный подход: допускать преемство в таком долге по уплате этого штрафа, если он уже присужден судом, и отказывать в преемстве в противоположном случае. Дело в том, что после определенных колебаний судебная практика ВС РФ склонилась к тому, что до присуждения судом такого штрафа долга по его уплате нет, и поэтому переход такого требования на основании соглашения об уступке до момента присуждения судом такого штрафа невозможен (п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 26 декабря 2017 г. № 58, п. 15 [Обзора](#) судебной практики по делам о защите прав потребителей (утв. Президиумом ВС РФ 14 октября 2020 г.)). Следует ли из этого, что, если предприниматель не удовлетворил требование потребителя, скажем, о возврате уплаченной цены и скончался до начала или окончания судебного спора, потребитель не может потребовать уплаты данного штрафа от наследников предпринимателя, к которым перешел основной долг предпринимателя, а к противоположному выводу следует прийти, если ответчик умер уже после присуждения штрафа? Ведь если исходить из того, что до присуждения долга по уплате штрафа нет, а предприниматель умер ранее присуждения, то о преемстве в долге говорить не приходится. Правопреемники же умершего предпринимателя выступают перед лицом потребителя уже не как предприниматели и наложить на них такой потребительский штраф с догматической точки зрения проблематично. Но после присуждения штраф уже представляет собой вполне сформировавшийся денежный долг, способный к преемству. Пока полной ясности в судебной практике по данному вопросу нет.

Аналогичные проблемы возникают и в отношении иных карательных, сверхкомпенсационных взысканий (например, компенсаций, установленных в законе в отношении случаев нарушения исключительных прав или случаев причинения вреда при нарушении градостроительных правил и др.).

1.1.5. Долг по выплате ренты и иные реальные обязательства

Денежное обязательство по выплате постоянной или пожизненной ренты или обязательство по содержанию, вытекающее из договора пожизненного содержания с иждивением, является реальным обязательством и следует за абсолютным правом на приобретенную у получателя ренты вещь.

Было бы логично, чтобы обязательство по внесению соответствующих выплат за период после открытия наследства переходило к на-

следнику или сообществу наследников, к которым перешла собственность на вещь (в том числе тому из наследников, кто получил данную вещь по завещанию или в результате раздела наследства), либо тому лицу, к которому обремененная рентными платежами вещь перешла в результате исполнения легата. Согласно п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «в состав наследства плательщика ренты вместе с правом собственности на недвижимое имущество, переданное ему по договору ренты, включается обязанность по выплате получателю ренты определенной денежной суммы либо предоставлению средств на его содержание в иной форме (пункт 1 статьи 583, статья 1175 ГК РФ)». Фраза «вместе с правом собственности» может указывать на единство судьбы такого права собственности и долга по внесению рентных платежей, относящихся к периодам времени, наступающим после открытия наследства.

При этом есть сомнения в том, что в данном случае в контексте реального обязательства плательщика ренты мыслимо применение правила об ограниченном стоимостью наследуемого имущества преемстве в долге. Видимо, логично исходить из того, что тот наследник, к которому переходит обремененная рентой вещь, должен осуществлять периодические выплаты или предоставлять содержание получателю ренты согласно условиям договора в полном объеме. С момента вступления в право собственности это его личный долг, по которому он отвечает всем своим имуществом.

В то же время, видимо, логично предположить, что долги по численным до момента смерти рентным платежам должны переходить ко всем наследникам по общим правилам наследственного преемства в долге. Это задолженность наследодателя, и за нее все наследники отвечают солидарно в пределах стоимости унаследованного имущества.

Впрочем, оба указанных выше тезиса однозначной практикой ВС РФ не подтверждены и могут быть предметом более серьезного обсуждения.

1.1.6. Судьба денежного долга в части, превышающей стоимость унаследованного имущества

Согласно закону долг наследодателя, который не является неразрывно связанным с личностью должника, переходит к наследникам в пределах стоимости перешедшего к наследникам имущества наследодателя (п. 1 ст. 1175 ГК РФ). Согласно п. 61 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 стоимость перешедшего к наследникам имущества, пределами которой ограничена их ответственность по долгам наследодателя, определяется его рыночной стоимостью на момент

открытия наследства вне зависимости от ее последующего изменения ко времени рассмотрения дела судом.

Но что происходит с той частью долга, которая превышает стоимость переходящего к наследникам по закону или завещанию или публичному образованию имущества наследодателя?

В п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 по этому поводу указывается следующее: «Наследники, совершившие действия, свидетельствующие о фактическом принятии наследства, отвечают по долгам наследодателя в пределах стоимости всего причитающегося им наследственного имущества. При отсутствии или недостаточности наследственного имущества требования кредиторов по обязательствам наследодателя не подлежат удовлетворению за счет имущества наследников и обязательства по долгам наследодателя прекращаются невозможностью исполнения полностью или в недостающей части наследственного имущества (пункт 1 статьи 416 ГК РФ РФ)».

Есть сомнения в логичности такой конструкции.

Существует точка зрения, согласно которой в подобной ситуации прекращение обязательства не лучшее решение, и логичнее исходить из того, что обязательство наследодателя в полном объеме переходит к наследникам, но в соответствующей части, превышающей стоимость переходящего по наследству имущества, определяемой на дату открытия наследства, такое обязательство становится натуральным («долгом чести»), т.е. существует, но не подлежит судебной защите. При таком подходе если наследники решат из соображений семейной чести или по иным причинам погасить такие долги полностью, данный платеж не следует рассматривать как дар.

Более последовательным мог бы быть иной подход, в рамках которого обязательства наследодателя считаются прекратившимися по особому основанию, заключающемуся в исчерпании наследственной массы. В рамках такого подхода долги должны прекращаться в той степени, в которой они не покрываются переходящим к наследникам имуществом, но стоимость данного имущества будет определяться не по ценам на момент открытия наследства, а исходя из фактически извлеченной стоимости унаследованного имущества. Отличие от занятого ВС РФ подхода, основанного на применении по аналогии п. 1 ст. 416 ГК РФ для прекращения долга, превышающего рыночную стоимость унаследованного имущества на момент открытия наследства, проявляется, например, при обеспечении обязательства наследодателя залогом имущества наследодателя. Здесь достижение предела ответственности наследников не является препятствием для удовлетворения залогового кредитора за счет всей выручки от продажи предмета за-

лога, выросшего в цене с момента открытия наследства. Либо представим, что у наследодателя был перед банком долг на 150, а после смерти наследодателя его наследник унаследовал право требования по возврату предоставленного наследодателем третьему лицу займа в 100, рыночная оценка которого с учетом дисконта составляет 70: исходя из принятого сейчас подхода к данному наследнику вместе с правом требования на возврат займа перейдет долг наследодателя в сумме не более 70 (остальные 80 будут писаны). Но что, если вскоре после открытия наследства должник по унаследованному требованию уплатит наследнику все 100? Неужели справедливо в такой ситуации переводить на наследника долг только в пределах 70?

Но возможен и принципиально иной подход. Можно было бы предположить, что с появлением в 2015 г. в законодательстве института банкротства наследственной массы (ст. 223.1 Закона о банкротстве), которого не было в момент вступления в силу предписания ст. 1175 ГК РФ и издания Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9, закрепившего вышеуказанные разъяснения о прекращении долга в части, превышающей стоимость унаследованного имущества, норму ст. 1175 ГК РФ следует интерпретировать принципиально иначе. Суть этого нового прочтения закона в том, что к наследникам переходят долги наследодателя в полном объеме, и наследники, которые решают погасить их без оглядки на стоимость унаследованного имущества, имеют для этого все возможности. Но если наследники (или один из них) осознают, что долги превышают стоимость унаследованного имущества, и пожелают ограничить ответственность, они должны инициировать банкротство наследственной массы по ст. 223.1 Закона о банкротстве и тем самым отделить унаследованное имущество от их личного имущества, ввести банкротную процедуру реализации наследственной массы, в рамках которой данное имущество будет распродано, а извлеченные средства — направлены на погашение требований кредиторов сообразно установленной в законодательстве о банкротстве очередности, а внутри одной очереди — пропорционально. По итогам завершения этой процедуры непогашенный остаток долгов будет списан. Соответственно, теоретически правило ст. 1175 ГК РФ о переходе долгов в пределах стоимости унаследованного имущества в свете новых правил о банкротстве наследственной массы можно было бы понимать как предоставляющее наследникам, желающим ограничить объем своей ответственности стоимостью унаследованного имущества, возможность инициации банкротства наследственной массы и списания долгов, не погашенных в ходе данной процедуры. В современных

условиях, когда у наследодателя может быть множество кредиторов, и стечение кредиторов, претендующих на наследственную массу, является все более типичной ситуацией на фоне повышения закредиванности граждан, банкротная процедура освобождения наследственной массы от долгов с соблюдением пропорциональности и очередности становится потенциально востребованной.

Следует признать, что этот последний подход достаточно радикально порывает с устоявшейся практикой, в рамках которой процедура инициации банкротства наследственной массы после смерти наследодателя воспринимается как опция, не заменяющая собой общее правило списания долга по правилам ст. 1175 ГК РФ, а предоставляющая наследникам или кредиторам возможную альтернативную возможность. Подтверждения такого поворота в российском праве на уровне практики ВС РФ пока нет. Кроме того, целесообразность инициации процесса банкротства в ситуации, когда у наследодателя был всего один кредитор, стечения кредиторов и их конкуренции нет, может вызывать сомнения.

В общем и целом данная проблематика заслуживает более серьезной и детальной проработки, выходящей за рамки настоящего комментария.

1.1.7. Специфика последствий смерти должника по денежному обязательству, обеспеченному поручительством, или смерти поручителя

Согласно п. 4 ст. 367 ГК РФ и п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 смерть должника не прекращает поручительство. Поручитель отвечает перед кредитором по обязательству умершего должника в полном объеме независимо от наличия и стоимости перешедшего к наследникам должника имущества, а также независимо от факта принятия наследства либо отказа от его принятия (п. 4 ст. 364 и п. 3 ст. 367 ГК РФ). До реформы ГК РФ 2015 г. по данному вопросу в практике ВАС РФ и ВС РФ наблюдались расхождения, ВАС РФ настаивал на сохранении поручительства, ВС РФ был против. Но сейчас вопрос решен на уровне закона, и ВС РФ согласился с таким подходом, отказав ему, однако, в ретроспективном действии (п. 5 Обзора судебной практики ВС РФ № 2 (2019) (утв. Президиумом ВС РФ 17 июля 2019 г., п. 35 и 36 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45). При этом согласно п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 в отношениях с кредитором поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества (п. 3 ст. 364 ГК РФ).

Согласно п. 36 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 наследники должника, принявшие наследство, отвечают перед поручителем, исполнившим основное обязательство и приобретающим требование в результате суброгации, солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (п. 1 ст. 1175 ГК РФ). В случае если отсутствуют наследники должника как по закону, так и по завещанию, либо никто из указанных наследников не имеет права наследовать или все они отстранены от наследования (ст. 1117 ГК РФ), либо никто из них не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника (ст. 1158 ГК РФ), перешедшее к поручителю, погасившему обеспеченный долг, требование к должнику удовлетворяется за счет выморочного имущества последнего (ст. 1151 ГК РФ).

К числу неразрывно связанных с личностью не относится и обеспечительное обязательство самого поручителя. Поэтому, согласно п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45, в случае смерти поручителя-гражданина, обязанными по договору поручительства являются наследники поручителя, которые отвечают перед кредитором солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества в случае смерти поручителя (п. 1 ст. 1175 ГК РФ), но иное может быть предусмотрено в договоре поручительства.

Важно также обратить внимание, что согласно абзацу второму п. 37 данного [Постановления](#) бремя доказывания недостаточности размера наследства для удовлетворения требования кредитора отнесено разъяснением на наследника поручителя. Возможно, это первое проявление разворота судебной практики по вопросу о распределении бремени доказывания достижения пределов ответственности наследников (см. п. 1.5 комментария к ст. 1175 ГК РФ в рамках другого тома серии #Глосса¹).

В п. 38 того же [Постановления](#) Суд указывает: «Если на момент разрешения спора о взыскании задолженности по основному обязательству умер как должник, так и поручитель... наследники должника отвечают перед кредитором солидарно в пределах стоимости перешедшего к каждому из них наследственного имущества, а наследники поручителя — солидарно или субсидиарно по отношению к наследникам основного должника в зависимости от условий договора

¹ Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018 (автор комментария к ст. 1175 — Е.Ю. Петров).

поручительства в пределах стоимости перешедшего к каждому из них наследственного имущества (статья 365 и пункт 1 статьи 1175 ГК РФ)».

1.2. Неденежное обязательство

Как мы далее увидим, целый ряд неденежных обязательств может быть признан неразрывно связанным с личностью должника. Речь идет о таких обязательствах, исполнение которых лично должником входило в программу обязательства, возложение исполнения не предполагалось и, без каких-либо сомнений, повлечет неприемлемое без согласия кредитора изменение этой программы. В тех случаях, в которых это так, обязательство прекращается автоматически в силу факта смерти должника на основании правила комментируемого пункта, но при этом к наследникам может перейти обязательство по возврату ранее полученного наследодателем встречного предоставления с некоторыми возможными оговорками, а в некоторых случаях возможно и возложение на наследников обязательства по возмещению убытков в связи со срывом программы договорных правоотношений (подробнее см. п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье). По сути, в таких случаях в момент смерти должника будет происходить трансформация его неденежного обязательства в денежное. К наследникам последнее перейдет в пределах стоимости наследуемого имущества.

Если же личность должника, его способности и умения, возможности и навыки, творческий потенциал не имели определяющего характера и обязательство не было связано с личностью должника неразрывно, обязательство не должно прекращаться в силу одного лишь факта смерти, долг переходит к наследникам должника.

В то же время было бы логично вывести из соображений разумности и справедливости (п. 2 ст. 6 ГК РФ) право наследников, к которым неденежный долг перешел в силу отсутствия неразрывной связи с личностью должника, но для которых исполнение такого обязательства затруднительно в силу отсутствия опыта, ресурсов и т.п., на отказ от исполнения такого неденежного обязательства с его трансформацией в денежное по правилам, которые разобраны в п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье.

Наследники, и без того часто морально подавленные, когда речь идет о смерти близких, не готовились заранее исполнять обязательства умершего. Кроме того, в силу принятой в Российской Федерации модели универсальности преемства о каких-то обязательствах они могут узнать, например, через пару лет, когда наследство уже принято и изменить свое решение наследники более не вправе. Наследники могут оказаться не готовыми к исполнению финансово, организационно или морально. Применительно к неденежным обязательствам наследникам

может не доставать знаний, навыков, профессионализма, ресурсов, лицензий наследодателя и т.п. Те времена, когда семьи занимались общим делом, и родственникам наследодателя не составляло труда лично исполнить неденежное обязательство или, по крайней мере, поручить исполнение третьему лицу (например, батраку) и проконтролировать обычно несложное исполнение, остались в прошлом. Доступность образования, специализация труда, мобильность населения, все это сказывается на том, что дети, родители или супруг (типичные наследники) нередко извинительно некомпетентны в профессиональной сфере умершего родственника.

Предприниматель, желающий исключить ответственность своих наследников на случай смерти, мог бы настоять на включении в контракт оговорки о прекращении договора в случае смерти. Однако общеизвестно, что тема смерти при составлении договоров *de facto* табуирована, и подобные условия крайне редко обсуждаются. В такой ситуации, на наш взгляд, провал рационального поведения следует исцелять за счет восполнения программы договорных правоотношений и выведения права на отказ от исполнения неденежного обязательства, исполнение которого для наследников крайне затруднительно, с трансформацией долга в денежный из соображений разумности, справедливости и доброй совести (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Если представить, что переговорщикам было предложено обсудить условие на случай смерти, скажем, подрядчика или перевозчика, обязанного к выполнению работ или оказанию услуг по перевозке, то на основании опыта, имеющегося в нашем распоряжении, россияне в большинстве своем будут склонны договариваться о праве на отказ наследников от исполнения такого неденежного обязательства, как минимум если исполнение такого обязательства наследниками вместо наследодателя будет значительно затруднено, с условием возврата кредитору предоставленного им в качестве аванса и, возможно, полным или частичным возмещением убытков (т.е. о трансформации неденежного обязательства в денежное по воле наследников).

В принципе, альтернативным инструментом для реализации той же идеи — вместо восполнения программы договорных правоотношений правилом о праве наследников на отказ от договора с трансформацией перешедшего к ним неденежного долга в денежный — могло бы быть предоставление наследникам права на расторжение договора по правилам ст. 451 ГК РФ в ситуации, когда исполнение неденежного обязательства наследодателя для них крайне затруднительно. Впрочем, механизм судебного расторжения кажется в такой ситуации избыточно бюрократизированным и менее удобным, чем право на отказ от договора.

Но здесь возникает вопрос. На место наследодателя-должника, как правило, заступают несколько лиц. Для обязательств это означает образование пассивной множественности. Действующий ГК РФ, опираясь на идею неизменности положения кредитора, перешел с модели долевой пассивной множественности, когда долг расщеплялся между наследниками пропорционально наследственным долям, к модели солидарной ответственности каждого из наследников в пределах стоимости наследственных долей. Констатация множественности ведет к постановке вопроса о том, каким образом возможен отказ от исполнения неденежного обязательства (или реализация права на судебное расторжение или изменение договора): в результате единогласного решения наследников либо путем волеизъявления любого из наследников. В судебной практике вопрос не прояснен, так как само право на отказ от договора (или расторжение договора на основании ст. 451 ГК РФ) наследниками при затруднительности исполнения пока не признано.

Впрочем, преувеличивать актуальность этого вопроса о предоставлении наследникам права на расторжение и трансформацию своего неденежного обязательства в денежный долг не стоит. Дело в том, что, даже если мы не признаем такое право наследников, но наследники, к которым перешел неденежный долг наследодателя, заявляют кредитору о неготовности осуществлять исполнение, указав на объективные затруднения, разумный кредитор сам откажется от договора и потребует от наследников выплатить соответствующую денежную компенсацию. Если кредитор этого не сделает, а попытается настоять на реальном исполнении и заявит иск о понуждении к исполнению неденежного обязательства, а наследники в суде обоснуют объективные затруднения в исполнении, требование кредитора, вероятнее всего, будет отклонено на основании ст. 10 ГК РФ (подробнее см. комментарий к ст. 308.3 ГК РФ). Если же кредитор не сможет настоять на реальном исполнении, заяви он такой иск, затягивание с отказом от договора будет порождать мораторные убытки, которые он покрыть за счет наследников также не сможет в силу правил митигации убытков (ст. 404 ГК РФ). Поэтому в ситуации, когда кредитор получает от наследников сообщение о том, что те не намерены исполнить неденежное обязательство наследодателя в силу объективных затруднений, ему следует оценить ситуацию и аргументы наследников, объясняющих объективные затруднения, с которыми они сталкиваются. Если очевидно, что обстоятельства свидетельствуют об объективных затруднениях и вероятность принуждения наследников к исполнению в натуре по суду крайне мала, кредитору логично самому заявлять отказ от договора

и возлагать на наследников бремя выплаты денежной компенсации (т.е. осуществлять ту самую трансформацию неденежного обязательства в денежный долг).

Кроме того, в силу тех же соображений разумности и справедливости право на отказ от принятия исполнения неденежного обязательства от наследников с трансформацией исходного долга в денежный должно быть признано и за кредитором. Нежелание кредитора получать неденежное исполнение от наследников может быть в ряде случаев вполне объяснимым: наследники могут находиться под санкциями или иметь невысокую деловую репутацию, их способности надлежащим образом исполнить неденежное обязательство без контроля со стороны исходного должника могут быть под сомнением, наследники при попытке исполнения могут допустить дефект, который ввергнет кредитора в серьезные убытки, и т.п. Кредитор имеет право выбирать своего контрагента и не обязан принимать неденежное предоставление (например, в виде выполнения работ или оказания услуг) от незнакомца, которому не доверяет. Достаточно того, что изменение фигуры должника существенно повышает вероятность столкнуться с нарушением обязательства. Разумеется, для пережившей стороны смерть должника не должна быть способом освобождения от отношений, ставших невыгодными по иным причинам. Но, если мотивы отказа от принятия исполнения от наследников заслуживают защиты в свете возрастания риска неисправности должника, кредитор должен быть наделен правом на отказ и трансформацию неденежного долга в денежный. Правовым основанием для отказа от договора здесь может быть применение по аналогии п. 2 ст. 328 ГК РФ о праве на отказ при предвидимом нарушении.

Если запускается процедура банкротства наследственной массы, трансформация неденежных требований кредиторов к наследственной массе в денежные происходит априори (п. 1 ст. 126 Закона о банкротстве, абзац второй п. 34 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35).

Далее подробнее разберем вышеизложенные тезисы на примере типичных неденежных обязательств.

1.2.1. Обязательство по отчуждению имущества, определяемого родовыми признаками

Если должник должен был передать некое количество товаров, определяемых родовыми признаками, или иного таким же образом определяемого имущества (например, доступных на рынке бездокументарных ценных бумаг), такой долг переходит ко всем наследникам, они отвечают по нему солидарно примерно в том же формате, как и при

преимстве в денежном долге (т.е. в пределах стоимости перешедшего наследникам имущества наследодателя). Например, если индивидуальный предприниматель получил предоплату, но умер до момента исполнения им обязательства по поставке партии щебня, этот долг переходит на наследников в размере, не превышающем стоимости перешедшего наследникам имущества.

Если наследники не способны исполнить это обязательство в силу отсутствия навыков, организационных или иных ресурсов и возможностей, лицензий и т.п., соображения справедливости и доброй совести (п. 2 ст. 6 ГК РФ) требуют признать за ними право на отказ от договора с возложением на наследников обязательств вернуть уплаченную покупателем наследодателю цену и погасить убытки покупателя, вызванные срывом договора (убытки взамен реального исполнения) в пределах стоимости перешедшего к наследникам имущества с учетом возможностей освобождения от таких производных денежных долгов в случаях, указанных в п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье. В любом случае понуждение таких наследников к исполнению подобного обязательства по поставке товара в натуре, видимо, не стоит допускать, если только нужная партия товара не находится во владении наследников.

В равной мере покупатель также должен иметь право отказаться от договора и потребовать возврата цены и погашения убытков (с учетом возможных исключений, о которых будет сказано в п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье), если изменение фигуры должника существенно повышает риск неисправности. Долг не связан с личностью должника в такой ситуации неразрывно, но очевидно, что личность того, кто будет поставлять покупателю ту или иную продукцию, может быть в конкретных обстоятельствах небезразлична покупателю. Например, если обязательство индивидуального предпринимателя поставлять предоплаченную партию фруктов в течение трех лет из Узбекистана перешло к его престарелым родителям, не занимающимся внешнеторговым бизнесом, или публичному образованию в режиме выморочного имущества, вряд ли покупателя справедливо заставлять ждать вполне вероятного нарушения такого обязательства, покупателю следует предоставить право на отказ от договора и трансформировать исходный долг в денежный. Причем такой отказ он вправе осуществить, даже если наследник выражает желание исполнить обязательство исходного должника. Например, если 18-летний сын умершего предпринимателя, вступивший в наследство, уверяет покупателя, что все вовремя поставит, разумный покупатель скорее всего, отнесется к таким уверениям скептически и должен иметь право на отказ и трансформацию долга в денежный.

1.2.2. Обязательство по отчуждению индивидуально-определенного имущества, отсутствовавшего у наследодателя на момент своей смерти и не попавшего в наследственную массу

Что, если умерший должник до смерти был обременен обязательством приобрести некое индивидуально-определенное имущество у третьего лица и далее произвести его отчуждение кредитору, но умирает до того, как смог приобрести право на данное имущество?

Можно предположить, что такое обязательство переходит к наследникам. Личность должника для исполнения обязательства здесь обычно для кредитора не принципиальна. Покупателю все равно, кто осуществит выкуп такого имущества и далее перенесет право собственности на кредитора.

Но было бы логично, чтобы, как и в случае с обязательством произвести отчуждение имущества, определяемого родовыми признаками, наследники могли отказаться от исполнения такого обязательства и трансформировать долг в денежный, если для них исполнение становится затруднительным. Например, если по условиям договора предприниматель обязался купить акции у миноритариев, провести реорганизацию АО в ООО, а далее произвести отчуждение 100% долей участия, но умер сразу после заключения договора, его ставший наследником малолетний ребенок, представляемый опекуном, вряд ли сможет реализовать этот сложный бизнес-проект. И требовать от него исполнения такого обязательства нелепо.

Кроме того, право на отказ от принятия исполнения по такому обязательству от наследников с трансформацией долга в денежный при наличии легитимного интереса должно быть признано и за кредитором. Если, например, наследодатель, работавший в сфере деvelopeмента, был связан обязательством оформить некий земельный участок в собственность, изменить режим его допустимого использования и далее произвести его отчуждение покупателю, умер, не успев это сделать, было бы несправедливо заставлять покупателя ждать истечения срока на исполнение с риском столкнуться с нарушением обязательства родственниками наследодателя, к которым это неденежное обязательство перешло по наследству. Покупатель может быть заинтересован в максимально оперативной «расшивке» сложившейся ситуации, получении денежного возмещения за счет денежной компенсации. И этот интерес заслуживает защиты. Если характер обязательства таков, что вероятность его нарушения в свете изменения фигуры должника существенно возрастает, кредитор должен получить право на отказ от договора и трансформацию долга в денежный (п. 2 ст. 328 ГК РФ).

1.2.3. Обязательство по отчуждению индивидуально-определенного имущества, права на которое на момент смерти принадлежало должнику

Если долг состоял в отчуждении индивидуально-определенного имущества, и это имущество принадлежало должнику на момент смерти и попало в наследственную массу, возникает более сложный вопрос.

Представим, что скончался продавец, который получил полную оплату, но не успел до смерти передать вещь в собственность покупателя или совершить распорядительное волеизъявление, направленное на регистрацию перехода права собственности на вещь, права на которую подлежат регистрации, либо на перенес на кредитора уникальное имущественное право (например, исключительное право на изобретение). Подобного рода обязательство не является неразрывно связанным с личностью должника, и поэтому не должно прекращаться смертью должника. Более того, в отличие от ряда вышеуказанных видов обязательств, здесь куда менее вероятно, что суд признает желание наследников освободиться от данного обязательства, трансформировав его в денежный долг на фоне значительных затруднений, достойным защиты. В большинстве случаев ничего особенно затруднительного в передаче, скажем, недвижимости кредитору нет. Также и кредитор в большинстве случаев вряд ли обладает легитимным и заслуживающим защиты интересом в трансформации обязательств должника по передаче такого имущества в денежный долг, так как изменение фигуры должника не повышает значимым образом вероятность будущей неисправности должника.

Если данное имущество оказывается в общей долевой собственности наследников, то у них возникает единое совместное обязательство передать владение и перенести собственность на покупателя. Но когда россияне составляют завещания, они зачастую отдают предпочтение назначению наследников в отношении отдельных предметов (например, квартиру одному ребенку, акции другому и т.п.). Может так получиться, что вещь, в отношении которой наследодатель принял обязательство по отчуждению, завещана лишь одному из наследников. В такой ситуации возникает вопрос о круге наследников, на которых переходит обязанность по отчуждению вещи. То же и в случае, когда уникальное имущество переходит ко всем наследникам в общую долевую собственность, но наследники производят раздел наследства, и вещь достается лишь одному из них.

Кто из нескольких наследников в таком случае будет обременен обязательством передать данное имущество?

Полной ясности в российской судебной практике по данному вопросу нет.

Есть два варианта ответа на вопрос. Первый вариант состоит в том, что долг по отчуждению индивидуально-определенного имущества переходит тому из наследников, которому перешло от наследодателя по завещанию или в силу раздела наследства абсолютное право на данное имущество. Если соответствующее имущество оказалось в индивидуальной собственности одного из наследников, именно этот правопреемник обременяется обязательством произвести отчуждение имущества. Остальные наследники (при их наличии) данным обязательством не обременяются. Если имущество будет передано с просрочкой, в принципе не будет передано, после передачи имущества будут обнаружены дефекты, как принуждения к исполнению обязательства по передаче имущества в натуре, так и возврата уплаченной цены и (или) взыскания убытков, покупатель будет требовать именно и только от того наследника (тех наследников), к которому(ым) перешло данное имущество. То же и при эвикции вещи: ответственность за эвикцию будет нести лично тот наследник, в чьей собственности по итогам наследования вещь оказалась. К остальным наследникам обязательством по передаче имущества, которое не попало в их собственность, не переходит.

Второй вариант состоит в том, что, когда имущество по наследству переходит одному из нескольких наследников, остальные наследники не выпадают за периметр обязательства по распоряжению и отвечают солидарно вместе с наследником, вступившим в права на отчуждаемое имущество, по обязательству обеспечить передачу имущества. Иначе говоря, тот наследник, который вступил в абсолютное право на имущество, обязан произвести отчуждение, но иные наследники обязаны обеспечить такое отчуждение, пусть они и не стали долевыми собственниками и не могут перенести на покупателя собственность. Требовать передачи имущества в натуре покупатель сможет только от того из наследников, который вступил в абсолютное право на соответствующее имущество, но требовать возврата уплаченной цены при непередаче имущества и отказе от договора, возврата части цены — при реализации покупателем права на соразмерное уменьшение цены, а также взыскания убытков, вызванных просрочкой в передаче имущества, несением издержек на устранение дефектов, причинением вреда личности или имуществу покупателя в результате дефекта либо срывом договора в целом, или уплаты неустойки на случай нарушения договора покупатель может от всех наследников. В той степени, в которой нарушению способствовало неправомерное поведение наследника-собственника, другие наследники смогут потребовать от него в регрессном порядке полного возмещения уплаченного ими кредитуру. Если же речь зашла

о взыскании покупателем убытков в связи с обнаруженным в вещи скрытого дефекта, который имелся еще до смерти исходного продавца, было бы справедливо в рамках регрессной раскладки разделить между наследниками уплаченное пропорционально унаследованному им имуществу.

Вопрос о выборе одной из двух указанных моделей пока в российском праве не прояснен.

Какое бы из этих правил за основу мы ни взяли, возникает вопрос о том, как в этом отношении работает правило о переходе к наследникам долга наследодателя в пределах стоимости переходящего к ним имущества. Более или менее понятно, что те наследники, к которым не перешло абсолютное право на имущество и которые в рамках второй из вышеуказанных интерпретаций остаются ответственными за исполнение договора тем из наследников, которому такое право перешло, отвечают по долгу о возврате оплаты, возмещении убытков или уплате неустойки, если тот из них, к кому перешло абсолютное право, обязательство по отчуждению не исполнит, в пределах стоимости перешедшего к ним имущества. Но что насчет того из наследников, к кому перешло абсолютное право на данное имущество?

Казалось бы, его долг по передаче имущества под данное ограничение не подпадает, так как стоимость самого перешедшего к нему имущества в большинстве случаев вряд ли будет существенно ниже денежного эквивалента обязательства по его передаче. Но проблема возникает в ситуации, когда у наследодателя были и другие долги, и наследник, к которому перешло данное имущество, оказывается солидарно ответственным еще и по ним. Например, что делать, если к наследнику перешла квартира стоимостью 100, обязательство по передаче той самой предоплаченной кредитором квартиры, которое можно оценить в те же 100, а также долг по кредиту на 150? В обычной ситуации при наличии нескольких долгов суд обычно определяет пропорцию, в рамках которой конкретный наследник отвечает по каждому из двух долгов. Но в нашем примере пропорционально урезать обязательство по передаче индивидуально-определенной вещи нельзя. Соответственно, если к данному наследнику предъявят требования оба кредитора — один о передаче вещи, а другой о погашении долга по кредиту, возникает проблема. Возможно, было бы логично исходить из того, что в таком случае обязательство передать вещь может быть по воле наследника-собственника трансформировано в обязательство вернуть уплаченную цену и возместить убытки взамен реального исполнения, которое, в свою очередь, может быть погашено пропорционально, но кредитор имеет право потребовать реального исполнения, если будет готов депонировать часть стоимости

этого имущества для удовлетворения других кредиторов, доли перед которыми перешли данному наследнику.

Другое возможное решение проблемы состоит в применении подхода, основанного на идее неизменности положения кредитора в случае смерти должника и отказе от существующей практики принятия в расчет всех известных суду долгов наследодателя. Наследники, предполагающие несостоятельность наследственной массы, должны под страхом личной ответственности возбуждать процедуру банкротства наследственной массы, в которой все требования становятся денежными и удовлетворяются пропорционально. Пока же дело о банкротстве не возбуждено, кредиторы удовлетворяются по мере обращения и не должны сталкиваться с возражением наследника о существовании других кредиторов.

1.2.4. Обязательство оказать услугу или выполнить работу

Примером обязательств, существо которых предполагает неразрывную связь долга с личностью должника, может служить обязательство создать литературное, музыкальное или иное творческое произведение по договору авторского заказа, а также обязательства по оказанию услуг или выполнению работ, в рамках которых личность должника, его личное мастерство, навыки, творческий потенциал и способности имеют определяющее значение. Если, например, скончался артист, который должен был выступить на концерте, психотерапевт, с которым у клиента была назначена консультация, преподаватель, обязанный прочитать лекцию на курсе повышения квалификации, или индивидуальный предприниматель-печник, принявший обязательство выложить уникальный авторский камин в доме заказчика, обязательства таких должников осуществить основное договорное предоставление в случае их смерти прекратятся на основании комментируемой статьи, а не перейдут на наследников.

При этом данное прекращаемое обязательство за рядом возможных исключений трансформируется в денежное обязательство наследников по возврату уплаченной за работы или услуги цены и в некоторых случаях взыскание убытков (подробнее см. п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье).

Если исполнитель или подрядчик не уникальный и в программу договорного правоотношения входила возможность возложения исполнения на третье лицо, то автоматического прекращения по правилам ст. 418 ГК РФ не происходит, обязательство переходит на наследников, но у наследников и у кредитора должно быть при наличии легитимного интереса право на отказ от исполнения или принятия исполнения по такому обязательству с трансформацией долга в денежное обязательство.

Наследникам может быть крайне проблематично выполнить те работы или услуги, которые должен был выполнить их наследодатель, из-за отсутствия опыта, лицензий, ресурсов и т.п. и требовать от них выполнения работ или услуг в сложившихся обстоятельствах явно недобросовестно.

Кроме того, сам кредитор может вполне обоснованно воспротивиться получению результата работ от неизвестных ему лиц, над которыми исходный подрядчик или исполнитель не осуществляет контроль. Одно дело, когда подрядчик привлекает субподрядчиков и контролирует их, отвечая за их работу: на это заказчик вполне мог согласиться. И совсем другое дело, когда пользующийся доверием заказчика подрядчик умирает, и обещанную работу пытаются выполнить родственники подрядчика, к которым перешло его обязательство: нежелание заказчика взаимодействовать с ними может быть вполне оправданно. Соответственно, при наличии легитимного интереса добрая совесть может оправдать отказ заказчика от договора и трансформацию неденежного долга в денежный эквивалент (п. 2 ст. 328 ГК РФ)¹.

1.2.5. Негативное обязательство

Сложный вопрос касается преемства в негативном обязательстве.

Представим, что юридический консультант подписал с клиентом соглашение о неразглашении информации, полученной в ходе оказания консультационной услуги и не охраняемой в качестве секрета производства. Переходит ли его обязательство к наследникам, или обязательство прекращается по ст. 418 ГК РФ? Дело в том, что в документах и на электронных носителях наследодателя наследники могут обнаружить соответствующую конфиденциальную информацию, которую наследодатель по соглашению должен был хранить в тайне. Связаны ли они обязательством наследодателя и должны ли возмещать договорные убытки или платить неустойку, если вольно или невольно разгласили эту информацию или нарушили условия ее хранения, обработки или распространения?

Или предприниматель, основавший успешный бизнес и затем продавший его покупателю, принял на себя обязательство в течение нескольких лет не конкурировать с этим бизнесом, не создавать компа-

¹ Обращаясь к российскому дореволюционному опыту, мы обнаруживаем, что подряд, обусловленный мастерством подрядчика, прекращался *ipso iure* (ст. 1543 т. X ч. 1 Свода законов Российской империи (Законы гражданские)). При этом для остальных подрядов проект Гражданского уложения Российской империи, принимая в расчет возможную обременительность договора для семьи умершего подрядчика, предусматривал право наследников на отказ от договора с сохранением права на оплату выполненной умершим части работ (ст. 462).

нии, работающие в этой же сфере бизнеса и не занимать руководящие должности в компаниях-конкурентах, но затем до истечения указанного срока скончался. Связаны ли этим обязательством наследники?

Аналогичный вопрос возникает в случае смерти одного из соседей, который в обмен на получение единовременного платежа обязался в течение определенного периода не использовать свою недвижимость определенным формально правомерным образом (например, не сдавать свой дом в аренду третьим лицам посуточно, не производить шумные работы и т.п.).

В примере с неконкурированием это, вероятнее всего, сугубо личный долг исходного должника, и в силу ст. 418 ГК РФ он прекращается в случае смерти исходного должника. В примерах с обязательством поддерживать тишину и не сдавать дом в аренду, а также обязательством не разглашать конфиденциальную информацию вывод, скорее всего, обратный: кредитора вполне устроит и то, что не разглашать информацию или сохранять режим тишины будут правопреемники исходного контрагента. Впрочем, полной ясности в судебной практике по данному вопросу нет.

Но если такое обязательство переходит на наследников, встает вопрос касательно применимости правила об ограничении преемства в долге стоимостью унаследованного имущества. Можно ли оценить в деньгах такое негативное обязательство для соизмерения со стоимостью унаследованного имущества? Вопрос в целом спорный.

1.3. Условный аспект встречности при прекращении обязательства, вытекающего из синаллагматического договора, в связи со смертью должника

Если между сторонами заключен синаллагматический договор, обязательство одной из сторон прекращается смертью этой стороны по причине неразрывной связи с ее личностью, и при этом встречное обязательство еще не было исполнено кредитором, то встречное обязательство также прекращается в силу условного аспекта встречности обязательств (подробнее см. комментарий к ст. 328 ГК РФ и п. 3 комментария к настоящей статье).

Если встречное обязательство ранее было исполнено, следует исходить из того, что за логическую секунду до смерти и прекращения исходного обязательства должника оно трансформируется в долг по возврату полученного или его денежного эквивалента, и далее к наследникам переходит именно этот долг с имущественным содержанием, за который они отвечают в пределах перешедшего к ним имущества.

Так, если издательство уплатило автору аванс за написание очередного романа, но он скончался, так и не написав роман, долг писателя

по написанию книги, естественно, прекращается в силу ст. 418 ГК РФ, но созревает долг по возврату полученного аванса, и именно этот долг переходит к наследникам.

Впрочем, здесь могут возникать случаи, когда справедливость может потребовать привести в эту формальную логику обязательственно-го права определенные коррективы. Например, если автор получил от издательства аванс, целый год писал книгу, израсходовал весь аванс, но сердце писателя не выдержало, и он скончался, формально обязательство автора прекратилось невозможностью исполнения, и издательство предоставления так и не получает (недописанная книга ценности, как правило, не имеет), но может возникнуть вопрос о том, соответствует ли доброй совести иск издательства к наследникам умершего о погашении ими долга наследодателя о возврате аванса. Может быть выдвинут тезис о том, что с учетом трагизма всей ситуации, имущественного положения наследников и кредитора, смерти должника на фоне интенсивной работы над данным заказом и тех или иных специфических обстоятельств, справедливо было бы отказать в иске о возврате аванса в целом или в части, даже если этот долг не превышает стоимость переходящего наследникам имущества. Данный вопрос заслуживает отдельного обсуждения. Пока ясности в судебной практике в этом отношении нет.

Та же логика применима и к тем случаям, когда обязательство не является неразрывно связанным с личностью должника, но наследники должника (например, в силу затруднительности исполнения долга наследодателя) либо кредитор (в связи с недоверием к возможностям наследников) воспользовались правом на отказ от исполнения или принятия исполнения обязательства. Если в силу волеизъявления одной из сторон данное обязательство прекратилось, то прекращается и встречное обязательство, налицо отказ от договора. Если же встречное обязательство уже было исполнено ранее, то полученное предоставление должно быть как минимум по общему правилу возвращено в натуре или компенсировано в деньгах в пределах стоимости перешедшего по наследству имущества. Но те или иные исключения могут обсуждаться.

1.4. Убытки

1.4.1. Убытки, вызванные нарушением обязательства, которое должник допустил до своей смерти

Если должник до своей смерти нарушил обязательство, совершил деликт, предоставил недостоверные заверения или иным образом нарушил права и охраняемые законом интересы другого лица, в связи с чем у должника возникло охранительное обязательство возместить

убытки (уплатить неустойку, мораторные проценты или вернуть задаток в двойном размере), данное охранительное денежное обязательство не является неразрывно связанным с личностью должника и поэтому при смерти должника не прекращается, а переходит к наследникам должника в пределах стоимости унаследованного имущества. Поэтому, даже если основной долг прекращается по правилам ст. 418 ГК РФ в связи с неразрывной его связью с личностью должника, созревшие за период до смерти охранительные обязательства должника, связанные с ранее допущенным наследодателем нарушением данного обязательства, переходят к наследникам или публичному образованию в режиме выморочного имущества.

1.4.2. Убытки взамен реального исполнения

Если долг должника прекращается в связи с неразрывной связью с его личностью на основании комментируемой статьи, это может само по себе ввергнуть кредитора в убытки, связанные со срывом программы обязательственного правоотношения. Встает вопрос о том, может ли кредитор потребовать от наследников возмещения таких убытков (в том числе в дополнение к требованию о возврате ранее осуществленного встречного предоставления).

Например, организатор концерта потратил значительную сумму на оформление сцены, рекламу, аренду звукового оборудования, но в означенное время артист на концерт не явился, так как умер за день до назначенной даты концерта, что, безусловно, прекращает обязательства артиста по выступлению на концерте. Все понесенные организатором издержки превращаются в его чистые убытки. Или представим, что скончался актер, играющий главную роль в новом кинофильме, и к моменту смерти фильм был отснят наполовину, данное событие *de facto* срывает съемки, вынуждает киностудию искать актеру замену и переснимать большое число сцен, что ввергает киностудию в значительные убытки. Может ли издательство или киностудия в таких примерах предъявить убытки к погашению наследникам умершего автора или актера, получившим в порядке наследования его многомиллионное состояние?

Другой пример: из-за прекращения договора подряда по причине скоропостижной смерти уникального подрядчика, чье обязательство неразрывно связано с его личностью, заказчик срывает сроки передачи создаваемой подрядчиком вещи покупателю, что приводит к взысканию покупателем с заказчика штрафных санкций, либо заказчик не может заехать в запланированное время в отремонтированный дом и вынуждается продолжать платить за наемное жилье, и заказчик предъявляет наследникам подрядчика требование о возмещении таких расходов.

В вышеуказанных примерах со смертью писателя, актера или подрядчика кредитор теоретически может попробовать рассчитать убытки и иначе: в виде упущенной в связи со срывом соответствующего контракта выгоды (например, как стоимость нераспроданных из-за отмены концерта или возвращенных зрителями билетов за вычетом сэкономленных организатором в связи с отменой концерта расходов).

Справедливо ли возложение на наследников обязанности возместить такие убытки? Смерть не является неправомерным поведением должника. Тем не менее в этом случае по аналогии теоретически можно обсуждать применение выводимого из п. 1 ст. 416 ГК РФ правила, согласно которому при возникновении окончательной невозможности исполнения по обстоятельствам, за которые отвечает должник, он продолжает отвечать за возникновение убытков (подробнее см. комментарий к ст. 416 ГК РФ).

Если долг умершего должника, прекратившийся в связи с его смертью, не был связан с осуществлением им предпринимательской деятельности, то прекращение обязательства в связи со смертью должника, возникшей по независящим от должника обстоятельствам, однозначно не повлечет возложение на наследников ответственности за убытки (в отличие от возврата полученного ранее встречного предоставления, которое по общему правилу должно произойти, независимо от вины должника). Но если обстоятельства смерти должника можно вменить в вину должнику, вопрос о возмещении убытков наследниками в пределах стоимости переходящего к ним имущества теоретически может вставать.

Такая постановка вопроса может показаться очень необычной и даже с этической точки зрения небесспорной. В то же время формальная и системная логика может подталкивать к тому, чтобы вопрос о смерти должника регулировался так же, как и вопрос возникновения инвалидности должника, сделавшей окончательно невозможным исполнение его обязательства. В случае инвалидности правила п. 1 ст. 416 ГК РФ приведут нас именно к вышеуказанным выводам: инвалидность прекратит обязательство артиста выступить на концерте в силу невозможности исполнения, но артист должен будет возместить убытки, если сама инвалидность возникла по обстоятельствам, за которые отвечает артист. Несколько странно, если бы в случае паралича, возникшего по причине, за которую отвечает сам артист (например, тот в состоянии алкогольного опьянения спровоцировал ДТП, в котором сам и пострадал), ст. 416 ГК РФ требует от артиста возмещения всех убытков, и исходит из того, что долг по возмещению убытков считается возникшим в имущественной массе артиста, а далее в случае после-

довавшей позже (через, скажем, неделю после случившегося) смерти артиста этот созревший долг переходит к наследникам как обычный денежный долг в пределах стоимости переходящего к ним имущества, но при этом в случае гибели артиста в силу тех же причин на месте вопрос об убытках решался бы как-то иначе. Дифференцированное регулирование двух указанных ситуаций не очень легко обосновать.

Впрочем, если в целом допустить взыскание убытков с наследников в подобных ситуациях, многие аспекты потребуют уточнения. Например, если должник был убит в рамках необходимой обороны при попытке посягательства на жизнь третьего лица, возложение на наследников риска убытков кажется при первом приближении логичным. Но что, если речь идет о смерти должника в результате ДТП, произошедшего по его неосторожности, по причине заболевания печени, возникшей в силу хронического алкоголизма, в силу передозировки наркотиков, либо речь в принципе идет о самоубийстве, произошедшем на фоне хронической депрессии?

В общем и целом возможны два концептуальных подхода.

С одной стороны, возмещение убытков может показаться справедливым, ведь наследники отвечают в пределах стоимости унаследованного имущества. Более того, может показаться несправедливым то, что должник, уходя в мир иной (например, пуская себе пулю в лоб или принимая очередную, но ставшую смертельной порцию наркотиков), передает своим наследникам значительное состояние, но возникающие в связи со своей смертью у кредиторов убытки наследники покрыть за счет доставшегося им состояния были бы не обязаны даже тогда, когда сама смерть наступила по обстоятельствам, за которые отвечает наследодатель. А ведь кредиторы не только лишаются своего имущественного права в виде притязания к должнику и теряют возможность получить упущенную выгоду, но сталкиваются с тем, что понесенные им в расчете на исполнение договора издержки становятся тщетными.

С другой стороны, могут быть выдвинуты и не менее яркие аргументы против обременения наследников долгом по возмещению убытков в ситуациях, когда речь шла о смерти по неосторожности или даже о самоубийстве. То, что должник умер в результате своей неосторожности (например, отказа от вакцинации на фоне пандемии), еще не означает, что у должника имеется вина *по отношению к кредитору*. Отказ от прививки, злоупотребление алкоголем или превышение скорости при поездке в кино — это не поведение должника в ходе исполнения обязательства. Более того, не начнем ли мы при применении вышеуказанного подхода анализировать рацион питания

должника и количество вредных привычек? Не зайдет ли право в этом отношении слишком далеко?

В общем вопрос о том, что понимать под ответственностью за свою смерть и корректна ли в принципе такая постановка вопроса, следует признать крайне спорным.

Один из возможных компромиссов состоит в том, чтобы в подобных не вполне очевидных ситуациях взыскивать только такую сумму убытков, которая будет защищать лишь негативный договорный интерес (например, в примере с концертом – ставшие тщетными расходы организатора по подготовке концерта).

Еще более сложный вопрос возникает в связи с тем, что коммерсанты отвечают за нарушение обязательства независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Последовательно проводя эту идею в жизнь применительно к ситуации со смертью, мы будем вынуждены также признать, что, если долг умершего должника был связан с осуществлением им предпринимательской деятельности, ответственность за возникшую в связи со смертью невозможность исполнения наступает даже при отсутствии вины (п. 1 ст. 416, п. 3 ст. 401 ГК РФ), и поэтому обязательство по покрытию убытков кредитора, возникших в результате срыва обязательственной программы, обременяет наследственную массу и переходит к наследникам даже при отсутствии вины должника в обстоятельствах своей смерти. Если следовать такому подходу, то наследники подрядчика, чье обязательство, скажем, выложить уникальный камин прекратилось в связи с его смертью, будут обязаны за счет переходящего к ним имущества наследодателя покрыть убытки заказчика, возникшие в связи со срывом договора, независимо от причин смерти. Даже если подрядчик был поборником здорового образа жизни, ежедневно бегал трусцой, не пил и не курил, но скоропостижно скончался, наследники должны будут возместить убытки кредитора в пределах стоимости перешедшего к ним по наследству имущества.

Но такое крайне жесткое решение может вызывать споры с учетом специфичности и трагичности повода для прекращения обязательства. Может быть выдвинут тезис о том, что в данной ситуации формализм обязательственного права, включая строгую безвиновную ответственность коммерсантов, может уступить соображениям милосердия. Возможно, не стоит продвигать аналогию с п. 1 ст. 416 ГК РФ последовательно и логично относиться к ситуации прекращения обязательства смертью должника – не так, как к прекращению обязательства по причине невозможности исполнения. Например, в ситуации прекращения обязательства по передаче индивидуально-определенной вещи в случае ее случайной гибели есть основания считать, что продавец-коммерсант

на основании п. 1 ст. 416 и п. 3 ст. 401 ГК РФ должен все равно отвечать за убытки кредитора кроме случаев, когда сама гибель произошла в результате непреодолимой силы. Но перенос такого жесткого подхода в контекст ситуации прекращения обязательства по причине смерти должника вызывает серьезные сомнения.

Впрочем, следует заметить, что на практике почти никто из кредиторов в подобных ситуациях возмещения убытков с наследников не требует. Не так часто смерть простого обывателя вызывает серьезные убытки у его контрагентов, ради взыскания которых стоило бы судиться с наследниками. Ситуация может быть принципиально иной в сценарии смерти индивидуального предпринимателя, срывающей исполнение дорогостоящих контрактов с его участием, но и в данных отношениях попытки взыскания таких убытков за счет перешедшего к наследникам имущества практически не встречаются. Возможно, объяснение состоит в том, что кредиторам такая принципиальность на фоне смерти должника кажется с моральной точки зрения неприемлемой.

В любом случае на настоящий момент какой-либо ясности по данным вопросам в практике высших судов нет.

При этом так или иначе долг по возмещению убытков не обременит наследников, если смерть должника произошла по обстоятельствам, за которые отвечает кредитор (например, кредитор убил должника). Это следует как из применения по аналогии п. 1 ст. 416 ГК РФ, так и из п. 4 ст. 1 ГК РФ.

То же решение, которое мы готовы взять за основу применительно к взысканию убытков вместо реального исполнения при прекращении обязательства в силу самого факта смерти должника, видимо, должно применяться и в тех случаях, когда обязательство не было связано с личностью должника неразрывно, перешло на наследников, но далее произошел отказ от исполнения обязательства со стороны наследников, не способных реально справиться с обязательством наследодателя.

Если такой отказ совершил кредитор, не желающий находиться в обязательственной связи с неизвестными лицами и принимать от них исполнение по неденежному обязательству, вопрос о взыскании убытков менее очевидный. Как представляется, убытки с наследников за срыв предоставления здесь взыскиваться не должны, если нет уже начавшейся существенной просрочки и обстоятельства не указывают со всей очевидностью, что наследники не справятся с исполнением долга, и налицо лишь возрастание риска столкнуться с будущим нарушением. Но если кредитор отказывается на фоне уже существенной просрочки или обстоятельств, очевидно указывающих на то, что

наследники обязательство не исполняют или исполняют его с существенными дефектами (п. 2 ст. 328 ГК РФ в такой ситуации допускает как отказ, так и взыскание убытков), взыскание убытков в пределах стоимости унаследованного имущества кажется в целом допустимым.

1.5. Смерть после начала просрочки

Применение по аналогии правил о прекращении обязательства невозможностью исполнения может привести к еще одному выводу. Представим, что должник впал в просрочку, и только после этого скоропостижно скончался. Согласно ст. 405 ГК РФ, если невозможность исполнения наступила после начала просрочки, должник обязан возместить убытки, даже несмотря на то, что невозможность носит случайный характер, и должник за возникновение самой этой невозможности не отвечает. Логично ли распространять этот же подход в отношении прекращения обязательства смертью должника после того, как должник впал в просрочку?

Допустим, исполнитель, для которого обязательство не было связано с осуществлением предпринимательской деятельности, впал в просрочку в оказании услуги и впоследствии погиб в ДТП, и его долг по оказанию услуг прекратился согласно комментируемому пункту. Если бы он вовремя исполнил свое обязательство, его последующая смерть не лишила бы заказчика возможности получить обещанное предоставление. Может ли этот аргумент привести к тому, что на наследников перейдет не только долг по возмещению убытков в связи с имевшей место до смерти должника просрочкой или долг по возврату уплаченного исполнителю аванса, но и долг о возмещении убытков в связи со срывом программы договорного правоотношения по причине смерти (убытки взамен реального исполнения)?

С формальной точки зрения это кажется вполне возможным.

Но эта формальная логика может опять же наталкиваться на выражения этического порядка. Специфика ситуации смерти может наталкивать на решения, отличные от тех, которые будут применяться при случайной гибели подлежащей отчуждению по договору вещи или иной случайной невозможности исполнения. Вопрос в практике ВС РФ пока не прояснен.

1.6. Уточнение правил преемства в долге на уровне условий договора

В силу принципа свободы договора стороны могут согласовать, что долг одной из сторон в случае ее смерти не переходит к наследникам. В этом случае смерть стороны прекратит обязательство, и преемство в долге не произойдет, несмотря на то что долг не связан неразрывно с личностью должника. В ряде случаев закон прямо упоминает такую возможность. Так, согласно ст. 581 ГК РФ, в договоре консенсуального

дарения может быть согласовано, что обязанности дарителя, обещавшего дарение, не переходят к его наследникам. Но и в тех случаях, когда это в законе специально не предусмотрено, нет серьезных причин запрещать такое условие договора. Например, в договоре займа, предоставленного родственником заемщику на проведение дорогостоящей и опасной медицинской операции, стороны могут согласовать, что долг заемщика в случае смерти последнего не будет переходить к наследникам.

То, что стороны договора поручительства могут согласовать, что долг по поручительству прекратится в случае смерти поручителя, прямо признано на уровне практики ВС РФ (п. 37 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45).

Могут ли стороны, наоборот, согласовать переход к наследникам должника его долга, неразрывно связанного с личностью должника? Можно ли в договоре между издательством и автором указать, что в случае смерти автора книгу допишут его наследники? Либо без отдельно выраженного согласия наследника вступить в такой долг вместо наследодателя — это просто невозможно? В п. 1 ст. 1050 ГК РФ пример подобных оговорок в качестве допустимых содержится. Но в целом вопрос может вызывать споры. Это особенно острый вопрос в контексте того, что наследники могут не знать о том обязательстве, принятие долга которого они невольно произвели, вступив в наследство.

В то же время нет никаких сомнений в том, что в договоре может быть оговорено, что а) смерть должника по обязательству, неразрывно связанному с личностью должника, обременит наследственную массу не только долгом по возврату полученного встречного предоставления, но и долгом по возмещению убытков, независимо от причин смерти, б) возвращать аванс в целом или в части в такой ситуации за счет наследственной массы наследникам будет не нужно, или в) исключить взыскание убытков в целом или в части за счет наследственной массы.

1.7. Судьба обязательств умершего должника по долгосрочным контрактам

Особенная ситуация возникает тогда, когда у умершего был с контрагентом заключен долгосрочный договор, предполагающий регулярное исполнение сторонами взаимных обязательств по частям или периодически, тесное сотрудничество и взаимодействие сторон, либо синаллагматический договор, в рамках которого требование кредитора было обусловлено осуществлением им в будущем встречного предоставления. Изолированный перевод обязательств из таких договоров по осуществлению предоставлений в будущем на одних наследников,

а прав – на других крайне нелогичен, и вопрос встает о комплексной передаче всей договорной позиции (включая права и обязанности) одной из сторон договора ее наследникам или о прекращении договора (подробнее см. п. 3 комментария к настоящей статье).

1.8. Объявление гражданина умершим

Объявление гражданина умершим влечет за собой те же последствия, что и смерть (ст. 1113 ГК РФ). Поэтому п. 1 ст. 418 ГК РФ применим и к таким ситуациям. Соответственно, если долг неразрывно связан с личностью должника и такой должник признается умершим, данный долг прекращается. Если такой связи нет, долг переходит к наследникам.

Может сложиться так, что гражданин, официально объявленный умершим, впоследствии обнаруживается живым. Статья 46 ГК РФ, которая должна регулировать последствия обнаружения или явки такого гражданина, предусматривает право такого гражданина требовать от тех, кому его имущество перешло в составе наследства или в режиме выморочного имущества, возврата такого имущества. Также установлены особые правила в отношении защиты субъективно добросовестных третьих лиц, которым имущество объявленного умершим лица перешло от наследников или публичного образования на возмездной основе. Но закон умалчивает о судьбе обязательств такого лица – тех, которые а) перешли наследникам или публичному образованию в пределах стоимости переданного по наследству имущества, б) прекратились в связи с превышением размера долга над стоимостью перешедшего наследникам имущества, в) прекратились в силу п. 1 ст. 418 ГК РФ в связи с неразрывной связью с личностью должника. В этой сфере могут возникать многочисленные спорные вопросы. Ключевые из них касаются обратного перевода долга с наследников на объявившегося наследодателя или ретроактивного аннулирования преемства в долге, восстановления (если следовать идее ВС РФ о прекращении долга в части превышения стоимости унаследованного имущества) прекратившихся долгов и возникновения у объявившегося лица долга перед наследниками, погасившими его долги, по правилам о неосновательном обогащении. Подробный разбор этой проблематики выходит за рамки комментария к настоящей статье.

2. Прекращение обязательства смертью кредитора

По общему правилу смерть кредитора не прекращает обязательство, так как соответствующее право требования переходит в составе наследства наследникам по закону или завещанию, либо в режиме выморочного имущества соответствующему публичному образованию.

Согласно ст. 1112 ГК РФ, в состав наследства входят принадлежавшие наследодателю на день открытия наследства имущественные права.

Если вступивших в наследство наследников несколько, ст. 1164 ГК РФ говорит о возникновении общей долевой собственности на переходящее наследникам имущество, не делая исключений для обязательственных прав. Вопросы о том, логично ли говорить об общей долевой собственности на делимое обязательственное притязание (например, требование о погашении денежного долга) и необходимости раздела притязания по соглашению о разделе наследства или в судебном порядке для получения каждым из наследников своей доли, а также о том, какая множественность лиц образуется в случае перехода нескольким наследникам обязательственного притязания с неделимым предметом (например, о передаче недвижимости), заслуживают отдельного обсуждения. В любом случае очевидно, что кредиторами должника становятся наследники. Но наследодатель также может завещать свое требование (например, на получение квартиры по итогам долевого строительства) конкретному наследнику, тогда в случае смерти требование переходит исключительно этому наследнику, если, конечно, он вступит в наследство.

Переходят в составе наследства как договорные, так и внедоговорные обязательственные права, денежные и по общему правилу неденежные требования (например, о передаче квартиры по итогам долевого строительства), требования о взыскании убытков или уплате неустойки, реституции по недействительной сделке или возврате имущества по расторгнутому договору и т.п. Например, если сторона договора до своей смерти расторгла договор и созрело обязательственное требование о возврате переданного по договору имущества, это требование при смерти данной стороны не прекращается, а переходит наследникам (Определение СКГД ВС РФ от 22 августа 2017 г. № 18-КГ17-107). Не прекращается, а подлежит наследственному преемству созревшее при жизни наследодателя его требование о выплате страхового возмещения в связи с наступившим страховым случаем (Определение СКГД ВС РФ от 13 апреля 2020 г. № 9-КГ19-26). Переходит к наследникам и требование наследодателя к продавцу о передаче вещи и (или) регистрации перехода права собственности (п. 9 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

Переходят к наследникам и обеспечительные права (п. 1 ст. 384 ГК РФ). При этом в силу акцессорности залога или поручительства такие права должны переходить к тому из наследников, к которым перешли по завещанию или в результате раздела наследства соответствующие обеспеченные права. Если обеспеченное право перешло

коллективу наследников, они становятся созалогодержателями или сообладателями права требования к поручителю.

При переходе требования по наследству к наследнику переходят и кредиторские обязанности (принять исполнение, содействовать ему и т.п.). При нарушении таких обязанностей после вступления в права наследник будет нести перед должником личную ответственность по правилам ст. 406 ГК РФ.

К наследникам переходят и секундарные права, связанные с данным обязательством (например, право на оспаривание сделки), и состояние связанности, противостоящее секундарным правам должника, и иные элементы программы обязательственного правоотношения (третьейская оговорка, оговорка о применимом праве и т.п.).

Если право требования было привязано к обладанию кредитором правом собственности на некий актив (реальное обязательство) и смена собственника актива согласно ГК РФ влечет автоматический переход требования, право требования должно переходить строго тому из наследников, кому достается право на базовый актив. Например, если вещь была застрахована, а страховой случай не наступил до смерти страхователя, согласно ст. 960 ГК РФ, условное требование по выплате страхового возмещения на случай наступления страхового случая переходит новому собственнику вещи, а следовательно, право требования к страховой компании последует за преемством в абсолютном праве на базовый актив. Если вещь была завещана конкретному наследнику, требование к страховой компании перейдет только и исключительно ему.

Но наследуемость обязательственных прав — это лишь общее правило. Согласно п. 2 ст. 418 ГК РФ обязательство прекращается смертью кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора, либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью кредитора. Это положение системно согласовано со ст. 383 ГК РФ, согласно которой переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, не допускается.

Таким образом в ряде случаев из закона или существа обязательства, предполагающего неразрывную связь обязательства с личностью кредитора, следует, что обязательство прекращается смертью кредитора.

2.1. Примеры

2.1.1. Рента и пожизненное содержание с иждивением

В ряде случаев закон в специальных нормах оговаривает, что смерть кредитора прекращает обязательство. Например, согласно п. 2 ст. 596 ГК РФ, в случае смерти одного из получателей пожизненной ренты его доля в праве на получение ренты переходит к пережившим его получателям ренты, если договором пожизненной ренты не преду-

смотрено иное, а в случае смерти последнего получателя ренты обязательство выплаты ренты прекращается. Согласно п. 1 ст. 605 ГК РФ обязательство пожизненного содержания с иждивением прекращается смертью получателя ренты. Прекращение обязательств по выплате периодических платежей по таким договорам предопределено самим существом договоров пожизненной ренты и пожизненного содержания с иждивением. При этом очевидно, что речь идет о прекращении периодических выплат по предоставлению содержания на будущее. Накопившийся к моменту смерти кредитора долг плательщика ренты не прекращается, а требование по его выплате входит в наследственную массу и переходит наследникам получателя ренты с учетом правил п. 1 ст. 1183 ГК РФ.

Если получатель пожизненной ренты или пожизненного содержания с иждивением при жизни обратился к контрагенту, существенно нарушившему договор, с требованием о возврате вещи и взыскании убытков или немедленной уплате ему выкупной цены (ст. 593, 599, 605 ГК РФ), последующая смерть получателя ренты (или пожизненного содержания) не должна прекращать соответствующие обязательства контрагента по возврату вещи, уплате выкупной цены или убытков, со смертью получателя происходит правопреемство в указанном требовании. Этот тезис может быть выведен из п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9.

При этом, если речь идет о постоянной ренте, требование о продолжении периодических выплат не является неразрывно связанным с личностью кредитора и переходит наследникам кредитора (п. 69 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

2.1.2. Алименты

Согласно ст. 1112 ГК РФ не входят в состав наследства права на алименты. Статья 383 ГК РФ также объявляет, что требования о выплате алиментов неразрывно связаны с личностью кредитора и поэтому не подлежат преемству как по сделке, так и в результате перехода права на основании закона.

При этом считается, что прекращается только требование по выплате алиментов за период после смерти кредитора (что вполне очевидно), а требования о выплате ранее начисленных, но не выплаченных алиментов за период до смерти кредитора переходят к наследникам кредитора, если не происходит ненаследственного преемства, предусмотренного п. 1 ст. 1183 ГК РФ. Этот вывод следует из п. 3 ст. 1183 ГК РФ, а также подтверждается в п. 28 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 и п. 68 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9.

2.1.3. Возмещение вреда жизни или здоровью

Согласно ст. 1112 ГК РФ, не входят в состав наследства право требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина, а согласно ст. 383 ГК РФ такие требования неразрывно связаны с личностью кредитора и поэтому не подлежат преемству как по сделке, так и в результате перехода права на основании закона.

В то же время в реальности речь должна идти об ограничительном толковании данной нормы и ее распространении лишь на требования о внесении периодических выплат, направленных на доставление содержания потерпевшему (в связи с утратой трудоспособности или потерей кормильца) за период после смерти кредитора. Если последний как получатель такого содержания умирает, сама цель получения таких выплат отпадает, и поэтому обязательство по их осуществлению должно прекращаться. Что же касается требования о выплате возмещения понесенных кредитором до своей смерти медицинских расходов или иных затрат, связанных с причинением вреда его здоровью, затрат, которые впоследствии умерший кредитор понес на погребение жертвы первичного посягательства на жизнь, или требования о погашении образовавшейся за период до смерти впоследствии умершего кредитора задолженности по возмещению утраты трудоспособности или компенсации в связи с утратой кормильца, то такие созревшие на момент смерти кредитора требования не направлены на обеспечение содержания в будущем и представляют собой стандартные притязания на возмещение уже возникших в имущественной массе наследодателя убытков. Такие требования, безусловно, должны попадать в наследственную массу и переходить к наследникам умершего.

2.1.4. Моральный вред

Более спорным является также вопрос о неразрывной связи с личностью кредитора требования о возмещении морального вреда. Судебная практика сейчас исходит из того, что возникшее у лица требование о возмещении морального вреда перестает быть неразрывно связанным с личностью такого лица и может быть объектом преемства только после того, как такое требование было подтверждено решением суда о взыскании морального вреда (см. п. 71 Постановления Пленума ВС РФ от 26 декабря 2017 г. № 58). Но если потерпевший не успел выиграть иск о взыскании морального вреда, его смерть, согласно доминирующей практике, прекращает данное требование, и к наследникам оно не переходит.

Этот подход не кажется оптимальным.

2.1.5. Карательные компенсации

Также у судов может вызывать сомнение возможность перехода к наследникам кредитора требования о выплате карательного штрафа за добровольное неудовлетворение прав потребителей, если потребитель умирает до того, как судом данный штраф был присужден, а равно иных карательных компенсаций.

По большинству из этих примеров полной ясности в практике ВС РФ нет.

2.1.6. Обязательство, исполнение которого предназначено исключительно лично для исходного кредитора

Согласно комментируемой норме, если существо обязательства не оставляет сомнений в том, что его исполнение было направлено на удовлетворение лично конкретного кредитора, обязательство прекращается его смертью, так как переход требования к наследникам и исполнение обязательства в пользу последних означало бы кардинальное изменение программы обязательственного правоотношения или подрыв цели вступления должника в порождающий такое обязательство договор.

Ряд таких случаев прямо упомянут в законе. Например, согласно п. 1 ст. 581 ГК РФ, «права одаряемого, которому по договору дарения обещан дар, не переходят к его наследникам (правопреемникам), если иное не предусмотрено договором дарения». Согласно п. 1 ст. 577 ГК РФ, обязательства поверенного прекращаются в случае смерти доверителя. В соответствии с п. 1 ст. 1024 ГК РФ обязательства доверительного управляющего прекращаются смертью гражданина, являющегося выгодоприобретателем, если иное не оговорено в договоре.

Но может быть масса случаев, не упомянутых в законе. Например, обязательство психотерапевта по оказанию психологической помощи пациенту прекращается смертью последнего, требование по оказанию соответствующей услуги не переходит наследникам. То же и в отношении обязательств по оказанию медицинских, образовательных, консультационных и иных подобного рода услуг, содержание которых предопределяется личностью заказчика или продолжение оказания которых в адрес его наследников противоречит здравому смыслу, природе отношений и явно выходит за рамки того, что могло подразумеваться исходными сторонами обязательства.

2.2. Значение законодательных или договорных запретов на уступку

Иногда закон или условия договора блокируют уступку требования без согласия должника. Причем в некоторых случаях нарушение такого запрета будет влечь ответственность cedента перед должником в форме возмещения убытков или уплаты неустойки (например, при

нарушении договорного запрета на уступку денежного требования в силу п. 3 ст. 388 ГК РФ), а в других – позволять должнику оспорить саму уступку (п. 2 и 4 ст. 388 ГК РФ). В ряде же случаев закон вовсе запрещает уступки без оглядки на согласие должника, и тогда нарушающая запрет уступка оказывается ничтожна (п. 7 ст. 448 ГК РФ).

Какова судьба таких требований в случае смерти кредитора? Формально переход требований по наследству не представляет собой уступку, и преемство не подпадает под согласованный в договоре или установленный в законе запрет. Но может быть выдвинут аргумент о том, что наличие такого запрета может свидетельствовать о неразрывной связи требования с личностью кредитора. Насколько он убедителен?

Там, где последствием уступки в нарушение запрета в силу закона будет лишь возмещение убытков (прежде всего при нарушении договорного запрета на уступку денежного требования), данное требование однозначно должно переходить по правилам наследственного преемства. Привлечь кого-либо к ответственности должнику здесь не получится, так как с формальной точки зрения нет никакого нарушения запрета на уступку (наследственное преемство – не уступка). Но в исходном договоре может быть оговорено, что в случае смерти кредитора и перехода требования наследники должны возместить должнику имущественные потери из стоимости переходящего к ним иного имущества (ст. 406.1 ГК РФ).

Там, где в договоре установлен запрет на уступку неденежного требования и теоретически оспаривание уступки возможно, это также вряд ли может воспрепятствовать наследственному преемству. Дело в том, что в п. 2 ст. 382 ГК РФ закон прямо говорит, что договорный запрет не препятствует продаже требований в рамках исполнительного производства или в ходе конкурса. Кажется странным, что требование может быть продано с публичных торгов, несмотря на договорный запрет, и не может перейти наследникам. Если стороны хотят заблокировать наследственное преемство, им следует об этом прямо договориться.

Но даже в тех случаях, когда уступка без согласия должника оспариваема или ничтожна в силу прямого указания в законе, есть большие сомнения в том, что нам стоит толковать этот запрет расширительно и подводить под него случаи наследственного преемства, если только качественный анализ самого требования сам по себе указывает на такую неразрывную связь. Соответствующая норма закона, запрещающая уступку, может быть неким маркером такой связи, но вряд ли может быть универсальным и априорным критерием. Так, запрет на уступку неденежных требований, возникших из договоров, заключенных по ре-

зультатам обязательных торгов (п. 7 ст. 448 ГК РФ), вряд ли оправдывает запрет на переход таких требований к наследникам победителя публичных торгов. Если, например, человек выиграл публичные торги по продаже имущества, внес оплату, но скончался до получения купленной вещи, вряд ли логично запрещать его наследникам вступать в право требования передачи данной вещи. Иначе говоря, следует проводить телеологическое толкование соответствующего запрета на уступку на предмет выявления условий для расширительного толкования и подведения под аналогичный запрет и наследственного преемства. В большинстве случаев таких политико-правовых условий для расширительного толкования не окажется.

2.3. Свобода договора

ВС РФ допускает установление в договоре положения о блокировании возможности перехода обязательственных прав в рамках наследственного преемства (п. 14 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9). И это действительно логично. Стороны вполне могут договориться, что в случае смерти кредитора долг должника прекращается: смерть кредитора является здесь отменительным условием. Впрочем, не исключено, что в ряде случаев такие условия могут стать предметом контроля по поводу справедливости при их навязывании слабой стороне договора (ст. 428 ГК РФ).

Могут ли стороны договориться, наоборот, о том, что требование, которое в силу закона или неразрывной связи с личностью кредитора по общему правилу прекращается смертью кредитора, не прекратится и перейдет к правопреемникам кредитора? Как представляется, это возможно. Впрочем, на практике такие условия в российской договорной практике почти не встречаются.

3. Комплексная передача договора в случае смерти ее стороны: общие замечания

Самый сложный вопрос, возникающий при применении п. 1 и п. 2 ст. 418 ГК РФ, касается судьбы договора, в котором участвовал умерший контрагент и который предполагал исполнение сторонами взаимных обязательств, и эти взаимные обязательства не были еще исполнены к моменту смерти одной из сторон.

Ситуация достаточно проста, если хотя бы одно из основных договорных обязательств неразрывно связано с личностью должника или кредитора. В такой ситуации такое обязательство прекращается на основании комментируемой статьи, а вместе с ним по общему правилу отпадает и встречное обязательство в силу условного аспекта встречности (подробнее см. п. 1.3 комментария к настоящей статье

и комментариев к ст. 328 ГК РФ). Поэтому если, например, умирает эскроу-агент, поверенный, агент, комиссионер, доверительный управляющий и в силу специальных правил ГК РФ (п. 1 ст. 926.8 ГК РФ, п. 1 ст. 977 ГК РФ, 1002 ГК РФ, ст. 1010 ГК РФ, п. 1 ст. 1024 ГК РФ) прекращается обязательство этих сторон соответствующих видов договора, то автоматически прекращается и встречное обязательство, и договорная программа досрочно сворачивается. То же касается и авторских договоров заказа, договоров подряда или оказания услуг, исполнение которых предполагает использование личных творческих навыков.

По вопросу о возврате части встречного предоставления, которое могло быть осуществлено, и взыскании убытков за срыв договорной программы с наследников см. п. 1.3 и 1.4 комментария к настоящей статье.

Но что, если ни одно из основных обязательств по договору не носит строго личный характер? Правовых оснований для автоматического прекращения взаимных прав и обязанностей для таких договорных программ ст. 418 ГК РФ не предусматривает. Из закона вытекает преемство в договорной позиции: права и обязанности соответствующей стороны переходят к наследникам, и далее договорная программа осуществляется контрагентом и такими правопреемниками умершей стороны. Но это лишь самое общее правило. В реальности здесь возникает множество непростых вопросов, предопределенных спецификой конкретного договорного типа.

3.1. Соглашения об установлении ограниченных вещных прав или иных подобных синаллагматических договоров, структурирующих обременение объекта гражданских прав

3.1.1. Смерть собственника обремененного актива

Применительно к смерти собственника служащего участка по сервитуту, арендодателя, наймодателя, ссудодателя, лицензиара или правообладателя по договору франчайзинга возможны два альтернативные решения.

Первое: такая смерть влечет переход его договорной позиции к тому из наследников, к которому переходит абсолютное право на соответствующую вещь или результат интеллектуальной деятельности (средство индивидуализации). Правовой основой здесь будут нормы, устанавливающие в отношении таких договоров правило следования: переход договорной позиции при преемстве в абсолютном праве (например, применительно к аренде п. 1 ст. 617 ГК РФ, сервитуту – п. 1 ст. 275 ГК РФ, найму жилья – ст. 675, ссуде – п. 2 ст. 700 ГК РФ, лицензионному договору – п. 7 ст. 1235 ГК РФ). То,

что в этих нормах подразумевается переход права собственности на соответствующее имущество не только в форме сингулярного правопреемства, но и случаи универсального преемства, сомнений вызывать не должно. В п. 2 ст. 700 ГК РФ применительно к ссуде на то, что при смерти ссудодателя его договорная позиция переходит к тому наследнику, к которому перешло право собственности на вещь, указано прямо и недвусмысленно.

Если мы распространяем правило следования на случай перехода права собственности на соответствующий базовый актив (объект абсолютного права) в рамках наследования, получится, что как права, так и обязанности, вытекающие из таких договоров, перейдут к новому обладателю абсолютного права (например, коллективу наследников, вступивших в право общей долевой собственности на данный объект, либо тому наследнику, который принял завещанный ему объект, либо тому наследнику, к которому данный объект отходит по итогам раздела наследства, либо лицу, которому соответствующее имущество переходит в результате исполнения легата). Наследники, которым по завещанию абсолютное право на базовый актив не причитается или которые лишились доли в абсолютном праве в рамках раздела наследства, права и обязанности арендодателя, ссудодателя, наймодателя, лицензиара и т.п. не получают.

Но это касается преемства в договорной программе на будущее. Денежные долги собственника, созревшие до момента смерти (например, по уплате начисленного штрафа, по возмещению убытков контрагента), обременяют всех наследников наследодателя, которые отвечают по ним солидарно в пределах стоимости наследуемого имущества. То же касается и прав требования о взыскании встречного предоставления (например, арендной платы) за период до смерти собственника или начисленных за тот период штрафных санкций: эти требования переходят всем наследникам, независимо от того, кому из них достанется абсолютное право на соответствующий базовый актив (если не было завещания, в котором собственник распорядился такими требованиями иначе).

При этом правило о переходе долгов только в пределах стоимости перешедшего к наследнику имущества здесь будет работать только в отношении долгов собственника, созревших к моменту смерти: дальнейшая договорная программа будет развиваться с участием только и исключительно того наследника (или тех наследников), которые вступают в абсолютное право на соответствующий объект, и никакому пределу возникающие в ходе реализации этой договорной программы долги не подчиняются. Если один из наследников получил по завеща-

нию обремененную долгосрочной арендой недвижимостью стоимостью в 100, а также долги наследодателя размером в 80, обязательства нового арендодателя по договору аренды на будущее не будут усечены, дабы обеспечить соответствующую пропорцию вступления в долги. По сути, традиционная логика универсального правопреемства здесь не работает, она вытесняется правилом следования договорной позиции за обладанием абсолютным правом на соответствующий объект оборота.

Если собственник мог при жизни подарить или продать соответствующий обремененный объект третьему лицу и тем самым перенести без согласия контрагента на третье лицо как права, так и обязанности по договору, в случае смерти происходит то же.

Вторая, альтернативная модель состоит в том, что права из таких договоров при смерти собственника переходят ко всем наследникам, независимо от того, кто из них получает в собственность соответствующий объект, и все эти наследники смогут рассчитывать на получение встречных предоставлений (например, арендной платы) за период после смерти наследодателя, а равно все наследники становятся солидарно обязанными по данному договору на будущее, и даже те из них, кто не получил соответствующий объект в рамках наследования, будут годами отвечать за будущие возможные нарушения обязательств по таким договорам в пределах стоимости того имущества, которое к ним перешло.

Этот второй подход кажется крайне сложным, неудобным и несправедливым. Поэтому мы далее будем придерживаться первого подхода. Впрочем, следует признать, что полной ясности по данному вопросу нет.

Особым случаем является смерть правообладателя по договору франчайзинга. Здесь в законе установлены специальные правила. Так, п. 2 ст. 1038 ГК РФ предусматривает, что в случае смерти правообладателя по договору франчайзинга его права и обязанности по договору франчайзинга переходят к наследнику при условии, что он зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя. В противном случае договор прекращается, а следовательно, прекращаются и взаимные обязательства сторон. Осуществление прав и исполнение обязанностей умершего правообладателя до принятия наследником этих прав и обязанностей или до регистрации наследника в качестве индивидуального предпринимателя осуществляются управляющим, назначаемым нотариусом. Данное регулирование может вызывать политико-правовые сомнения.

3.1.2. Смерть обладателя производного абсолютного права на обремененный актив

Куда более сложный вопрос возникает в случае смерти контрагента, имеющего договорное право владения и использования или только использования соответствующего объекта абсолютного права (собственника господствующего участка, арендатора, нанимателя, ссудополучателя, лицензиата и т.п.). В ряде случаев законодатель пытается решить эту проблему прямо, но логика наследственного универсального преемства здесь также нередко не срабатывает.

При этом долги арендатора, нанимателя, лицензиата и т.п., созревшие за период до его смерти, а также права требования, созревшие за тот же период, судя по всему, подчиняются правилам стандартного наследственного преемства. По созревшим к моменту смерти долгам наследодателя будут солидарно отвечать все наследники в пределах стоимости унаследованного ими имущества, а созревшие за этот период требования наследодателя по выплате начисленной арендной платы, а также требования по выплате начисленной в пользу наследодателя-арендатора неустойки или возмещению причиненных наследодателю убытков окажутся в общей долевой собственности наследников. Проблема возникает с преемством в договорной позиции на будущее. Далее эту проблему и разберем.

(а) Если умирает собственник господствующего участка, право сервитута переходит по наследству тому из наследников, к кому перешло право собственности на господствующий участок (что, впрочем, прямо в ГК РФ не отражено, но соответствует природе сервитута как вещного права). К новому собственнику должно переходить и реальное обязательство по внесению сервитутных платежей за период после смерти наследодателя. Другие наследники этими обязательствами обременяться не должны. Причем здесь неприменимо правило о том, что долги переходят к наследникам в размере стоимости переходящего к ним имущества наследодателя. Тот факт, что общая сумма платежей за сервитут за период после перехода по наследству договорной позиции сервитуария может через то или иное число лет превысить стоимость самого унаследованного участка и иного унаследованного данным наследником имущества наследодателя, не останавливает начисление таких платежей.

(б) В случае смерти арендатора недвижимости, согласно п. 2 ст. 617 ГК РФ, его права и обязанности по договору аренды переходят к наследнику, если законом или договором не предусмотрено иное, а арендодатель не вправе отказать такому наследнику во вступлении в договор на оставшийся срок его действия, за исключением случая, когда заклю-

чение договора было обусловлено личными качествами арендатора. Это касается, согласно практике ВС РФ, и договоров водопользования, к которым применяются субсидиарно положения об аренде (Определение СКЭС ВС РФ от 10 ноября 2020 г. № 310-ЭС20-6357).

В то же время здесь, в отличие от случая с сервитутом, встают вопросы о том, а) какой из наследников вступит в права по договору аренды, и б) какова механика вступления в права и обязанности по такому договору.

Представим, что умирает арендатор, являющийся индивидуальным предпринимателем, и у данного лица имеется три наследника, вступающих в наследство. Означает ли их вступление в наследство, что они автоматически заступают совместно на место арендатора в договоре аренды торгового или офисного помещения, должны соблюдать режим использования арендованного имущества, осуществлять текущий ремонт, платить ежемесячно арендную плату и т.п.? Или у них появляется право потребовать вступления в договор аренды вместо наследодателя, но, если они им не пользуются, договор прекращается? И что, если один из них желает вступления в договорную позицию арендатора по этому конкретному договору, а другие нет? Объект недвижимости или транспортное средство могли быть арендованы предпринимателем в коммерческих целях, и всем или некоторым наследникам этот объект ни к чему. Неужели пенсионер, унаследовавший за сыном-предпринимателем автомобиль, теперь должен 20 лет еще и использовать ненужный ему торговый центр, обеспечивать его охрану, ремонт и т.п.? Неужели те из наследников, кто не намерен вступать в договор, солидарно обязаны к уплате арендной платы вплоть до конца действия договора и отвечать за нарушение обязательств тем из них, кто пожелал начать использовать арендованную вещь? Наконец, что понимается под вступлением в договор? Точно ли речь идет о преемстве в договорной позиции, а не о праве одного из наследников потребовать заключения с ним договора напрямую на тех же условиях?

Возможны следующие решения.

Первое — договорная позиция арендатора со всеми вытекающими из нее правами и обязанностями переходит к коллективу наследников. Возникающие в ходе реализации этой программы в будущем долги не будут ограничены пределом стоимости унаследованного имущества. Но каждому из наследников предоставляется право на отказ от участия в договоре в разумный срок после того, как они узнали о договоре, если для данного наследника этот договор просто не нужен. Отказ для них будет действовать ретроактивно. Те, кто не реализовал такое право, остаются на месте арендатора в договорной программе. Эту

модель можно назвать моделью *opt-out* с предоставлением права выхода каждому из наследников отдельно. Если право выхода реализовали в разумный срок все наследники, они солидарно должны возместить арендодателю убытки за срыв договорной программы в пределах стоимости унаследованного имущества с учетом тех возможных исключений, которые были отмечены в п. 1.4 комментария к настоящей статье.

Второе — то же решение, что и выше, но с условием о том, что отказ от договора с возложением на наследственную массу долга по возмещению убытков должен осуществляться всеми наследниками совместно, и любой из них может наложить вето на такой выход. В последнем случае наследники из договора выйти не могут и вынуждены соблюдать условия договора аренды и платить арендную плату весь оставшийся период. Этот вариант можно назвать моделью *opt-out* с правом исключительно коллективного выхода (по принципу общей руки).

Третье — в течение разумного срока после того, как наследники узнали о договоре, любой из них может осуществить секундарное право на вступление в договорную позицию, заявив об этом арендодателю (модель *opt-in*). Если заявятся несколько, они вступают на позицию арендатора совместно. Причем вступление в договорную позицию происходит ретроактивно, с момента смерти наследодателя. Если никто в течение разумного срока не откликнулся, договор считается прекращенным, причем так же ретроактивно.

Какой из вариантов должен работать в российском праве, вопрос дискуссионный. Норма п. 2 ст. 617 ГК РФ может быть истолкована по-разному, и практики высших судов для прояснения вопроса крайне мало. Например, указание в норме на то, что арендодатель не вправе *отказаться во вступлении в договор*, может быть текстуальным аргументом в пользу модели *opt-in*, но такие аргументы вряд ли могут носить решающий характер. Вопрос требует дополнительного анализа.

При этом при любом решении право на отказ от договора должно быть признано и за арендодателем, если у него имеется объективный и легитимный интерес прекратить сотрудничество с неизвестным лицом: в силу п. 2 ст. 617 ГК РФ он может отказаться взаимодействовать с наследниками, если «заключение договора аренды обусловлено личными качествами арендатора». Очевидно, что арендодателю в типичной ситуации не все равно, кто будет не только пользоваться, как в случае с сервитутом, но и владеть его вещью. В случае с публичной землей этот фактор выражен не столь ярко, так как возможности публичного образования произвольно отказать желающему в сдаче ему публичной земли в аренду крайне ограничены. Но, если представить обычную собственность частного лица, вопрос оказывается куда менее

очевидным. Допустим, собственник сдал здание индивидуальному предпринимателю для размещения ресторана, но далее предприниматель умирает, и его наследник (допустим, ребенок) требует от арендодателя признать его правопреемником первоначального арендатора, так как сам планирует продолжить дело умершего родителя. Кажется, что интерес наследника заслуживает внимания, но арендодателя, который не желает такого развития событий, тоже можно понять. Наследник может не казаться ему надежным партнером, быть судимым, находиться под санкциями и т.п. В этом плане арендодателю логично предоставить право на отказ от договора при наличии разумных объективных причин отвергнуть фигуру нового арендатора, что российский закон, по сути, и делает.

Немецкое право решает данный вопрос, предоставляя как арендодателю, для которого личность арендатора объективно важна, так и наследникам умершего арендатора, не заинтересованным в сохранении аренды, право на отказ от продолжения аренды, т.е. реализована симметричная модель *opt-out* (§ 563, 580 ГГУ).

При этом в любом случае долги по внесению арендной платы за периоды после смерти наследодателя-арендатора, уплате неустойки или убытков за нарушения, допущенные наследником, вступившим в договорную позицию арендатора, являются уже личными долгами нового арендатора и не ограничиваются пределами стоимости унаследованного имущества. Подтверждение тому может быть обнаружено в абзаце пятом п. 60 Постановления Пленума ВС РФ 29 мая 2012 г. № 9: «Требования кредиторов по обязательствам наследников, возникающим после принятия наследства (например, по оплате унаследованного жилого помещения...), удовлетворяются за счет имущества наследников».

(в) На случай смерти нанимателя в законе для договоров найма предусмотрено решение, которое несколько отличается от того, которое действует в отношении аренды. В соответствии с п. 2 ст. 686 ГК РФ в случае смерти нанимателя договор продолжает действовать на тех же условиях, а нанимателем становится один из граждан, постоянно проживающих с прежним нанимателем, по общему согласию между ними. Если такое согласие не достигнуто, все граждане, постоянно проживающие в жилом помещении, становятся сонанимателями. Здесь происходит ненаследственное преемство в договорной позиции нанимателя.

Но что, если наниматель был одинок? Прекращается ли наем? Вопрос дискуссионный. Применительно к договорам социального найма жилья п. 5 ст. 83 ЖК РФ прямо предусматривает, что договор социального найма жилого помещения прекращается в связи со смер-

тью одиноко проживавшего нанимателя. Применительно к договорам коммерческого найма специальная норма отсутствует, но логично применять правила, идентичные тем, которые работают в рамках стандартной аренды.

(г) Согласно ст. 701 ГК РФ, договор безвозмездного пользования прекращается в случае смерти гражданина-судополучателя, если иное не предусмотрено договором. Законодатель посчитал, что подобный договор неразрывно связан с личностью судополучателя, что, в принципе, кажется логичным.

(д) Вопрос смерти лицензиата или пользователя по договору франчайзинга законом не урегулирован. Представим, что скончался индивидуальный предприниматель, получивший лицензию на издание и распространение книги некоего автора, или гражданин, имеющий лицензию на использование программы антивируса или справочной правовой системы, либо обладатель аккаунта в стриминговом сервисе или онлайн-магазине, обеспечивающем доступ к электронным книгам за абонентскую плату. В подобного рода договорах часто вопрос о последствиях смерти лицензиата прямо разрешается. Но, если этот вопрос не решен в условиях договора, как он должен быть решен по праву?

Личность лицензиата может в ряде случаев иметь большое значение для лицензиара. Это особенно характерно для договора франчайзинга, так как пользователь осуществляет коммерческую деятельность, используя средство индивидуализации правообладателя, что создает серьезные риски для репутации правообладателя. Но не меньшее значение для обладателя исключительного права имеет личность лицензиата в контексте многих иных договоров. В таких случаях сохранение договора с заменой лицензиата без согласия лицензиара кажется неправильным. В ряде же других случаев личность лицензиата безразлична лицензиару (например, лицензия на использование стандартной компьютерной программы), и переход договорной позиции как минимум при желании наследников кажется вполне возможным, если, конечно, условия договора такое преемство не блокируют.

Должны ли такие договоры автоматически прекращаться, если личность лицензиата не безразлична лицензиару, или переводиться на наследников, если личность лицензиата объективно иррелевантна для лицензиара? Или для случаев, когда личность лицензиата не безразлична лицензиару, логичнее предоставить лицензиару право на отказ от договора? Если преемство происходит, то кто из наследников вступает на эту договорную позицию? Если их несколько, кто из них может читать электронные книги, облачный доступ к которым

приобрел наследодатель до своей смерти? Данные вопросы пока однозначно в российском праве не разрешены и требуют отдельного обсуждения.

3.2. *Иные синаллагматические договоры*

В остальных случаях вопрос о судьбе неисполненного двусторонне-обязывающего договора или договора, требующего длящихся взаимных предоставлений, требует внимательного анализа существа взаимных обязательств сторон. Дело в том, что преемство в договорной позиции будет означать, что одна из сторон будет обязана не только осуществлять предоставление стороне, которую она не выбирала в качестве контрагента, но и будет вынуждена требовать исполнения от такого незнакомого лица, чья платежеспособность или способность надлежащим образом исполнять обязательства могут вызывать сомнения. Это может показаться не вполне нормальным.

Представим, что был заключен договор купли-продажи квартиры, но продавец умер до осуществления исполнения одной из сторон. Вправе ли покупатель требовать исполнения договора от наследников продавца, а наследники продавца требовать исполнения договора от покупателя? Та же ситуация возникает и в случае смерти покупателя. Что, если по условиям такого договора умерший контрагент получал коммерческий кредит в виде рассрочки платежа или авансирования? Обязан ли переживший контрагент таким же образом кредитовать неизвестных ему наследников?

Если в ходе выполнения строительных работ умирает заказчик, долг по оплате выполненных подрядчиком работ, безусловно, переходит на наследников в пределах переходящего им имущества, но какова судьба самой программы договорных правоотношений? Обязан ли подрядчик выполнять работы, а наследники заказчика – снабжать подрядчика материалами, инспектировать ход строительства, принимать и оплачивать работы?

Или представим, что до получения кредита умирает заемщик-предприниматель, у которого в банке была открыта кредитная линия: могут ли наследники требовать выдачи кредитного транша им?

Какова судьба договора банковского счета, открытого индивидуальному предпринимателю для обслуживания его коммерческой деятельности, и взаимных прав и обязанностей сторон такого договора в случае смерти предпринимателя? Заступают ли наследники коллективно на правовую позицию клиента банка вместо наследодателя, получая права и обязанности стороны такого договора? На практике банки такие счета закрывают, но как это соотносится с положениями комментируемой статьи?

Другой пример: переходит ли договорная позиция стороны корпоративного договора в случае ее смерти к тем его наследникам, которым в порядке наследования перешли акции или доля в ООО наследодателя? Тот же вопрос возникает и в отношении соглашений об учреждении общества, если один из учредителей умер после заключения договора, но до его создания, а также соглашений о порядке использования недвижимости, являющейся объектом общей долевой собственности, и иных подобных договоров.

Подлежит ли наследственному преемству договорная позиция стороны соглашения, возлагающего на стороны взаимные обязательства по воздержанию от определенных действий (например, соглашение о конфиденциальности).

Примеры можно продолжать.

Договор может не быть связан с личностью одной из сторон *неразрывно*, и теоретически можно помыслить себе преемство в договорной позиции, но такое преемство будет означать, что контрагент будет вынужден осуществлять исполнение в пользу незнакомых ему людей и требовать от них встречного исполнения либо осуществлять тесное взаимодействие с такими незнакомыми. В ряде ситуаций навязывание контрагенту взаимодействия с неизвестными лицами, возложение на него бремени кредитования таких лиц кажется неправильным и противоречащим принципу свободы договора. Личность умершей стороны могла не быть связана с договором неразрывно, но при этом иметь важное значение при выражении согласия вступить в договор.

Этот вывод не вызывает сомнений, например, в ситуации, когда умершее лицо по условиям договора должно было получить банковский кредит, аванс, предоплату, товар, работы или услуги с отсрочкой или рассрочкой платежа. Принуждение к кредитованию незнакомому абсурдно. Но и в иных ситуациях навязывание контрагенту договорного сотрудничества с лицом, которого он не выбирал себе в качестве контрагента, противоречит принципу свободы договора, в силу которого лицо обязано взаимодействовать с тем, кого оно выбрало себе в качестве партнера, и лицу не может быть навязана договорная связь с неизвестным лицом, если такое лицо пытается заступить на место должника. В ситуации, когда у умершего должника имелся ничем не обусловленный долг, мы можем обсуждать сохранение долга с его переводом на правопреемника в случае смерти должника, поскольку альтернативой будет прекращение такого долга, а большинство кредиторов выберет скорее сохранение долга, пусть и с новым должником, чем прекращение своего требования. Но в обсуждаемых нами ситуациях, когда договор предполагает осуществление синаллагматически

обусловленных встречных предоставлений, соотношение интересов сторон совсем иное, и большое число контрагентов выбрало бы полное прекращение договорной связи на будущее.

Кроме того, преемство договорной позиции будет означать, что наследники, вступающие в права наследства, совместно займут договорную позицию по сколь угодно необычному договору наследодателя и далее должны будут, возможно, годами получать то, что им совсем не нужно, или обязаны совместно осуществлять предоставления, для реализации которых у них может не хватать ни сил, ни ресурсов, ни необходимых навыков. Это также может показаться не вполне справедливым.

Возможно помыслить несколько решений.

Первое состоит в том, что смерть контрагента должна по общему правилу прекращать такие длящиеся договорные правоотношения, предусматривающие исполнение в будущем обеими сторонами взаимных обязательств, а если контрагент умершего лица готов продолжить сотрудничество с одним из наследников и на это согласен также последний, ничто не мешает им заключить новый договор. Таковую модель мы именуем моделью *opt-in*.

Второе возможное решение состоит в том, что по общему правилу договорная позиция переходит коллективу наследников (или публичному образованию в режиме выморочного имущества). Если наследников несколько, возникает множественность лиц на стороне договора. При этом правило о преемстве в долгах в пределах стоимости унаследованного имущества применительно к долгам, которые будут возникать в ходе реализации программы договорных правоотношений за период после смерти, здесь применяться не должно. На то, что наследники, вступающие в длящийся договор, отвечают всем своим личным имуществом, а не в пределах унаследованного имущества, указывает и Пленум ВС РФ в абзаце пятом п. 60 Постановления от 29 мая 2012 г. № 9.

Но в рамках такой модели каждый из наследников должен иметь в силу действия принципа доброй совести право отказаться от участия в договорной программе при наличии разумных доводов, оправдывающих их выход из обязательственной связи с точки зрения баланса интересов сторон (модель *opt-out*). Такой отказ должен состояться в разумный срок после того, как соответствующий наследник узнал о наличии договора и смерти наследодателя. Отказ наследников может быть обусловлен тем, что им причитающееся от контрагента исполнение просто не нужно (в отличие от наследодателя), либо они опасаются, что не справятся с исполнением переходящих к ним обязательств

по такому договору. Если такой отказ обоснован соображениями доброй совести, разумности и справедливости (и налицо легитимный и заслуживающий защиты интерес), его, видимо, следует допускать. При этом он должен действовать ретроактивно. Отказавшаяся сторона не будет обязана обеспечивать исполнение обязательств наследодателя по данному договору, но и не получит соответствующую часть встречного предоставления.

В рамках такого подхода если конкретный наследник своевременно не отказался от договора, то он считается вступившим в договорную позицию и отвечает в будущем за свое собственное нарушение договора, причем отвечает без применения ограничения в виде стоимости унаследованного имущества, как за свой личный долг.

Если от участия в такой договорной программе отказываются все наследники, договор прекращается.

Наконец, возможна и модель *opt-out*, уточненная правилом общей руки, согласно которой отказаться от договора могут только все наследники совместным волеизъявлением.

Кроме того, в рамках модели *opt-out* правом на отказ должен надеяться и контрагент, если у него есть разумные основания не желать осуществлять экономический обмен с неизвестным лицом с учетом значимого возрастания риска неисправности правопреемников наследодателя (п. 2 ст. 328 ГК РФ), и его легитимный интерес заслуживает защиты с точки зрения принципа доброй совести.

Вопрос о том, какая модель подразумевается в российском праве, сложно однозначно ответить с учетом скудости судебной практики. Судя по всему, речь идет о модели *opt-out*. Эта модель лучше сочетается с концепцией универсального преемства. Как минимум несколько разъяснений и определений ВС РФ наводят на мысль, что вариант *opt-in* точно отвергается.

При этом вопрос о взыскании с наследников убытков в связи со срывом договорной программы при прекращении договора в рамках любой из описанных моделей также может обсуждаться, но он является крайне дискуссионным (см. п. 1.4 комментария к настоящей статье).

3.2.1. Примеры из практики ВС РФ

Одним из примеров является Определение СКГД ВС РФ от 13 апреля 2021 г. № 4-КГ21-3-К1. Здесь Суд признал, что в случае смерти лица, выступающего в качестве покупателя по предварительному договору, его *права и обязанности* по такому договору переходят к наследникам и уже те обязаны заключить основной договор по требованию продавца, внести оставшуюся часть цены и вправе

требовать передачи недвижимости. Иначе говоря, ВС РФ однозначно высказался в пользу того, что автоматического прекращения договорной программы в подобных ситуациях не происходит. В данном споре продавец не требовал от наследников покупателя заключить основной договор по суду, а просто, посчитав поведение наследников, отказавшихся после смерти покупателя выкупить имущество по требованию продавца, нарушением договора и отказался возвращать задаток (т.е. речь шла об ответственности наследников покупателя). Но, судя по мотивировке судебного акта, Суд поддержал бы и иск о понуждении наследников к заключению договора. При этом наследники явно выражали нежелание выкупить ту недвижимость, которую хотел приобрести наследодатель, но право наследников покупателя на отказ от договора Суд не признал.

То, что Суд признал смерть покупателя не влекущим автоматического прекращения предварительного договора, соответствует логике универсального преемства. Но не поступаем ли мы чересчур жестко, заставляя наследников выкупать вещь, которая, вполне возможно, была нужна в большей степени самому наследодателю? Представим, что речь шла о каком-то уникальном оборудовании, которое наследодатель хотел использовать в своем бизнесе, или контрольном пакете акций. Для наследников это предоставление может не иметь никакой ценности, и более того, оно может привести их к серьезным проблемам, связанные с транспортировкой, приемкой, складированием, обеспечением безопасности вещи либо принятием участия в управлении хозяйственным обществом. Здесь чувствуется некая несправедливость и даже экономическая неэффективность. Индивидуализм расщепляет интересы близких родственников, эта реальность осознается всеми участниками в момент вступления в договор, и при этом, как уже отмечалось, обсуждение включения в договор оговорки *mortis causa* считается дурным тоном, плохой приметой. В этом плане не следует ли восполнить программу договора на основании п. 2 ст. 6 ГК РФ правом наследников на отказ от договора купли-продажи при наличии уважительных причин с возложением на наследников бремени возмещения убытков контрагента (в пределах стоимости унаследованного имущества)? Это кажется вполне разумным, но в данном определении этот аспект не прозвучал, так как сам спор не касался принуждения к исполнению покупателя к выкупу, и продавец сам был не против прекращения договора, настаивая лишь на сохранении за ним задатка.

Возможно, в каком-то ином деле в ситуации, когда наследники покупателя выразят готовность покрыть убытки продавца, а продавец

тем не менее не примет их предложение о расторжении, а подаст иск об исполнении обязательства в натуре, у Суда будет повод прояснить свою позицию по данному вопросу.

В другом примере ВС РФ, подтверждая наследственное преемство в договорной позиции, признал допустимым правопреемство в договорной позиции продавца после его смерти, несмотря на то что основная часть обязательств покупателя к моменту смерти продавца не была исполнена, а должна была погашаться позднее в рамках графика рассрочки (Определение СКГД ВС РФ от 21 мая 2019 г. № 56-КГ19-2). Но что, если бы после заключения такого договора скончался покупатель, и его наследники потребовали бы от продавца передачи им недвижимости на условиях подобной рассрочки платежа? Неужели суд не признал бы право продавца на отказ от договора? Вынуждать продавца предоставлять коммерческий кредит незнакомцам абсурдно.

Резюмируя, заметим: эти примеры подтверждают, что договорная позиция в синаллагматических договорах, согласно практике ВС РФ, переходит к наследникам. Тот же вывод следует и из п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9, в котором Суд разъясняет, что к наследникам переходит обязанность наследодателя по оплате коммунальных услуг за период после открытия наследства. Но пока нет ясных подтверждений признанию в российском праве возможности отказа от договора со стороны наследников при наличии уважительных причин (с возмещением контрагенту убытков в пределах стоимости унаследованного имущества) и отказа от договора со стороны пережившего контрагента.

3.3. Простое товарищество

Отдельную проблему составляет договор простого товарищества. Здесь законодатель нам предлагает следующее решение. Согласно п. 1 ст. 1050 ГК РФ смерть одного из товарищей прекращает весь договор, если только самим договором или заключенным после смерти соглашением переживших товарищей не предусмотрено сохранение договора с сократившимся составом участников, либо если в договоре не предусмотрено, что при смерти стороны его договорная позиция переходит наследникам. Похожее решение закреплено в немецком праве (§ 727 ГГУ).

Вопрос о том, как может работать условие договора о преемстве договорной позиции при множественности наследников, требует отдельного анализа. Пока на практике в российском праве он почти не возникает в силу ограниченности масштабов использования самой конструкции простого товарищества.

3.4. Специфика преемства в договорной позиции стороны синаллагматического договора, неразрывно связанной с обладанием умершей стороной абсолютным правом на некое имущество

Спорные вопросы возникают касательно преемства в договорной позиции в отношении договоров, в рамках которых а) исполнение одной их сторон своих обязательств направлено на принадлежащее умершему контрагенту индивидуально-определенное имущество и удовлетворяет интерес такого собственника, б) исполнение умершей стороной обязательства предполагает распоряжение этой стороной объектом абсолютного права на индивидуально-определенное имущество либо в) исполнение умершей стороной своих обязательств иным образом немыслимо без обладания абсолютным правом на некое индивидуально-определенное имущество.

Проблема во всех трех ситуациях в том, что в случае смерти абсолютное право на данное имущество может перейти по завещанию или в результате раздела наследства одному из наследников, и тогда возникает вопрос о том, к кому переходит по умолчанию договорная позиция: только лишь тому из наследников, у которого оказалось соответствующее имущество в результате наследования, или всем наследникам?

Примеры первой категории случаев — это договоры, обеспечивающие коммунальное или иное подобное обслуживание конкретного объекта недвижимости, обеспечение квартиры доступом к Интернету, почтовое обслуживание собственника помещения, ремонт объекта недвижимости, вывоз твердых бытовых отходов с конкретного объекта и т.п. Абзац пятый п. 60 Постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 вроде бы указывает на то, что преемство в договорной позиции потребителя коммунальных услуг происходит. Но к кому переходит договорная позиция потребителя в таких договорах? Если у наследников возникает общая долевая собственность на приобретенный объект недвижимости, то они вступают в договорную позицию по таким договорам коллективно, и, если ни они, ни контрагент не откажутся от договора, в дальнейшем договор будет исполняться с новым субъектным составом, причем наследники будут отвечать за его дальнейшее исполнение своим личным имуществом.

Но, если имущество отходит лишь одному из наследников по завещанию или в рамках раздела наследства, кажется логичным, чтобы договорная позиция переходила исключительно к такому наследнику. Предоставление по договору в виде оказания соответствующих услуг будет причитаться именно такому наследнику, другие просто не имеют интереса в получении предоставления, и было бы справедливо, что-

бы только вступивший в право собственности наследник был обязан осуществлять встречное предоставление.

Примеры второй категории – это договоры купли-продажи, мены, заключенные умершим впоследствии собственником, если смерть случилась до передачи индивидуально-определенного имущества. Логично ли исходить из того, что на договорную позицию отчуждающей право собственности стороны заступают все наследники, включая тех, которым не достается абсолютное право на имущество? Если да, то тот из них, кто получает право собственности, обязан произвести отчуждение, а остальные обязуются обеспечить такое отчуждение: все они будут солидарно отвечать за последующее нарушение обязательства, причем, судя по всему, вне пределов стоимости унаследованного имущества, но и встречное предоставление будет причитаться в равных долях всем наследникам. Возможно, в таком решении есть логика.

Но если занять такую позицию, следует признать, что каждый из наследников, кроме того, к кому отошел объект, может отказаться от участия в договоре, и тогда он не будет ни нести солидарную ответственность за передачу имущества новым собственником и качество предоставления, ни получать встречное предоставление. Тот наследник, который унаследовал вещь, должен иметь право на отказ, только если исполнение для него крайне затруднительно, но в этом случае он должен возместить убытки в пределах стоимости унаследованного имущества. Например, договор мог предусматривать доставку продавцом вещи на другой континент, осуществление таможенной очистки и т.п. Пенсионер, унаследовавший данную вещь после смерти наследодателя, может быть просто не в состоянии обеспечить исполнение такого обязательства, и тогда он может трансформировать свое обязательство в денежное.

Впрочем, может обсуждаться и такое решение, в рамках которого права и обязанности стороны договора купли-продажи (долг по передаче имущества и право требования оплаты) перейдут исключительно тому наследнику, которому по завещанию или в силу раздела наследства переходит само соответствующее имущество. Вопрос в российском праве не прояснен.

В любом случае контрагент также должен быть наделен правом на отказ от договора, если осуществление обмена с неизвестным ему лицом таит в себе те или иные объективные опасности и повышенные риски, и такая реакция соответствует доброй совести (что особенно очевидно, если такой контрагент должен был осуществить коммерческое кредитование и выплачивать аванс или предоплату).

Примеры третьей категории – это корпоративные договоры или соглашения о порядке использования объекта общей долевой собственности. Исполнять такие договоры, не обладая долей участия в хозяйственном обществе или долей в общей долевой собственности, как правило, немыслимо, но и встречное предоставление имеет ценность только для обладателя доли. Если умирает сторона корпоративного договора, к кому переходят права и обязанности по такому договору: только к тому из наследников, к кому перешел пакет акций или доля в ООО, или ко всем наследникам? И переходят ли они вообще с учетом того, что данные договоры предельно близки конструкции простого товарищества, а, как уже отмечалось, согласно п. 1 ст. 1050 ГК РФ, смерть одного из товарищей по общему правилу прекращает весь договор, и никакого преемства в договорной позиции не происходит?

Вопрос этот крайне спорный и пока в российском праве не разрешен. Не исключено, что суды все-таки не будут распространять правила о простом товариществе на указанные виды сделок и поддержат подход с переходом договорной позиции к тому из наследников, которому досталось абсолютное право на соответствующее имущество (естественно, с правом наследников или контрагентов при наличии достаточных с точки зрения принципа доброй совести основания отказать от договора).

Впрочем, эти выводы по всем трем указанным выше случаям носят достаточно умозрительный характер. Никакой сложившейся доктрины и развернутой судебной практики по данной проблематике в российском праве нет.

Дополнительная литература

[Наследственное право: постатейный комментарий к статьям 1110–1185, 1224 Гражданского кодекса Российской Федерации](#) [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. Е.Ю. Петров. М., 2018 (автор комментариев к ст. 1112 и 1175 ГК РФ – *Е.Ю. Петров*).

Останина Е.А. Банкротство наследственной массы: в поисках баланса между интересами кредиторов и наследников // Судья. 2017. № 6. С. 58–61.

Суворов Е.Д. Особенности реализации принципа равенства кредиторов наследодателя при банкротстве наследственной массы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 10. С. 52–60.

Шишмарева Т.П. Правовое регулирование ответственности наследников по обязательствам наследодателя при недостаточности наслед-

ственной массы // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 10. С. 41–45.

Ягельницкий А.А. К вопросу о неразрывной связи права с личностью: преемство в праве требовать компенсации морального вреда и вреда, причиненного жизни или здоровью // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13. № 2. С. 60–91.

Статья 419. Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица

Обязательство прекращается ликвидацией юридического лица (должника или кредитора), кроме случаев, когда законом или иными правовыми актами исполнение обязательства ликвидированного юридического лица возлагается на другое лицо (по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и др.).

Комментарий

1. Общее правило

В силу п. 1 ст. 61 ГК РФ ликвидация юридического лица по общему правилу влечет его прекращение без универсального правопреемства. Согласно же ст. 419 ГК РФ прекращение участвующего в обязательстве на стороне должника или кредитора юридического лица прекращает по общему правилу и само обязательство, если в силу закона или иного правового акта в такой ситуации не происходит сингулярное правопреемство в обязательстве.

Статья 419 ГК РФ применяется к любым случаям ликвидации, в том числе к: а) добровольной ликвидации; б) принудительной ликвидации в судебном порядке по иску органа публичной власти за те или иные нарушения, а также по иным установленным в законе основаниям; в) принудительной ликвидации в судебном порядке по иску учредителя (участника) юридического лица в случае невозможности достижения целей, ради которых юридическое лицо создано, в том числе если осуществление его деятельности становится невозможным или существенно затрудняется; г) ликвидации по итогам завершения банкротных процедур; д) прекращению недействующего юридического лица (ст. 64.2 ГК РФ) в результате исключения его из ЕГРЮЛ в административном порядке (на последнее прямо указано в абзаце втором п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6), сюда же относятся предусмотренные п. 6 ст. 62 ГК РФ случаи исключения

из ЕГРЮЛ юридического лица при невозможности его ликвидации ввиду отсутствия средств на необходимые для ее осуществления расходы и невозможности возложить эти расходы на его учредителей (участников).

По логике закона, в связи с ликвидацией организации прекращаются все виды обязательств, которые не были исполнены и продолжали связывать (управомачивать) организацию к моменту ее ликвидации, а также кредиторские обязанности принять исполнение или содействовать ему.

Законодатель исходил из того, что поскольку при ликвидации нет универсального правопреемства и больше нет самого участвующего в обязательстве юридического лица, то обязательство должно прекращаться. Обязательство представляет собой правовую связь нескольких лиц, и, если исчезают кредитор или должник, правовая связь существовать просто логически не может. Исключения возможны в тех случаях, в которых в силу того или иного правового основания ликвидация влечет сингулярное преемство в конкретном обязательстве.

Данная идея кажется простой и очевидной, но, как будет далее показано, в реальности ситуация оказывается несколько сложнее. Преемство в обязательстве, привязанное к ликвидации, оказывается куда более распространенным, чем может показаться на первый взгляд, а сфера действия общего правила — куда менее широкой.

2. Применимость к ситуациям ликвидации организации-должника

Согласно п. 5.1 ст. 64 ГК РФ считаются погашенными при ликвидации юридического лица:

— требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества ликвидируемого юридического лица и не удовлетворенные за счет имущества лиц, несущих субсидиарную ответственность по таким требованиям, если ликвидируемое юридическое лицо в случаях, предусмотренных ст. 65 ГК РФ, не может быть признано несостоятельным (банкротом);

— требования, не признанные ликвидационной комиссией, если кредиторы по таким требованиям не обращались с исками в суд;

— требования, в удовлетворении которых решением суда кредиторам отказано.

В соответствии с п. 9 ст. 63 ГК РФ ликвидация считается завершенной с момента внесения об этом записи в ЕГРЮЛ. Соответственно, с этого момента указанные выше требования кредиторов по букве закона считаются погашенными, т.е. прекращаются. *A fortiori* прекращаются и те требования, которые в принципе не были предъявлены

ликвидатору после опубликования сведений о запуске процедуры ликвидации (при этом следует иметь в виду, что требования, удовлетворенные вступившим в законную силу решением суда, в силу п. 2 ст. 63 ГК РФ подлежат включению в ликвидационный баланс независимо от их предъявления ликвидатору).

Если в ходе ликвидации обнаруживается, что организация несостоятельна, возбуждается дело о банкротстве и ликвидация происходит по правилам о банкротстве (абзац второй п. 4 ст. 62, абзац второй п. 4 ст. 63 ГК РФ).

В случае ликвидации организации по результатам банкротных процедур как при переходе в эту стадию из процесса принудительной или добровольной ликвидации, так и при первоначальном возбуждении дела о банкротстве по инициативе должника или кредиторов, неудовлетворенные за счет конкурсной массы требования кредиторов погашаются. Согласно п. 9 ст. 142 Закона о банкротстве требования кредиторов, не удовлетворенные по причине недостаточности имущества должника-организации, а также требования кредиторов, не признанные конкурсным управляющим, если кредитор не обращался в арбитражный суд или такие требования признаны арбитражным судом необоснованными, считаются погашенными.

В ряде случаев списание этого долга должника-организации не лишает кредитора возможности потребовать привлечения к субсидиарной ответственности третьих лиц, если для этого есть основания. Например, в силу п. 7 ст. 63 ГК РФ в случаях, если законом предусмотрена субсидиарная ответственность собственника имущества учреждения или казенного предприятия по обязательствам этого учреждения или этого предприятия, при недостаточности у ликвидируемых учреждения или казенного предприятия имущества, на которое в соответствии с законом может быть обращено взыскание, кредиторы вправе обратиться в суд с иском об удовлетворении оставшейся части требований за счет собственника имущества этого учреждения или этого предприятия. Кроме того, ликвидация организации-должника не препятствует кредитору при соблюдении ряда условий обратиться с требованием к лицам, выступающим в качестве поручителя или залогодателя по данному долгу, так как ликвидация организации-должника сама по себе не прекращает обеспечительные обязательства (п. 1 ст. 335, п. 1 ст. 367 ГК РФ; п. 32 Постановления Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45; Определение СКГД ВС РФ от 19 ноября 2019 г. № 5-КГ19-178). Но в обоих случаях речь не идет о том, что долг, обременяющий ликвидированную организацию, сохраняется. С субсидиарными должниками или обеспечи-

телями у кредитора существует или возникает в связи с ликвидацией самостоятельное обязательственное правоотношение. На корректность тезиса о прекращении обязательства ликвидацией должника эти примеры не влияют.

2.1. Акселерация долгов

Согласно п. 4 ст. 61 ГК РФ с момента принятия решения о ликвидации юридического лица срок исполнения его обязательств перед кредиторами считается наступившим.

Речь здесь идет об обязательствах, по которым наступили все условия для их созревания, кроме срока исполнения. Например, долг по возврату предоставленного займа, срок исполнения которого должен наступить в будущем, в свете ликвидации организации-заемщика должен быть погашен немедленно.

Если долг организации был обусловлен предварительным или одновременным осуществлением кредитором встречного исполнения и такое встречное исполнение не осуществлено до принятия решения о ликвидации, долг не созревает, а прекращается. Например, если организация-покупатель должна была уплатить цену после поставки товара, но далее эта организация ликвидируется до поставки ей товара, ее кредиторская обязанность принять товар прекращается, товар уже не будет поставлен, а следовательно, не будет оснований для осуществления оплаты, синаллага просто разрушается. В этом плане досрочное созревание долга по оплате просто немыслимо.

Если обязательство должника-организации было обусловлено наступлением отлагательного правосделочного условия или условия права, долг, естественно, не созревает досрочно, так как для созревания долга требуется наступление условия, а оно пока не наступило. Впрочем, здесь возникает сложный вопрос о возможности конвертации условного долга в безусловный за счет умножения на вероятность и досрочное созревание этого «ожидаемого» (т.е. с поправкой на вероятность) значения долга. Например, что, если в результате банкротства ликвидируется сторона, которая согласно договору должна выплатить другой стороне возмещение имущественных потерь на случай наступления того или иного обстоятельства в пределах оговоренного срока, на момент ликвидации данное обстоятельство так и не наступило, но срок еще не истек, и вероятность наступления данного обстоятельства в будущем в пределах указанного срока не ничтожна? Акселерация долга по возмещению потерь по номиналу, без поправок на вероятность обнаружения дефекта, вызывает очевидные сомнения, равно как и полное списание долга. Этот вопрос пока в российском праве не разрешен. В зарубежном праве вопрос о судьбе условных

долгов при банкротстве должника решается по-разному (подробнее см. комментарий к ст. 327.1 ГК РФ).

Также может вызывать вопросы механика акселерации в ситуации, когда срок, в течение которого при отсутствии ликвидации ликвидируемая организация должна была осуществлять периодические платежи, не определен точно, а зафиксирован путем отсылки к обстоятельству, которое наступит неизбежно, но точно неизвестно когда (классический пример – осуществление периодических выплат в течение жизни кредитора). В такой ситуации не определен общий объем таких предоставлений, он предопределяется периодом существования обязательства. Если должник-организация ликвидируется, акселерация затрудняется: неизвестно, какой объем предоставлений подвергать акселерации, так как неизвестно, сколько еще просуществовало бы обязательство по осуществлению периодических выплат, не произойди ликвидация должника. Здесь требуется обнаружить тот или иной механизм капитализаций будущих выплат. Согласно п. 2 ст. 1093 ГК РФ «в случае ликвидации юридического лица, признанного в установленном порядке ответственным за вред, причиненный жизни или здоровью, соответствующие платежи должны быть капитализованы для выплаты их потерпевшему по правилам, установленным законом или иными правовыми актами». Подробные правила капитализации, включающие в себя ожидаемые сроки дожития, принимаемые при расчете капитализации, см. ст. 135 Закона о банкротстве и Постановление Правительства РФ от 9 июля 2019 г. № 872.

Если акселерация приводит к досрочному созреванию обязательства, которое сейчас, досрочно выполнить невозможно (например, подвергнут акселерации долг продавца по отчуждению помещения в строящемся здании, которое еще не построено), должна происходить трансформация такого долга ликвидируемой организации в возврат контрагенту полученного от него встречного предоставления и возмещение убытков в связи со срывом договора. Такие обязательства погашаются в ходе ликвидационной процедуры.

В ряде случаев акселерация может нарушить права кредитора, который не планировал получать предоставление ранее назначенного в договоре срока. Это актуально для тех случаев, когда срок исполнения обязательства был установлен в интересах кредитора, и кредитор не обязан принимать исполнение до наступления срока. Получается, что ликвидация должника вынуждает его смириться с необходимостью досрочного исполнения. Это может ввергнуть кредитора в убытки. Например, если речь идет о возврате процентного займа или кредита, досрочный возврат долга может лишить кредитора возможности получить

проценты, которые при отсутствии ликвидации заемщик был обязан платить. В ряде других случаев досрочное принятие товара может потребовать от покупателя повышенных издержек на организацию приемки. По логике такие убытки должны быть возмещены при ликвидации.

Часто ликвидируется сторона договора, предполагающего осуществление периодических обменных операций. Например, представим договор поставки, по которому поставщик был обязан ежемесячно отгружать определенный объем продукции в течение нескольких лет с условием об отсрочке платежа. Акселерация обязательства поставщика по поставке всех этих десятков партий вряд ли, в принципе, возможна и соответствует интересам покупателя. В подобных ситуациях обязательство должника, видимо, трансформируется в обязательство покрыть убытки в связи со срывом договорной программы (подробнее см. п. 2.3 комментария к настоящей статье). То же касается и случая ликвидации должника, обязанного по осуществлению предоставлений по абонентскому договору.

2.2. Судьба обязательства по осуществлению открывающего предоставления

Если речь идет о долге по осуществлению открывающего предоставления в рамках синаллагматического договора (например, обязанность предоставить кредит, внести предоплату, передать вещь на условиях отсрочки платежа и т.п.), судьба такого обязательства при ликвидации должника может вызывать споры. Если речь, например, шла о долге по передаче товара на условиях рассрочки платежа, внесении предоплаты или предоставлении займа по консенсуальному договору займа, теоретически мыслимы исполнение такого обязательства в ходе ликвидационных процедур и продажа с торгов требования к контрагенту об осуществлении встречного исполнения либо немедленное получение встречного предоставления.

Если речь идет о ликвидации по итогам банкротных процедур, конкурсный (внешний) управляющий может решить отказаться от такого еще не исполненного ни одной из сторон договора по правилам п. 4 ст. 102 и п. 3 ст. 129 Закона о банкротстве, если посчитает реализацию обмена невыгодной для конкурсной массы. Может в свете объявления должника банкротом отказаться от такого договора и контрагент по п. 2 ст. 328 ГК РФ. Но если никто из сторон не откажется от договора и управляющий увидит в реализации данной обменной сделки способ пополнить конкурсную массу (например, из-за резкого скачка цен покупка соответствующего актива по закрепленной в ранее заключенном договоре цене для конкурсной массы крайне выгодна, так как позволяет перепродать вещь с торгов и получить чистую выгоду

за счет ценовой разницы), то он должен организовать осуществление предшествующего предоставления из массы во внеочередном порядке, чтобы заслужить право на получение встречного предоставления.

2.3. Убытки за срыв договорной программы при ликвидации должника

Если началась процедура ликвидации организации-должника, а ликвидация повлечет прекращение всего или части встроенных в договорную программу обязательств, которые невозможно или нецелесообразно подвергнуть акселерации, налицо аналог прекращения обязательства невозможностью исполнения, причем по основаниям, за которые отвечает должник. Следовательно, кредитор вправе в такой ситуации отказаться от договора с должником и потребовать от ликвидатора или конкурсного управляющего учета и удовлетворения своего требования о возмещении убытков за срыв контракта по правилам п. 2 ст. 328, ст. 393.1 и п. 5 ст. 453 ГК РФ.

Если, например, по решению участников ликвидируется организация-поставщик, которая по долгосрочному договору обязана снабжать покупателя ежемесячно нефтепродуктами, это влечет прекращение обязательств поставщика на будущее, а также и встречных обязательств покупателя по оплате будущих поставок, которые уже не будут осуществлены. По сути, договор разрывается. Это может причинить покупателю убытки, вызванные тем, что цены на рынке за это время выросли, и покупателю придется заключать замещающую сделку по более высокой цене. Покупатель в такой ситуации, узнав о начале процедур ликвидации, может отказаться от договора и потребовать возмещения убытков по модели защиты позитивного договорного интереса (п. 2 ст. 328, п. 5 ст. 453, ст. 393.1, ст. 524 ГК РФ).

То же и в случае банкротства организации-должника. Конкурсный (внешний) управляющий может произвольно отказаться от длежащего договора, и в этом случае по правилам п. 4 ст. 102 и п. 3 ст. 129 Закона о банкротстве конкурсная масса обязана возместить контрагенту убытки. Но, если он этого не делает, от такого договора в свете открытия конкурса может отказаться контрагент на основании правил п. 2 ст. 328 ГК РФ о предвидимом нарушении и потребовать от конкурсной массы возмещения убытков за срыв договора по модели защиты позитивного договорного интереса.

В той степени, в которой право на отказ контрагента в связи с предстоящей ликвидацией по той или иной причине заблокировано законом во имя обеспечения устойчивости функционирования организации-должника на стадии конкурсного производства или тех или иных реабилитационных процедур, и соответствующее обязательство прекратится только в момент фактической ликвидации организации-

должника, кредитор должен иметь право в качестве компенсации получить возможность возмещения позитивного договорного интереса в связи со срывом контракта при распределении имущества ликвидированной организации. Впрочем, детали реализации этого механизма пока не вполне разработаны.

Проблема может возникать в ситуации, когда организация-должник прекращена как недействующее юридическое лицо путем исключения из ЕГРЮЛ в административном порядке согласно ст. 64.2 ГК РФ. Кредитор, отслеживая соответствующие публикации и увидев сообщение о планах налогового органа исключить должника из ЕГРЮЛ как недействующую организацию, может воспользоваться правом на отказ от договора по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ, что повлечет созревание долга у организации по возмещению убытков вместо реального исполнения. После этого кредитор может своевременно возразить против исключения должника из реестра и тем самым остановить процедуру исключения организации из ЕГРЮЛ (ст. 21.1 Закона о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей). Если он не заметил данную публикацию и «пропустил» исключение организации-должника из ЕГРЮЛ, в ряде случаев он может обжаловать исключение должника из реестра (Определение СКЭС ВС РФ от 23 марта 2021 г. № 305-ЭС20-16189). В остальных случаях он должен иметь возможность принять участие в распределении оставшегося имущества должника после его ликвидации по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ (подробнее о данной процедуре см. п. 2.7 комментария к настоящей статье), при этом должно быть учтено его требование о возмещении всех убытков за срыв договора, как если бы речь шла о прекращении обязательств сторон невозможностью исполнения по обстоятельствам, за которые отвечал должник (п. 1 ст. 416 ГК РФ). Например, если налоговый орган неожиданно для арендодателя исключил из ЕГРЮЛ арендатора, что прекратило на будущее правоотношения сторон, у арендодателя возникает требование о возмещении убытков в виде ценовой разницы между договорной ценой и более низкой текущей рыночной ставкой арендной платы (абстрактные убытки по ст. 393.1 ГК РФ). Было бы несправедливо, если бы ликвидация арендатора лишала арендодателя возможности взыскать такие убытки за счет оставшегося после ликвидации имущества арендатора.

2.4. Условный аспект синаллагмы

В той степени, в которой прекращается в силу ликвидации обязательство должника, должно прекращаться в силу условного аспекта синаллагмы и встречное обязательство (подробнее об этом аспекте встречности см. комментарий к ст. 328 ГК РФ). Например, если

ликвидируется покупатель, который должен был внести предоплату, и долг по выплате такой предоплаты прекращается в результате исключения покупателя из ЕГРЮЛ в административном порядке, должно прекращаться и обязательство контрагента о поставке товара. Даже если ликвидируемый должник ранее, до осуществления своего исполнения, уступил свое встречное требование к контрагенту третьему лицу, а далее ликвидация должника прекратила обязательство должника, контрагент вправе противопоставить цессионарию возражение о прекращении своего встречного обязательства в силу прекращения обязательства должника (ст. 386 ГК РФ).

Если ликвидированный должник был стороной синалагматического договора, ранее получил встречное предоставление, но его собственное обязательство прекращается в связи с ликвидацией по причине невозможности или нецелесообразности акселерации, он должен, помимо возмещения убытков за срыв договорной программы, осуществить возврат полученного встречного предоставления или возместить его денежную стоимость. Это происходит в сценарии отказа контрагента, узнавшего о начале процедуры ликвидации, от договора по правилам п. 2 ст. 328 ГК РФ. Если организация была исключена из ЕГРЮЛ в административном порядке, такой кредитор может представить свое требование о возврате встречного предоставления (или его денежного эквивалента) к процедуре распределения оставшегося имущества ликвидированной организации по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ.

2.5. Так какие долги прекращаются?

С учетом сделанных выше уточнений суммируем и определим те долги, которые прекращаются согласно ст. 419 ГК РФ.

Во-первых, это долги, которые в принципе не могут быть учтены и погашены в ходе соответствующей процедуры ликвидации организации либо могут быть обоснованно отвергнуты ликвидатором (либо конкурсным управляющим) по тем или иным правовым основаниям: например, долги, обусловленные встречным исполнением, которое не осуществлено до принятия решения о ликвидации, или долги по натуральным обязательствам.

Во-вторых, долги, которые теоретически могли быть учтены и погашены в ходе ликвидации, но не были своевременно представлены кредитором к погашению согласно установленной процедуре и поэтому не были учтены ликвидатором или конкурсным управляющим организации-должника при распределении имущества организации.

В-третьих, долги, которые были предъявлены к погашению в ходе ликвидации, но не были погашены в силу недостаточности имущества ликвидированной организации по итогам банкротной процедуры.

Все эти обязательства организации-должника в момент ликвидации считаются по общему правилу прекращенными. Но здесь следует обратить внимание на ряд важнейших исключений.

2.6. Исключения из правила ст. 419 ГК РФ, связанные с правопреемством

Признавая ликвидацию юридического лица основанием прекращения обязательств, в которых оно участвует в качестве должника, ст. 419 ГК РФ допускает существование предусмотренных законом или иными правовыми актами изъятий из указанного правила. Эти изъятия могут состоять в том, что в качестве последствия ликвидации организации-должника из позитивного права или его толкования вытекает сингулярное правопреемство в конкретном обязательстве.

Например, в силу п. 2 ст. 700 ГК РФ «в случае... ликвидации юридического лица — ссудодателя права и обязанности ссудодателя по договору безвозмездного пользования переходят к... лицу, к которому перешло право собственности на вещь». Такие обязательства и права перейдут к тому, кто приобретет объект ссуды на торгах, либо к участнику или учредителю организации при распределении ликвидационной квоты.

То же должно касаться и всех иных подобных случаев, когда обязательства должника представляют собой «обязательственный эскорт» предоставления ограниченного вещного права или автономные реальные обязательства. Например, если ликвидируется арендодатель и право собственности на объект недвижимости переходит к третьему лицу, выигравшему торги, или в режиме ликвидационной квоты участнику или учредителю организации, аренда должна сохраняться, а обязательства арендодателя должны переходить к новому собственнику в силу п. 1 ст. 617 ГК РФ (исключением здесь является п. 2 ст. 40 Закона об ипотеке, согласно которому продажа с торгов — в том числе банкротных — заложенной недвижимости может при определенных условиях прекратить аренду, но и здесь обязательства прекратятся не ликвидацией, а продажей вещи с торгов). Тот же подход применим к договору найма жилого помещения (ст. 675 ГК РФ).

Если ликвидируется залогодатель, право залога и сопутствующие ему обязательственные права залогодержателя сохраняются (ст. 353 ГК РФ), и теперь ими обременяется новый собственник предмета залога, которому вещь была продана в ходе ликвидации или передана в составе ликвидационной квоты. Исключения могут быть оговорены в законе (например, подп. 2 п. 1 ст. 352 и ст. 357 ГК РФ). То же и с ликвидацией плательщика ренты: следующее за правом собственности на вещь в качестве обременения реальное обязательство по уплате

рентных платежей переходит к новому собственнику недвижимости, отчужденной ранее под выплату ренты (п. 1 ст. 586 ГК РФ).

Впрочем, из закона в ряде случаев выводятся некоторые труднообъяснимые исключения. Так, в силу п. 4 ст. 1037 ГК РФ при объявлении правообладателя по договору франчайзинга банкротом договор коммерческой концессии прекращается. Это очень странно, так как по логике право на использование объекта исключительного права и весь «обязательственный эскорт» этого права должны сохраниться: эти права в качестве обременения должны перейти к новому владельцу исключительного права. При этом, строго говоря, и эта норма не является исключением из правил комментируемой статьи, так как обязательства сторон прекращаются не в момент ликвидации, а ранее — в момент объявления должника банкротом.

2.7. Ликвидация организации, у которой осталось не учтенное в ходе ликвидации имущество

Может случиться, что организация-должник ликвидируется в результате банкротства, добровольной ликвидации, принудительной ликвидации по суду либо прекращается как недействующее юридическое лицо путем исключения из ЕГРЮЛ на основании ст. 64.2 ГК РФ, сингулярное правопреемство в отношении соответствующего долга в силу специальных норм закона на случай ликвидации не предусмотрено, но впоследствии обнаруживается ликвидное имущество, ранее принадлежавшее данной организации, но не учтенное в процессе ликвидации.

Если такое имущество было обнаружено в течение пяти лет после ликвидации, кредитор, который не получил удовлетворение в результате ликвидации, согласно п. 5.2 ст. 64 ГК РФ может предъявить иск о назначении процедуры распределения данного имущества. К этому требованию могут присоединиться иные кредиторы. В этом случае согласно указанной норме суд назначает арбитражного управляющего, на которого возлагается обязанность распределения обнаруженного имущества ликвидированного юридического лица среди таких заинтересованных лиц — внешних кредиторов и участников (учредителей), имеющих право на ликвидационную квоту.

Согласно ГК РФ, процедура распределения обнаруженного имущества ранее ликвидированного юридического лица осуществляется по правилам ГК РФ о ликвидации юридических лиц. Это означает, что арбитражный управляющий должен, с одной стороны, опубликовать сообщение о порядке и сроке заявления требований кредиторами, принять меры по установлению состава обнаруженного имущества ликвидированного юридического лица, а также по выявлению креди-

торов, требования которых остались неудовлетворенными в результате ликвидации, уведомить всех известных кредиторов о возможности присоединения к процедуре распределения обнаруженного имущества в установленный срок. Также арбитражный управляющий должен конвертировать обнаруженное имущество в деньги (например, продав имущество с торгов по правилам п. 4 ст. 63 ГК РФ), а далее распределить среди кредиторов извлеченные таким образом средства пропорционально их непогашенным в результате ликвидации должника требованиям (*pro rata*) в соответствии с очередностью, установленной ст. 64 ГК РФ.

Заявить такое же требование о распределении могут и участники ликвидированной организации, но они вправе претендовать на участие в распределении такого обнаруженного имущества только после того, как удовлетворены все остальные, «внешние» кредиторы (п. 8 ст. 63 ГК РФ).

Согласно первоначальной идее разработчиков [проекта Концепции](#) развития законодательства о юридических лицах (рекомендован Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 68 от 16 марта 2009 г.)), при обнаружении имущества ликвидированного юридического лица после его исключения из ЕГРЮЛ суд по заявлению заинтересованного лица мог бы возобновлять процедуру ликвидации (в том числе банкротства), назначив арбитражного управляющего. Последний при достаточности имущества ликвидированного юридического лица для возобновления и проведения процедуры ликвидации (в том числе банкротства) либо при наличии иного финансирования этой процедуры мог бы распределить имущество среди кредиторов, а при их отсутствии передать его учредителям (участникам) юридического лица (п. 2.11 подразд. 5 разд. I [проекта Концепции](#)). Если бы эта идея была реализована и в п. 5.2 ст. 64 ГК РФ была включена норма именно о возобновлении ликвидации юридического лица, то, наверное, можно было бы вести речь о том, что при таком возобновлении для целей проведения процедуры ликвидации (банкротства) временно восстанавливается и правоспособность юридического лица. Таким образом, происходило бы восстановление организации, исключенной из ЕГРЮЛ, с возвратом ее на стадию ликвидации (банкротства). А восстановление организации-должника позволило бы обосновать восстановление ее ранее прекращенных в результате ликвидации обязательств.

Восстановление организации хотя бы и в чисто техническом плане могло бы снять многие проблемы и сделать процедуру распределения идентичной процедуре повторной ликвидации (банкротства).

Но законодатель на это не пошел, видимо, посчитав, что восстановление юридического лица со всеми сопровождающими этот процесс издержками нецелесообразно. Согласно п. 5.2 ст. 64 ГК РФ назначается процедура распределения обнаруженного имущества ликвидированного юридического лица, т.е. сама ликвидированная организация в рамках данной процедуры не восстанавливается, поэтому процедура распределения осуществляется при отсутствии организации-должника. Иначе говоря, процедура распределения обнаруженного имущества – это не возобновление процедуры ликвидации, а особая процедура, к которой ряд правил о процедуре ликвидации может применяться по аналогии.

Логично предположить, что если будет установлена недостаточность обнаруженного имущества ликвидированного юридического лица для удовлетворения всех не погашенных ранее требований кредиторов, то дальнейшая процедура распределения этого имущества должна учитывать ряд правил, установленных Законом о банкротстве (в первую очередь об очередности погашения предъявленных требований). И в этом случае мы сталкиваемся с той же опцией: либо а) обнаружение имущества ликвидированного юридического лица при недостаточности этого имущества для удовлетворения всех требований кредиторов является основанием для восстановления организации и возбуждения дела о банкротстве, либо б) мы продолжаем применять процедуру распределения обнаруженного имущества по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, но применяем ряд правил законодательства о банкротстве по аналогии (например, об очередности погашения требований, о субординации тех или иных требований и т.п.). Первый вариант затруднен тем, что Закон о банкротстве не содержит положений, рассчитанных на проведение банкротных процедур для распределения обнаруженного имущества уже ликвидированной организации, т.е. в отсутствие должника-организации (как это сделано в отношении банкротства наследственной массы, чему посвящена ст. 223.1 Закона о банкротстве, регулирующая условия и порядок банкротства гражданина в случае его смерти). А восстановление организации в описанной ситуации также Законом не предусмотрено. Поэтому, видимо, не остается ничего иного, кроме как признать, что в этом случае мы продолжаем применять процедуру распределения по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, а не процедурные правила банкротства (о банкротных торгах, вознаграждении арбитражного управляющего и т.п.), но вопросы очередности погашения, а также возможно некоторые иные вопросы будем решать, применяя по аналогии правила о банкротстве.

О каком обнаруженном имуществе может идти речь? Это в первую очередь движимые и недвижимые вещи, ценные бумаги, доли уча-

ствия в российских и зарубежных компаниях, исключительные права и иные имущественные права, цифровые финансовые активы и т.п. В силу прямого указания в п. 5.2 ст. 64 ГК РФ к указанному имуществу относятся также требования ликвидированного юридического лица к третьим лицам, в том числе возникшие из-за нарушения очередности удовлетворения требований кредиторов, вследствие которого заинтересованное лицо не получило исполнение в полном объеме.

Например, после ликвидации организации-должника обнаруживается принадлежавшее должнику право требования в виде остатка на том или ином банковском счете или требования к некоему дебитору ликвидированной организации о возврате займа. Или выявлены основания для взыскания причиненных ликвидированному юридическому лицу убытков с лиц, входивших в органы юридического лица либо имевших фактическую возможность определять его действия, на основании ст. 53.1, а также п. 3 ст. 64.2 ГК РФ. Согласно п. 5.2 ст. 64 ГК РФ и п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 процедура распределения обнаруженного имущества по иску кредиторов ликвидированной организации применяется и в таком случае: по мнению ВС РФ, кредиторы не могут заявить прямой иск к ее дебиторам, но вправе инициировать процедуру распределения обнаруженного обязательственного права, а назначенный судом арбитражный управляющий, судя по всему, будет либо продавать данные обнаруженные требования с торгов и полученные средства распределять среди кредиторов, либо взыскивать с дебиторов причитающееся и распределять полученное. О том, как этот аспект влияет на актуальность положений комментируемой статьи о прекращении обязательства ликвидацией организации-кредитора, см. п. 3 комментария к настоящей статье.

2.7.1. Правовая природа требования о распределении обнаруженного имущества и ее влияние на вопрос о судьбе долга ликвидированной организации

Правовая природа требования о распределении обнаруженного имущества, ранее принадлежавшего ликвидированной организации, носит дискуссионный характер и плохо изучена. Но анализа этой проблематики в контексте комментария к ст. 419 ГК РФ трудно избежать, так как от того, как мы понимаем эту процедуру, зависит сфера применения правила о прекращении обязательства ликвидацией организации-должника.

В условиях, когда право отказывается восстанавливать ликвидированную организацию-должника, процедуру распределения среди прочего можно пытаться объяснить таким образом, что обязательственные требования, ради осуществления которых кредиторы ликвидированной

организации заявляют требование о распределении обнаруженного имущества, при обнаружении имущества восстанавливаются либо вовсе не прекращаются в части стоимости оставшегося имущества, пусть и без фигуры полноценного должника. Если так, то налицо феномен бессубъектного обязательства – обязательственного правоотношения, в котором парадоксальным образом отсутствует должник (о таком феномене см. комментарий к ст. 307 ГК РФ), а требование адресовано к обезличенной имущественной массе. Фингирование сохранения требования кредиторов ликвидированной организации необходимо для того, чтобы заложить правовое основание для обращения взыскания на оставшееся имущество такой организации. Это обоснование порождает определенные сложности. Например, не вполне понятно, от чьего имени арбитражный управляющий будет продавать данное имущество третьим лицам с торгов.

Можно предложить и иные объяснения, исключающие признание бессубъектного обязательства.

Речь идет о двух следующих объяснениях.

Первое: можно помыслить, что после ликвидации организации-должника любое имущество организации, которое не было реализовано при ликвидации, считается перешедшим на абсолютном праве непосредственно сообществу лиц, имеющих право на распределение между ними обнаруженного имущества (кредиторов, а также претендующих на ликвидационную квоту учредителей или участников юридического лица). Например, обнаруженная вещь будет считаться в момент ликвидации ставшей объектом долевой собственности всех указанных лиц, к ним же перейдут абсолютные права на акции, долю в ООО, результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации и т.п. К участникам данного сообщества будут считаться перешедшими и права требования ликвидированной организации к ее дебиторам. В этом случае иск о распределении такого имущества не направлен на присуждение к исполнению обязательства ликвидированной организации-должника (ибо без должника присуждать к исполнению некого, и обязательства как личной правовой связи в принципе нет), а реализует секундарное право на ретроактивное вступление в данное сообщество, направлен на прояснение состава такого сообщества, определение долей, очередности и раздел обнаруженного имущества. Те, кто подключатся к процедуре, будут считаться подтвердившими свое ретроактивное вступление в такие абсолютные права на активы организации-должника с момента ликвидации и претендовать на распределение между ними соответствующего имущества. Те, кто не присоединятся к этой процедуре, будут считаться отка-

завшимися от вступления в это сообщество, и тогда следует считать, что этот отказ также действует ретроактивно, т.е. такие лица никогда не вступали в абсолютные права на соответствующие активы. В рамках такой интерпретации получается, что в момент ликвидации организации, у которой остались не учтенные в процессе ликвидации активы, ее долги перед кредиторами действительно прекращаются в строгом соответствии со ст. 419 ГК РФ. Вместо прав требования кредиторы получают право участия в сообществе лиц, которым принадлежат абсолютные права на такие неучтенные активы, и возможность участвовать в их распределении.

Второе возможное обоснование: может быть предложено понимание данного притязания как основанного на преобразовательном (секундарном) праве кредиторов на преимущественное перед любыми сторонними лицами присвоение бесхозяйного имущества, ставшего таковым в связи с ликвидацией бывшего собственника, т.е. праве изъять свою волю на вступление в права на данное имущество на будущее, а не ретроактивно. Как и в предыдущем случае, в рамках описываемой интерпретации мы обходимся без фингирования сохранения обязательств ликвидированной организации перед ее кредиторами, но здесь вступление в права на обнаруженные активы будет осуществляться в режиме первоначального приобретения для целей последующего распределения, а не производного сингулярного преемства, происходящего автоматически в момент ликвидации.

В рамках второго обоснования возникает ряд сложных проблем. Так, соответствующее обнаруженное имущество будет считаться бесхозяйным некоторое время, что нелегитимно в контексте обнаруженных прав требований (если мы не желаем признавать феномен бессубъектного обязательства).

Какое обоснование стоит предпочесть? Первое обоснование (автоматический переход прав на не учтенные в процессе ликвидации активы к сообществу кредитором, чьи требования не были удовлетворены в процессе ликвидации, и участников / учредителей, претендующих на ликвидационную квоту) требует более глубокой проработки на уровне различных деталей, но в целом этот подход, использующий фикцию ретроактивности вступления соответствующих кредиторов в абсолютные права, кажется более перспективным способом объяснения п. 5.2 ст. 64 ГК РФ. Тем более что подобное обоснование сейчас у нас реализовано в контексте правопреемства на случай смерти наследодателя: его имущество в момент смерти считается перешедшим в собственность наследников, а сам состав таковых определяется позднее по результатам подачи ими заявлений о вступлении

в права наследования; если наследники выразили волю на вступление в наследство, согласно российскому праву они будут считаться обладавшими правами на наследуемые активы ретроактивно; если нет, то будет ретроактивно признано, что права на имущество им никогда не принадлежали. Эта же модель может быть перенесена и в контекст ликвидации организации-должника.

Если верно данное утверждение, то у обнаруженных вещей, прав требования и иных имущественных прав, ранее принадлежавших ликвидированной организации, после ее ликвидации остается «хозяин» — это сообщество лиц, куда могут войти как внешние кредиторы, так и претендующие на ликвидационную квоту «инсайдеры», точный состав участников которого окончательно определяется позднее. После ликвидации должника требования кредиторов о погашении должником обязательств и требования участников в отношении ликвидационной квоты прекратились, но соответствующие пропорции их требований позволяют определить доли, которые присоединившиеся к процедуре распределения бывшие кредиторы и «инсайдеры» получают в соответствующих правах на данное обнаруженное имущество. В ходе процедуры распределения арбитражный управляющий будет продавать обнаруженное имущество с торгов от имени данного сообщества.

Причем, возможно, логично исходить из того, что претендовать на распределение могут только те кредиторы, которые заявили свои требования в ходе ликвидации, либо не заявили их в силу тех или иных уважительных причин, а пропорции распределения должны дублировать правила распределения, очередность и критерии субординации, предусмотренные в п. 1 ст. 64 ГК РФ, а при недостаточности обнаруженного имущества — в законодательстве о банкротстве. Следует воспроизвести, насколько это возможно, тот результат, который был бы получен, если бы данное имущество было обнаружено и учтено при ликвидации (банкротстве).

В той степени, в которой верны сделанные выводы, положение ст. 419 ГК РФ о прекращении обязательств ликвидацией организации-должника работает даже в сценарии, когда у должника осталось не учтенное имущество: требования кредиторов такой организации прекращаются, вместо этого у них появляется право вступить в права на имущество этой организации, запустив процедуру его распределения по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ.

Впрочем, читатель должен осознавать, что все эти вопросы могут вызывать жаркие споры и никакой ясности по ним на уровне практики ВС РФ нет.

2.7.2. Специфика распределения обнаруженного имущества организации-должника, ликвидированной в ходе дела о банкротстве

Что, если происходит обнаружение имущества юридического лица, ликвидированного ранее в рамках банкротных процедур? Здесь мы сталкиваемся с развилкой: либо применять процедуру распределения обнаруженного имущества по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, либо исходить из того, что обнаружение такого имущества при сохраняющейся недостаточности этого имущества для удовлетворения всех требований кредиторов является основанием для пересмотра определения о завершении конкурсного производства по вновь открывшимся обстоятельствам (п. 1 ч. 1, п. 1 ч. 2 ст. 311 АПК РФ) и возобновления дела о банкротстве. В этом последнем случае судебный акт об отмене определения о завершении конкурсного производства в результате его пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам должен являться основанием для восстановления записи о должнике-организации в ЕГРЮЛ, а следовательно, в этом случае проблема бессубъектности банкротства не возникает. Вопрос о том, какое из решений в данной ситуации реализовано в российском праве, может вызывать споры. Восстанавливать юридическое лицо в ЕГРЮЛ, ставить его на налоговый и статистический учет может показаться нецелесообразным в ситуации, когда обнаружено незначительное по стоимости имущество. Кроме того, такое имущество может обнаруживаться периодически, что потребует постоянных ликвидаций и возрождения организации. Процедура распределения имущества по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ в этом плане проще.

Поэтому, казалось бы, разумно исходить из того, что п. 5.2 ст. 64 ГК РФ должен применяться и тогда, когда организация была ликвидирована в ходе дела о банкротстве. Но здесь ситуация оказывается более запутанной.

Однозначная позиция ВС РФ по данному вопросу пока до конца не прояснена.

В ряде дошедших до ВС РФ дел речь шла об уступке требований кредиторов к ликвидированной в ходе дела о банкротстве организации. В одном из них Суд указал на применимость процедуры распределения по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ к ситуациям обнаружения имущества ликвидированной в ходе дела о банкротстве организации.

В Определении СКЭС ВС РФ от 2 сентября 2020 г. № 302-ЭС20-9010 (1, 2) речь шла о ситуации уступки требования к организации-должнику до ликвидации и о попытке оформить процессуальное правопреемство после ликвидации. В Определении СКЭС ВС РФ от 21 октября 2019 г. № 308-ЭС19-12135 сама уступка произошла по-

сле ликвидации организации-должника. Суд признал допустимость оформления правопреемства, несмотря на то что организация-должник была уже ликвидирована в ходе дела о банкротстве. В названных судебных актах указано, что согласно ст. 419 ГК РФ правило о прекращении обязательств ликвидацией юридического лица не применяется, если законом или иными правовыми актами исполнение обязательства ликвидированного юридического лица возлагается на другое лицо. По мнению ВС РФ, именно это и имеет место в соответствии с Законом о банкротстве в отношении ряда обязательств ликвидированной организации.

О каких требованиях идет речь? ВС РФ упоминает следующие требования: кредитор после ликвидации вправе взыскать убытки с конкурсного управляющего должником (п. 4 ст. 20.4 Закона о банкротстве), привлечь контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности (п. 3, 4 ст. 61.14 Закона о банкротстве), а также обратиться с иском к имуществу должника, незаконно полученное третьими лицами (п. 11 ст. 142 Закона о банкротстве). В **первом** из приведенных определений СКЭС ВС РФ также обращается внимание на возможность заинтересованных лиц инициировать судебную процедуру распределения обнаруженного имущества ликвидированного юридического лица, включая его требования к третьим лицам, в соответствии с п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, осуществляемую с привлечением арбитражного управляющего. Тем самым Суд указывает на то, что данная процедура применима и к ситуациям ликвидации в ходе дела о банкротстве.

Впрочем, как представляется, в рассуждениях ВС РФ в отношении уступки требования к уже ликвидированной организации-должнику вкралась некоторая неточность. Само обязательство ликвидированного по результатам дела о банкротстве должника прекращено и не сохраняется. То, что в ряде случаев по долгу должника будет отвечать третье лицо (например, контролирующее лицо), объясняется не тем, что к такому лицу переходит исходный долг ликвидированной организации, а тем, что у ликвидированной организации было требование к такому третьему лицу, и это требование переходит к сообществу кредиторов ликвидированной организации по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, либо тем, что у кредиторов такой организации возникает самостоятельное прямое деликтное или иное требование к третьему лицу.

В контексте сценария с ответственностью директоров и контролирующих лиц ликвидированной организации по ст. 53.1 ГК РФ, требования к таким лицам изначально принадлежали ликвидированной впоследствии организации. Эти контролирующие лица являются обычными дебиторами ликвидированной организации, и требование

к ним принадлежит имущественной массе соответствующей организации. Ликвидация организации переносит такое требование сообществу кредиторов организации, и запускается процедура распределения, указанная в п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, как если бы речь шла об ином обязательственном праве этой организации (о взыскании убытков с обычного делинквента, о возврате займа и т.п.). Соответственно, если вернуться к рассмотренным выше спорам ВС РФ, в случае, когда один из таких кредиторов решил передать другому лицу возможность поучаствовать в таком распределении, речь должна идти об уступке не требований к ликвидированному должнику (ибо они прекращены), а права на участие в распределении принадлежавших ликвидированному должнику требований к действующим правоспособным лицам: директорам или иным контролирующим должника лицам, несущим ответственность перед ликвидированной организацией по правилам ст. 53.1 ГК РФ.

То же касается и требований к лицам, незаконно получившим имущество должника. Имущество должника — юридического лица, ликвидированного в результате банкротства, незаконно полученное третьими лицами, о котором идет речь в п. 11 ст. 142 Закона о банкротстве, либо обязательственное требование о возмещении стоимости такого имущества также, вне всяких сомнений, относится к имуществу, подлежащему распределению в соответствии с процедурой, предусмотренной п. 5.2 ст. 64 ГК РФ. Эти активы принадлежали имущественной массе такой организации. Следовательно, невозможное предъявление вне данной процедуры прямых требований кредиторов к таким третьим лицам об обращении взыскания на данное имущество или о взыскании денежной его стоимости в счет удовлетворения якобы сохраняющихся исходных обязательственных требований кредиторов к ликвидированной организации. Указанные требования кредиторов, предусмотренные п. 11 ст. 142 Закона о банкротстве, должны осуществляться в рамках названной процедуры распределения обнаруженного имущества ликвидированной организации, исключительно через единого представителя (арбитражного управляющего).

Соответственно, после появления нормы п. 5.2 ст. 64 ГК РФ эти правопритязания ликвидированной в ходе дела о банкротстве организации к третьим лицам, как и любые иные имущественные права, могут осуществляться только в рамках названной процедуры распределения обнаруженного имущества ликвидированной организации, *исключительно* через единого представителя (арбитражного управляющего), а прямые требования отдельных кредиторов ликвидированной организации к таким третьим лицам невозможны (см. также абзац третий п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6).

При этом, в отличие от обычной процедуры банкротства, в рамках которой арбитражный управляющий действует от имени организации-должника, при осуществлении процедуры распределения по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ управляющий действует от имени кредиторов. Здесь работает модель представительства, исключающего возможность для представляемых осуществлять свои права самостоятельно (похожая на модель представительства, заложенную в статус управляющего залогом по п. 1 ст. 356 ГК РФ). Участие управляющего направлено на справедливое удовлетворение требований всех кредиторов *pro rata* пропорционально их непогашенным требованиям к ликвидированной организации в соответствии с предусмотренной законом очередностью их удовлетворения.

Особый случай – это ответственность арбитражного управляющего. Как разъяснено в п. 53 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 г. № 35, в ходе проведения процедур банкротства требования кредиторов о возмещении убытков, причиненных арбитражным управляющим, могут быть предъявлены только в рамках дела о банкротстве; после завершения конкурсного производства требования о возмещении упомянутых убытков, если они не были предъявлены и рассмотрены в рамках дела о банкротстве, могут быть заявлены в общеисковом порядке в пределах оставшегося срока исковой давности. Исходя из данного разъяснения, в Определении СКЭС ВС РФ от 23 марта 2015 г. № 307-ЭС14-5320 было отмечено, что само по себе завершение конкурсного производства в отношении должника и вызванное этим исключение несостоятельной организации из ЕГРЮЛ не является безусловным препятствием для последующего рассмотрения судом по существу требования о возмещении арбитражным управляющим убытков, причиненных кредитору.

Вместе с тем из п. 4 ст. 20.4 Закона о банкротстве следует, что в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения арбитражным управляющим обязанностей в деле о банкротстве убытки могут быть причинены как организации-должнику, в результате чего уменьшается конкурсная масса, а интересы конкурсных кредиторов страдают косвенно, так и непосредственно отдельным кредиторам или иным лицам, в результате чего конкурсная масса не уменьшается, а убытки терпят лишь указанные лица. Можно предположить, что в первом случае требование о возмещении убытков, факт причинения которых установлен после завершения конкурсного производства (так же, как и основанные на ст. 53.1 и п. 3 ст. 64.2 ГК РФ требования о взыскании причиненных юридическому лицу убытков с лиц, входивших в органы юридического лица или имевших фактическую возможность определять его дейст-

вия), входит в состав «обнаруженного» имущества ликвидированной организации, подлежащего распределению в соответствии с процедурой, предусмотренной п. 5.2 ст. 64 ГК РФ. И лишь во втором случае речь идет о прямых требованиях кредиторов и иных лиц к арбитражному управляющему, причинившему им убытки. Но можно попытаться обосновать вывод о том, что и в первом случае управляющий нарушает права кредиторов, если считать, что реальными кредиторами по фидуциарным обязанностям управляющего являются не только и не столько организация-банкрот, сколько конкурсные кредиторы, либо если допустить, что конкурсные кредиторы управомочены на предъявление от своего имени прямых деликтных исков к конкурсному управляющему о взыскании чистых экономических убытков за нарушение управляющим его фидуциарных обязанностей перед организацией-банкротом. В последнем случае речь пойдет о прямом групповом иске конкурсных кредиторов о взыскании убытков с управляющего, а не о применении процедуры распределения обнаруженного права требования, принадлежащего исходно ликвидированной организации. Вопрос может вызывать споры.

Еще один особый случай представляет собой также субсидиарная ответственность контролирующих лиц при банкротстве, а также при исключении из ЕГРЮЛ общества с ограниченной ответственностью в административном порядке как недействующего юридического лица. В силу специальных норм п. 3, 4 ст. 61.14 и ст. 61.19 Закона о банкротстве и п. 3.1 ст. 3 Закона об ООО требования о привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности после завершения банкротства должника или, соответственно, после исключения недействующего ООО из реестра при определенных условиях подлежат предъявлению к указанным лицам напрямую кредиторами и иными имеющими право предъявить такие требования лицами. При этом согласно п. 4 ст. 61.19 Закона о банкротстве такие требования рассматриваются по правилам о групповых исках (гл. 28.2 АПК РФ). Эти нормы, видимо, имеют приоритет перед общим правилом п. 5.2 ст. 64 ГК РФ.

Во-первых, эти правила о субсидиарной ответственности контролирующих лиц по сравнению с п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, вступившим в силу с 1 сентября 2014 г., являются более поздними (нормы п. 3, 4 ст. 61.14 и ст. 61.19 Закона о банкротстве вступили в силу с 30 июля 2017 г., а норма п. 3.1 ст. 3 Закона об ООО — с 28 июня 2017 г.).

Во-вторых, в их основе лежит идея о том, что субсидиарная ответственность контролирующих лиц носит деликтный характер, и истинными кредиторами, потерпевшими в результате незаконных действий

контролирующих лиц, здесь является не организация-должник, а ее кредиторы. То, что при привлечении к субсидиарной ответственности в ходе дела о банкротстве присуждение осуществляется в пользу организации-должника, объясняется просто удобством последующего распределения. Если же организация-должник уже ликвидирована (исключена из ЕГРЮЛ), деликтный характер такой ответственности заявляет о себе в полный рост, объясняя возможность прямого иска кредиторов.

Получается, что субсидиарная ответственность в силу прямого указания в законе выпадает из логики процедуры, указанной в п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, так как это требование по своей экономической сути и правовой природе носит деликтный характер и не принадлежало ликвидированному должнику, кредитором по нему изначально были кредиторы такого должника (пусть в ходе дела о банкротстве аналогичный иск и заявлялся бы от лица конкурсной массы, олицетворенной в организации, попавшей под конкурсные процедуры). После ликвидации один из кредиторов может инициировать групповой иск к контролирующему лицу, к которому могут присоединиться другие кредиторы. Соответственно, здесь не требуется назначение арбитражного управляющего, распределение присужденного должно осуществляться судом, а контроль за соблюдением соответствующих пропорций и очередей при взыскании с проигравшего спор контролирующего лица должны, видимо, обеспечивать приставы-исполнители. Возможно, тот же подход по аналогии может быть применен и в ситуации, когда речь идет о взыскании убытков с конкурсного управляющего.

Любопытно, что ни Закон об АО, ни законы о других организационно-правовых формах юридических лиц не содержат правила, аналогичного содержащейся в п. 3.1 ст. 3 Закона об ООО норме о возложении на лиц, указанных в п. 1–3 ст. 53.1 ГК РФ, действовавших недобросовестно или неразумно, по заявлению кредитора субсидиарной ответственности по обязательствам общества, исключенного из ЕГРЮЛ как недействующего. В связи с этим прямой иск о субсидиарной ответственности к контролирующим должника лицам без возбуждения дела о банкротстве доступен только кредиторам исключенных из ЕГРЮЛ обществ с ограниченной ответственностью. Так, в Определении СКГД ВС РФ от 18 мая 2021 г. № 4КГ21-15-К1 отмечено, что ст. 53.1 и п. 3 ст. 64.2 ГК РФ не предоставляют кредитору акционерного общества, которое было исключено из ЕГРЮЛ в административном порядке как недействующее юридическое лицо, права требовать возмещения убытков напрямую с контролировавшего должника лица, и отмены судебных актов о взыскании в пользу кредитора денежных средств в суб-

сидиарном порядке по обязательствам общества с его генерального директора. Таким образом, требования таких кредиторов, основанные на п. 3 ст. 64.2 ГК РФ, могут осуществляться только в рамках процедуры распределения обнаруженного имущества, предусмотренной п. 5.2 ст. 64 ГК РФ. Логичность такой дифференциации регулирования под большим сомнением.

2.7.3. Уступка требования после ликвидации должника

Как уже отмечалось, в судебной практике встречаются примеры того, что кредитор ликвидированной организации пытается уступить свое, казалось бы, уже прекратившееся в связи с ликвидацией должника требование в расчете на то, что в будущем может быть обнаружено имущество должника, и затем стороны такого соглашения об уступке обращаются к суду, который вел дело о банкротстве, с требованием оформить процессуальное правопреемство по уже завершенному делу о банкротстве. Суды иногда отказывают в удовлетворении таких заявлений, ссылаясь на то, что уступка уже прекращенного требования ничтожна. В то же время ВС РФ отменяет такие судебные акты и настаивает на том, что возможна уступка требования к ликвидированной организации с прицелом на перспективу предъявления исков о привлечении к субсидиарной ответственности, ряда иных производных требований к третьим лицам, а также на перспективу обнаружения имущества должника. И если в Определении СКЭС ВС РФ от 2 сентября 2020 г. № 302-ЭС20-9010 (1, 2) речь шла о ситуации уступки требования до ликвидации и попытке оформить процессуальное правопреемство после ликвидации, то в Определении СКЭС ВС РФ от 21 октября 2019 г. № 308-ЭС19-12135 Суд признал законной уступку требования, состоящую уже после ликвидации. Что же в таком случае отчуждалось, если обязательство было прекращено?

В случае, когда уступка происходит после ликвидации, более корректно вести речь об отчуждении в указанных случаях не обязательственного притязания к уже ликвидированному должнику (ибо такого требования уже нет), а либо а) права на ретроактивное вступление в права на скрытое имущество должника, которое может быть обнаружено (включая права требования ликвидированной организации к своим дебиторам), и участие в распределении данного имущества по правилам п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, либо б) прямого требования к третьим лицам (как в случае с субсидиарной ответственностью контролирующих лиц).

2.8. Исполнительное производство

Согласно п. 39 Постановления Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 исключение должника-организации из ЕГРЮЛ по решению

регистрирующего органа как недействующего юридического лица согласно п. 7 ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве влечет за собой прекращение исполнительного производства. Если у ликвидированного должника-организации осталось нереализованное имущество, за счет которого можно удовлетворить требования кредиторов, то взыскатель, не получивший исполнения по исполнительному документу, иное заинтересованное лицо или уполномоченный государственный орган вправе обратиться в суд с заявлением о назначении процедуры распределения обнаруженного имущества среди лиц, имеющих на это право, в соответствии с п. 5.2 ст. 64 ГК РФ.

3. Судьба обязательства при ликвидации организации-кредитора

Согласно ст. 419 ГК РФ обязательство прекращается ликвидацией не только организации-должника, но и организации-кредитора, если нет оснований для правопреемства.

В то же время согласно прямому указанию в п. 5.2 ст. 64 ГК РФ и п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 требование ликвидированной организации к ее дебитору, которое не было осуществлено, прекращено или уступлено до ликвидации, подлежит распределению среди кредиторов такой организации, чьи требования не были погашены в ходе ликвидации, а в оставшейся части — среди участников организации, носившей корпоративную природу (участников ООО, акционеров). Последнее связано с тем, что в силу п. 8 ст. 63 ГК РФ участники (учредители) организации, имеющие вещные права на это имущество или корпоративные права в отношении юридического лица, по общему правилу получают то имущество организации, которое осталось после удовлетворения требований внешних кредиторов в составе ликвидационной квоты.

Но как это соотносится со ст. 419 ГК РФ, говорящей, что ликвидация организации-кредитора прекращает право требования такой организации? Раз в силу п. 5.2 ст. 64 ГК РФ и п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 при наличии таких требований (т.е. имущества ликвидированной организации) после ликвидации их исходного обладателя может быть запущена процедура их распределения среди внешних кредиторов и участников (учредителей) организации, означает ли это, что данное требование ликвидированной организации к своему дебитору в реальности не прекращается в момент ликвидации?

Можно было бы предположить, что требование, принадлежавшее ликвидированной организации, действительно прекращается в момент ее ликвидации, но в случае обращения заинтересованного лица (внеш-

них кредиторов или «инсайдеров») с притязанием о распределении обнаруженного имущества ликвидированной организации-кредитора требование такой организации к своему дебитору восстанавливается. Но проблема в том, что оно просто не может воскреснуть в имущественной массе соответствующей организации, так как ликвидированная организация-кредитор в рамках данного обязательственного правоотношения при проведении процедуры распределения обнаруженного имущества согласно российскому закону не восстанавливается.

Наиболее логичный выход — считать, что при ликвидации организации неучтенные обязательственные требования данной организации к своим дебиторам считаются перешедшими к сообществу «внешних» и «внутренних» (призываемых к распределению при отсутствии или удовлетворении откликнувшихся «внешних») кредиторов данной организации. Как и в наследовании, конкретные сингулярные правопреемники определятся позднее, когда кто-то из них запустит процедуру распределения, но, когда они определятся, они будут считаться правопреемниками по данным обязательственным требованиям в соответствующих долях ретроактивно. По сути, произойдет переход в силу закона неучтенного при ликвидации требования ликвидированной организации к своим дебиторам в пользу сообщества лиц, имеющих право на распределение между ними обнаруженного имущества ликвидированной организации, с распределением долей, причитающихся каждому из таких лиц *pro rata*, пропорционально их непогашенным требованиям к ликвидированной организации, а также в соответствии с установленной в законе очередностью удовлетворения требований кредиторов, либо пропорционально долям участия «инсайдеров», претендующих на ликвидационную квоту (о природе иска о распределении обнаруженного имущества см. п. 2.7 комментария к настоящей статье).

При этом обязательственные требования организации к своим дебиторам, не учтенные при ликвидации такой организации, в случае пассивности ее «внешних» кредиторов и иных управомоченных на участие в распределении ее имущества лиц в любом случае прекратятся по истечении предусмотренного абзацем вторым п. 5.2 ст. 64 ГК РФ пятилетнего пресекающего срока. Основанием прекращения будет все та же ст. 419 ГК РФ — просто терминаторный эффект будет считаться отложенным.

При этом данная модель не предполагает допущение прямых исков отдельных кредиторов ликвидированной организации или всего сообщества таких кредиторов (долевая активная множественность кредиторов в обязательстве с располагающимися за их спинами «на скамейке запасных» учредителями или участниками) к дебитору ликвидирован-

ной организации. Положения п. 5.2 ст. 64 ГК РФ и п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г. № 6 говорят, что в таком случае прямые требования к дебитору ликвидированной организации невозможны, и вместо этого необходимо подавать иск о распределении обнаруженного имущества, что далее запускает процедуру реализации имущества, аналогичную той, которая действует при ликвидации. В рамках этой процедуры удовлетворение перешедшего к сообществу кредиторов требования ликвидированной организации-кредитора к своему дебитору должно осуществляться *исключительно* через единого представителя (арбитражного управляющего), чья задача — определить доли вступивших в процесс заинтересованных лиц и от имени данного сообщества привести перешедшее требование в исполнение путем взыскания или осуществить его принудительную продажу с торгов от имени сообщества кредиторов, а также обеспечить долевое распределение полученного. Исключением здесь могут являться случаи, когда в силу специальных норм закона или природы отношений у кредитора ликвидированной организации существует или созревает в случае ликвидации прямое требование к дебиторам такой организации, основанные на деликте или ином правовом основании.

Это решение позволяет найти ответ на еще один вопрос. При применении процедуры распределения имущества ликвидированной организации по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, чтобы удовлетворить интересы кредиторов ликвидированной организации по правилам, применимым к случаям ликвидации (п. 4 ст. 63 ГК РФ), данное требование этой организации к дебитору арбитражный управляющий должен либо заявить ко взысканию, либо продавать с торгов третьим лицам. Но от чьего имени он будет подавать иск к должнику, и как продать с торгов требование, в котором нет активной стороны? В рамках описанного подхода это взыскание или продажа с торгов будут осуществляться от имени сообщества лиц, имеющих право на распределение между ними обнаруженного имущества ликвидированной организации и вступивших в права сокредиторов по такому обязательству.

В той степени, в которой верны эти выводы, получается, что ст. 419 ГК РФ не приводит к *мгновенному* прекращению обязательств при ликвидации организации-кредитора: долги дебиторов такой организации не прекращаются автоматически с ее ликвидацией. У такой ликвидированной организации могли остаться свои неудовлетворенные кредиторы. Но даже если таковых нет, сами участники организации (учредители) вправе претендовать на распределение данных обязательственных требований согласно п. 5.2 ст. 64 ГК РФ и прямому указанию в п. 41 Постановления Пленума ВС РФ от 11 июня 2020 г.

№ 6. И только по прошествии пятилетнего срока, если процедура распределения не будет запущена, соответствующее требование к дебиторам ликвидированной организации прекратится.

Исключения составляют случаи, когда в силу самого существа обязательства и неразрывной связи с личностью кредитора правопреемство в принципе невозможно (ст. 383 ГК РФ). В подобной ситуации ликвидация кредитора действительно прекращает обязательство.

4. Последствия признания ликвидации недействительной

Начиная с 2011 г., после принятия Постановления Президиума ВАС РФ от 13 октября 2011 г. № 7075/11, судебная практика допускает удовлетворение исков о признании недействительной записи в ЕГРЮЛ о прекращении юридического лица в связи с его ликвидацией. В указанном постановлении была сформирована правовая позиция, согласно которой, несмотря на отсутствие у регистрирующего органа обязанности проверять достоверность сведений в подаваемых на регистрацию документах, представление ликвидационного баланса, не отражающего действительного имущественного положения ликвидируемого юридического лица и его расчеты с кредиторами, следует рассматривать как непредставление в регистрирующий орган документа, содержащего необходимые для государственной регистрации сведения, что является основанием для отказа в государственной регистрации ликвидации (подп. «а» п. 1 ст. 23 Закона о регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей).

Данный подход в дальнейшем был воспроизведен в постановлениях Президиума ВАС РФ от 15 января 2013 г. № 11925/12, от 5 марта 2013 г. № 14449/12, от 13 мая 2014 г. № 127/14 и от 15 июля 2014 г. № 4407/14, а также в Определении СКЭС ВС РФ от 15 октября 2015 г. № 305-КГ15-7112. Кроме того, в Определении СКЭС ВС РФ от 23 декабря 2019 г. № 306-ЭС19-13175 (2) было также допущено оспаривание записи о ликвидации юридического лица в рамках дела о банкротстве его участника (вместе с признанием недействительным решения такого единственного участника о ликвидации ООО как принятого без необходимого в силу п. 5 ст. 213.11 Закона о банкротстве письменного предварительного согласия финансового управляющего).

Если решение регистрирующего органа о регистрации ликвидации юридического лица, повлекшее исключение организации из ЕГРЮЛ, признается судом недействительным и юридическое лицо восстанавливается в реестре, то обязательства этого юридического лица перед кредиторами должны восстанавливаться ретроактивно. По логике, они должны в такой ситуации считаться не прекращавшимися. Признание

судом недействительной записи о прекращении юридического лица возвращает его на стадию ликвидации и позволяет провести нормальные расчеты с кредиторами в процедурах ликвидации либо, при необходимости, банкротства организации. То же касается признания судом недействительным решения регистрирующего органа об исключении организации из ЕГРЮЛ как недействующего юридического лица (п. 8 ст. 22 Закона о государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей).

Акцессорные обеспечения, которые, казалось бы, прекратились в силу ликвидации организации-должника, также в случае аннулирования ликвидации должны восстанавливаться. Данный вопрос решается так же, как и в случаях ретроактивного восстановления прекращенного долга при оспаривании платежа по правилам об оспаривании сделок с предпочтением на основании ст. 61.3 Закона о банкротстве. Впрочем, если долг был обеспечен залогом, а после ликвидации должника запись о залоге в соответствующем реестре была погашена и предмет залога был возмездно отчужден добросовестному приобретателю, не знавшему о порочности решения о ликвидации, то в силу подп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ залог уже не восстановится вместе с восставшим из пепла обеспеченным долгом.

Если же в связи с аннулированием ликвидации восстанавливается организация-кредитор, то права требования этой организации к своим дебиторам, которые в момент ликвидации автоматически перешли к сообществу ее кредиторов для целей последующего распределения, согласно процедуре, установленной в п. 5.2 ст. 64 ГК РФ (в рамках того понимания данной процедуры, которое было предложено выше), считаются никогда не переходившими к этому сообществу и продолжающими принадлежать восстановленной организации-кредитору. Если ранее была запущена процедура распределения имущества ликвидированной организации по п. 5.2 ст. 64 ГК РФ, в свете восстановления такой организации в ЕГРЮЛ данная процедура должна быть прекращена.

Дополнительная литература

Телюкина М.В. Легитимация передачи требований к несубъекту гражданского права в конкурсных отношениях: Монография. М., 2021.

ИСПОЛНЕНИЕ И ПРЕКРАЩЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

КОММЕНТАРИЙ
К СТАТЬЯМ 307–328 И 407–419
ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Ответственный редактор
А.Г. Карапетов

ISBN 978-5-6047367-2-2



9 785604 736722